

UNIVERSIDAD FEMENINA DEL SAGRADO CORAZÓN

Escuela de Posgrado

PROGRAMA ACADÉMICO DE MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL



LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA
ACTUACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS EN LOS
PROCESOS DEL HIJO ALIMENTISTA

Estudio exploratorio en los Juzgados de Familia de la
Corte Superior de Justicia de Lima

Tesis presentada por:
ANA LILIANA LUNA PADILLA

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN DERECHO CIVIL
con mención en DERECHO DE FAMILIA

Lima – Perú
2016

Los miembros del jurado han aprobado el estilo y el contenido de la tesis sustentada por:

ANA LILIANA LUNA PADILLA

Nombre y Apellidos, Asesor

Nombre y Apellidos, miembro

Nombre y Apellidos, miembro

Nombre y Apellidos, miembro

Juan Manuel Fernández Chavesta
Director de la Escuela de Posgrado

RESUMEN

La investigación realizada tiene como objetivo determinar si en los procesos del hijo no reconocido ni declarado judicialmente por su padre, regulado en el Código Civil artículo 415, como los hijos alimentistas, se produce la colisión de derechos fundamentales que vulneran derechos entre las partes. Por lo tanto lo que perseguimos en la presente tesis, es establecer criterios para que se apliquen los principios de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en función al artículo 55° y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Estado, para que en los procesos judiciales en los que se encuentren involucrados los niños, se garanticen los derechos de la infancia para todo en cuanto le sea favorable a fin de cumplir con su óptimo desarrollo físico emocional y social.

Palabras clave: colisión, derechos fundamentales, alimentista.

ABSTRACT

The following research has as aim to determine if in the processes of the no recognized son and not declared judicially by his father, as it indicates in the Civil code 415, there takes place the collision of fundamentals rights between the parts, what is pursued is establishing criteria for the principles apply of the children meet conflicting with of the adults, must be applied the beginning of the International Convention of the Rights of the Child, as it indicates in the article 55 and to the fourth final and transitory disposition of the Political Constitution of the condition, guaranteeing the rights of the infancy for everything in story be favorable to his ideal physical, emotional and social development.

Keywords: collision, basic rights, the obligee.

RECONOCIMIENTOS

El presente trabajo se lo dedico a mi familia, y a mi hermana; quien desde la gloria de Dios protege mi vida.

A todas las familias del Perú, a los niños, niñas, y adolescentes, por quienes aún queda mucho por luchar, hasta lograr la completa reivindicación de sus Derechos.

Mi reconocimiento a la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y a la Escuela de Posgrado. Especialmente al Programa Académico de Maestría en Derecho Civil, de la UNIFÉ por brindarme la preparación necesaria, apoyo para la presente investigación.

A mis asesoras de tesis Teresa Quezada Martínez y Marianella Ledesma Narváez, por su incondicional apoyo, por quienes guardo un profundo respeto y admiración.

ÍNDICE

	Página
RESUMEN.....	iii
ABSTRACT.....	iv
RECONOCIMIENTOS.....	v
INDICE.....	vi
LISTA DE TABLAS.....	x
LISTA DE FIGURAS.....	xi
INTRODUCCIÓN.....	xii

CAPÍTULO I: CUESTIONES METODOLÓGICAS.....	1
1. Planteamiento del problema.....	1
2. Justificación de la investigación.....	6
3. Delimitación de la investigación.....	8
4. Objetivos.....	9
4.1 Objetivo general.....	9
4.2 Objetivos específicos.....	9
4.3 Objetivos operativos.....	9
5. Antecedentes de la investigación.....	10

	Página
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL.....	11
1. El rol del estado en la protección del derecho alimentario del hijo alimentista.	12
1.1 La obligación alimentaria como medida legislativa, adoptada por el Estado para salvaguardar los derechos del hijo no reconocido	12
1.2 El derecho alimentario y los efectos jurídicos que provienen de la relación filial y el derecho alimentario que proviene del sostenimiento de las relaciones sexuales sostenidas en la época de la concepción para el hijo no reconocido.....	18
1.3 El otorgamiento de la pensión alimentaria al hijo no reconocido, por el principio de solidaridad en respuesta a la protección del interés superior del niño.....	20
1.4 La respuesta de la administración de justicia frente al derecho a los alimentos de los hijos alimentistas.....	32
1.5 La participación del niño en los procesos judiciales y la relevancia de sus opiniones en la resolución de sus conflictos a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.....	39
2. El derecho a la intimidad y su concepción de fortalecimiento y desarrollo autónomo como presupuesto esencial del Estado constitucional de derecho...	47
2.1 La protección del derecho a la intimidad y el contenido garantista de la inmunidad del individuo.....	47
2.2 El principio de libertad y el consentimiento libre, expreso o tácito del titular.....	52
2.3 El principio de libertad y la imposición constitucional de su divulgación.	54
2.4 ¿Se afectará la intimidad del demandado cuando la prueba genética del ADN determina que no es el padre del menor alimentista?.....	56

	Página
2.5 La prueba prohibida y sus excepciones como factor determinante frente al derecho constitucional de la intimidad en la protección de derechos y libertades de los niños y adolescentes.....	57
3. El derecho a probar como expresión del debido proceso y su implicancia en el derecho alimentario del hijo no reconocido	66
3.1 La admisión de la prueba como principio constitucional sobre la base del derecho alimentario del hijo no reconocido.....	68
3.2 La declaración de parte como medio de prueba y la auto vulneración al derecho constitucional de la intimidad de la recurrente como exigencia normativa del artículo 415 del Código Civil	72
3.3 La afectación a los derechos del niño cuando la prueba de compatibilidad sanguínea excluye al demandado de la responsabilidad alimentaria.....	74
4. La Administración de Justicia dentro del Orden Constitucional de Derechos...	79
4.1 La interpretación de las normas de acuerdo a los nuevos paradigmas aplicados bajo el criterio de flexibilidad en los procesos de familia.....	79
4.2 La consecuencia jurídica que trae implícita el amparo de las demandas del hijo no reconocido en aplicación del artículo 415° del Código Civil...	83
4.3 La restricción del derecho a la intimidad fundado en un fin legítimo en respuesta a la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto...	84
5. Enfoque.....	91
6. Principio de idoneidad.....	104
7. Principio de necesidad	105
8. Principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	106
9. Variables y operacionalización de variables.....	110
10. Hipótesis.....	111

	Página
CAPÍTULO III: MÉTODO.....	112
1. Tipo, nivel y diseño de la investigación.....	112
2. Población y muestra.....	113
3. Métodos e instrumentos de recolección de datos.....	115
4. Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	115
CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	116
1. Los medios probatorios ofrecidos en los procesos del hijo alimentista.....	116
2. Acreditar las relaciones sexuales en la época de la concepción.....	122
3. La colisión de derechos fundamentales.....	124
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....	126
1. Conclusiones.....	126
2. Recomendaciones.....	127
REFERENCIAS.....	128
APENDICE A: Las Demandas que se declararon fundadas e infundadas por los medios de prueba en los procesos del hijo alimentista.....	132

LISTA DE TABLAS

Tabla		Página
1	Efectos jurídicos entre los hijos reconocidos y los hijos no reconocidos.....	19
2	Operacionalización de variables.....	111
3	Población y Muestra.....	114
4	Instrumentos de recolección de datos.....	115

LISTA DE FIGURAS

Figura		Página
1	Sentencias que amparan y desamparan el derecho alimentario.....	3
2	Pirámide de Abraham Maslow.....	38

INTRODUCCIÓN

Las sociedades modernas preocupadas por establecer un orden jurídico que permita garantizar los derechos de los individuos que la conforman, regulan dentro de ellas los derechos y obligaciones de las personas, designando a la familia obligaciones específicas; como por ejemplo la asistencia recíproca entre cónyuges dentro de la institución matrimonial, las obligaciones provenientes de la filiación matrimonial o extramatrimonial inmersa en ellas la obligación alimentaria de los padres con su hijo y viceversa, el cuidado de su salud, la preocupación por su desarrollo educativo, entre otros derechos que se ubican en el libro III de los derechos de familia en el Código Civil. De tal manera que, para el hijo no reconocido por su padre se reguló también una norma que le otorgara al menos los alimentos para salvaguardar su subsistencia y prolongar la vida de este niño, cristalizándola en el artículo 415° de nuestro actual Código Civil, que en su redacción establece que, fuera de lo previsto en el artículo 402 el hijo extramatrimonial no reconocido podrá solicitar una pensión de alimentos, la misma que se extenderá hasta cumplidos los dieciocho años de edad, continuando la obligación si el alimentista no pudiera proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental, recayendo dicha obligación sobre quien haya mantenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción, pero sin que esta obligación genere ningún otro derecho más que el alimentario, dejando así de lado todo derecho que provenga de la filiación extramatrimonial.

Esta figura responde a la función tuitiva que el Estado avizoraba ya sobre la protección integral que merecía este determinado sector de la población, resultando que el legislador de la época estableciera normas que garanticen la protección del niño,

concediéndoles a los hijos no reconocidos por el padre, la pensión alimentaria de manera solidaria, y consideramos solidaria ya que esta obligación proviene de una presunción *iuris tantum*, es decir la existencia de ciertas dudas sobre de la paternidad, entonces a modo de compensación en función al principio obligacional que tiene un Estado que practica los valores democráticos, le concede a este menor el derecho a la pensión a fin de garantizar su subsistencia.

Se considera a los alimentos como derecho fundamental consagrado a todo ser humano sujeto de derechos, ligado de manera intrínseca a la vida misma de la persona y reconocido como derecho desde la gestación, que ha permitido el desarrollo de la humanidad garantizando su existencia, siendo otro ser humano el encargado de proporcionarlo, es así que esta obligación recae directamente sobre la familia (padres) como el primer entorno cercano y responsable del inicio y cuidado de la vida humana al margen del reconocimiento de su filiación.

Por tal razón es que en el Código Civil de 1852 se otorgan ya derechos alimentarios a toda clase de hijos (artículo 244, 263) a los reconocidos y no reconocidos, a quienes el legislador consideró como hijos legítimos e ilegítimos. Del mismo modo el Código Civil de 1936 también recoge en su regulación a los hijos no reconocidos ni declarados por el padre, otorgándoles la pensión alimentaria hasta los dieciocho años de edad. (Artículo 367, 368) Consecuentemente el Código Civil de 1984 vigente en la actualidad, recoge de su antecesor Código, en el artículo 415 la concesión de una pensión alimentaria a un menor que no obtuvo el reconocimiento de su filiación ni voluntaria ni judicialmente calificándolos como hijos alimentistas.

Para algunos autores como Cornejo Chávez¹, consideraba que el otorgante sería solo un proveedor alimentario, puesto que en el proceso no se resuelve su filiación, pese a ello el artículo en comento los considera hijos extramatrimoniales, cuando legalmente no lo son, puesto que estos niños no tienen un estado civil filial de la línea paterna, ya que no tiene los derechos procedentes de la patria potestad del padre, al no ser hijos reconocidos por éste, se les excluye de los derechos sucesorios, no existe el vínculo familiar paterno y la obligación de alimentarse entre un padre y su hijo tampoco se extiende a los ascendientes ni descendientes de la línea paterna tal como lo contempla el artículo 480° del Código Civil, del mismo modo el artículo 728° establece que en el caso de la existencia de testamento, el tercio de libre disposición solo se gravará hasta donde fuera necesario para cumplir con la deuda del obligado. Asimismo, el derecho alimentario solo les asiste hasta cumplidos los dieciocho años de edad; sin embargo, en una regulación totalmente contrapuesta, el artículo 242 inc. 1,² les impide contraer matrimonio con los hijos de su proveedor alimentario es decir con quienes serían sus medio hermanos.

Si bien el espíritu de la norma es proteger a estos hijos otorgándoles el derecho alimentario ya que no obtuvieron el reconocimiento de su filiación y así garantizar su subsistencia y su desarrollo físico para no dejar a ningún niño en el desamparo, siendo imprescindible como requisito procesal para alcanzar la pretensión probar las relaciones sexuales sostenidas en la época coincidente con la concepción. Imposibilitando en muchos casos la interposición de las demandas haciéndose

¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Gaceta Jurídica Editores; Décima Edición, Lima, 1999, p. 534

² Artículo 242.- No pueden contraer matrimonio entre sí: Los consanguíneos en línea recta. El fallo que condena al pago de alimentos en favor del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente produce también el impedimento a que se refiere este inciso.

inaccesible alcanzar tal derecho, por la naturaleza de los hechos; ya que para que ello suceda este “hijo” tendrá que acreditar con medios de prueba pertinentes, la existencia de las relaciones sexuales habidas entre el demandado y su madre en la época probable a su concepción, destacando que los hechos probatorios exigibles por la propia norma corresponden al ámbito privado y personal, en contraposición al derecho probatorio del hijo alimentista.

Se ha considerado en el desarrollo de la investigación el tratamiento judicial que brinda el Estado peruano al menor no reconocido, el derecho que le asiste y los derechos que se les restringe en su calidad de hijo extramatrimonial no reconocido y las consecuencias jurídicas que trae consigo una inadecuada administración de justicia cuando se distancian de las disposiciones nacionales e internacionales que obligan a privilegiar los derechos de la infancia, se dará relevancia al derecho alimentario, y que éste se resuelva en concordancia con el artículo 3° inc. 1 de la Convención sobre los Derechos Niño. Además, determinar si se cumple con lo señalado por el Código de los Niños y Adolescentes que en su artículo X del Título Preliminar exige se le brinde a esta población una justicia especializada, recomendando a la vez que todo caso sujeto a resolución judicial que involucre a los niños, sean tratados como “problema humano”.

Por ello se ha abordado en esta investigación lo concerniente a las pruebas que acreditan la pretensión del hijo alimentista como una prueba especial, *sui generis* ya que se circunscribe directamente a hechos suscitados en el ámbito privado de la persona, “relaciones sexuales” y los efectos negativos directos contra un derecho fundamental como es el derecho a la intimidad del demandado, por la propia naturaleza de los hechos, profundizándose en el análisis de los efectos jurídicos que se genera al

actuar la “prueba” en que se circunscribe el objetivo primordial de esta tesis, identificando en el análisis de las resoluciones investigadas en las que se otorgó la pensión alimentaria la vulneración del derecho a la intimidad del demandado que fue inadvertida por el juzgador y por las partes procesales, poniendo énfasis en el análisis de la prueba que sirvió para identificar la vulneración de los derechos del oponente y su afectación del derecho a la intimidad

Se ha brindado un espacio al análisis de los efectos jurídicos ocasionados al niño cuando la pretensión tiene como resultado el rechazo liminar de la demanda, cuando la prueba a consideración del juez resultara insuficiente para alcanzar la pretensión, su efecto negativo y perjudicial para el titular del derecho pretendido, como es dejar sin sustento alimentario al hijo no reconocido.

Asimismo, se ha desarrollado como eje neurálgico de esta investigación las consecuencias jurídicas que se producen con la colisión de dos derechos reconocidos por la Constitución, como fundamentales y como principios constitucionales, dentro de un debido proceso. Nos referimos al derecho a probar los hechos que tiene en este caso la madre del menor alimentista como representante del mismo (todo aquello que indique la existencia de relaciones sexuales habidas o realizadas en la época de la concepción como presunción *iuris tantum* de una supuesta filiación, haciendo la salvedad que no se trata de un proceso de reconocimiento de paternidad en que la prueba tiene que determinar el vínculo filial entre el hijo y su padre); y el derecho a la intimidad del demandado el cual se ve afectado con lo ofrecido como prueba por la demandante sobre situaciones de la vida íntima, comprobando de esta manera la hipótesis planteada en la presente investigación, que ante la “colisión” de derechos fundamentales que se genera como consecuencia de la actuación de la prueba en los

procesos de reclamación de pensión alimentaria de los hijos no reconocidos; consideramos que los jueces debieran elaborar un juicio donde las reglas de ponderación se constituyan imprescindibles para la motivación de las sentencias. Determinándose el derecho prevalente y el sujeto procesal que debiera ser socorrido de acuerdo a los principios procesales del derecho.

Esta investigación se desarrolló en base a evidencias obtenidas de las resoluciones judiciales en materia alimentaria para los hijos no reconocidos, con ayuda de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, teniendo en cuenta las disposiciones que regulan la materia investigada. La presente investigación consta de cuatro capítulos que se subdividen en sub capítulos esquematizados de la siguiente manera.

El capítulo I dedicado a las cuestiones metodológicas sirviendo de base para el desarrollo de la investigación.

El capítulo II está constituido por el marco teórico y conceptual en el que se desarrollan los siguientes ejes temáticos:

El derecho alimentario de los hijos alimentistas, la respuesta del órgano judicial en la protección de los derechos del niño, el derecho a la intimidad, el principio de libertad y la institución de la prueba.

El capítulo III está contenido por al análisis de la sentencias de los procesos de hijos no reconocidos, utilizándose el nivel exploratorio y explicativo porque se proponen variables que generan consecuencias (causa-efecto), la técnica utilizada fue la del estudio de los casos,

El capítulo IV está dedicado a la presentación de resultados y discusión, elaborados en base al trabajo de campo, realizando el análisis de las resoluciones sobre

la materia recopilada de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la que planteamos la explicación de la hipótesis y las conclusiones de la investigación.

CAPÍTULO I

CUESTIONES METODOLÓGICAS

En el presente capítulo abordaremos las cuestiones metodológicas de la investigación, dándose inicio con el planteamiento del problema en el que construiremos la situación problemática basada en la realidad de los hechos a través de la labor exploratoria realizada, etapa que da inicio a la construcción de la lógica de la investigación que guiará todo el proceso de demostración y comprobación de la hipótesis que se plantea.

1. Planteamiento del problema

En la actualidad, el tratamiento de la figura de los hijos alimentistas es una realidad que merece ser estudiada por la importancia de los derechos que involucra dicha figura. Dado que la realidad supera el orden normativo, pues existen casos que no han sido acogidos por la ley y no pueden ser encajados dentro de éstas. La figura del hijo alimentista, que regula el artículo 415 del Código Civil vigente que le otorga alimentos al hijo extramatrimonial que no fue reconocido por su padre por cualquier circunstancia, nos muestra una situación existente: un número significativo de niños no reconocidos por el padre.

Este hijo no reconocido tiene el derecho expedito para solicitar alimentos de quien haya mantenido relaciones sexuales con su madre en la época de su concepción, en virtud a la prueba que sustente las relaciones sexuales como así lo exige la norma

para amparar el derecho alimentario. Dicha obligación impuesta al “presunto” padre, admite prueba en contrario por lo que el demandado que considere vulnerado su derecho podrá solicitar se le practique la prueba genética u otra de validez científica con mayor o igual grado de certeza, y si estas dieran resultado negativo quedara exento de la obligación alimentaria.

La figura del hijo alimentista es un *“término confuso, equívoco pues no se trata legalmente de un hijo, ya que no ha habido reconocimiento ni declaración judicial de paternidad, sino que se presupone una filiación pero solo con efectos alimentarios”*³, puesto que a estos hijos no se les reconoce los derechos otorgados a los hijos extramatrimoniales propiamente dichos.

En la presente investigación se analizaron (09) resoluciones relevantes escogidas de manera aleatoria de juzgados de la Corte de Lima cuya materia es la del hijo alimentista en las que la pretensión era el otorgamiento de una pensión de alimentos del varón con quien se mantuvo relaciones sexuales (presunto padre) en la época de la concepción. Se analizaron las sentencias a fin de determinar los fallos contradictorios emitidos por los órganos judiciales al momento de valorar los medios de prueba, las mismas que en algunos casos obtienen resultados positivos, con la admisión de la demanda y en otros el resultado es negativo con el rechazo liminar de las mismas.

Se debe precisar que la investigación se centra exclusivamente en la respuesta jurisdiccional al tratamiento de los hijos alimentistas. Esto es si los procesos se llevaron en cumplimiento al debido proceso y a lo prescrito por la Convención sobre los Derechos del Niño, como se aprecia en la figura que se presenta.

³AGUILAR LLANOS, Benjamín. Derecho de familia. Ediciones Legales, Lima, 2013, p. 291.

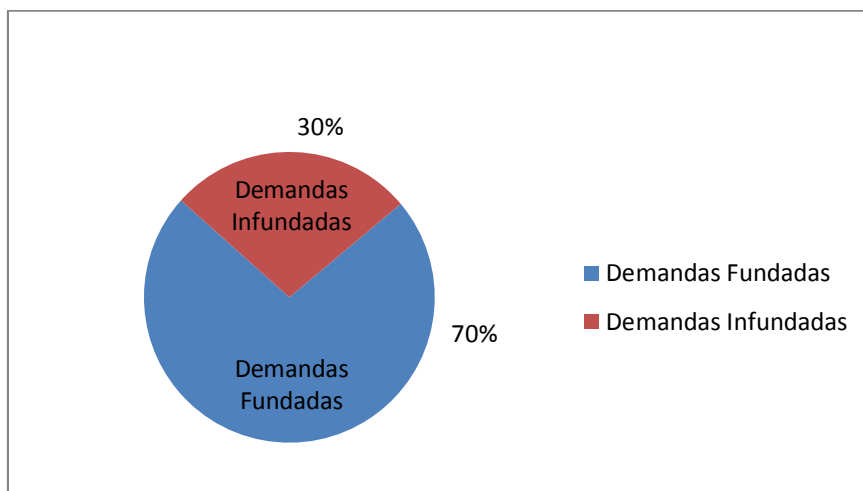


Figura 1. Sentencias que amparan y desamparan el derecho alimentario
Fuente: Resoluciones Judiciales sobre Hijos Alimentistas
Elaboración: Propia

Dichas resoluciones nos permitieron identificar argumentos contradictorios al resolver el conflicto, dado que los medios probatorios que se actuaron en estos procesos, en unos casos fueron admitidos y en otros fueron rechazados. En la figura 1 se ha graficado el número de sentencias con las que se contó para la elaboración de esta investigación los casos en que se aprobaron y desaprobaron las demandas interpuestas sobre petición de alimentos para el hijo no reconocido.

Así, en los procesos en los que se determinó el otorgamiento de la pensión en favor del hijo alimentista, el juez basó sus argumentos en los medios probatorios, siendo inadvertidos que estos correspondían al ámbito privado de la persona, como cartas amorosas, fotografías, videos de momentos íntimos, los voucher de hospedaje, etc. Debemos señalar que una de las sentencias resulta de mucha significación para nuestra investigación, puesto que ella nos permitió identificar que en los procesos de reclamación de alimentos para el hijo no reconocido en que la exigencia incide en la probanza de las relaciones sexuales, se generaba una confrontación entre dos derechos

consagrados por nuestra Constitución como fundamentales, tanto el derecho a la “actuación de la prueba” dentro de un debido proceso en controversia con el derecho a la “intimidad” del demandado. Nos referimos al expediente N° 864-98, cuya pretensión es una pensión de alimentos en favor de un hijo no reconocido, ofreciéndose como medio de prueba una declaración de parte en la que se hace referencia a la ubicación de lunares en una determinada parte del cuerpo del demandado probablemente invisible al ojo del juez, con la cual se probarían las prácticas sexuales con el demandado, logrando generar la duda en el juzgador, quien tomando en cuenta los indicios y mediante su apreciación razonada, con la premisa que toda prueba debe ser valorada por el juzgador, ordena se le practique al demandado una revisión médica corporal para corroborar con lo vertido por la demandante, la misma que da como resultado la admisión de la demanda ordenando al obligado el pago de una pensión en favor del hijo alimentista.

No cabe duda que el derecho al debido proceso es un derecho fundamental que permite al actor jurídico hacer uso de todas las herramientas procesales posibles para lograr que el juez se convenza de lo ocurrido y así poder acceder a su pretensión. Sucede que en este caso en particular la actuación de la prueba ofrecida por la demandante, nos referimos a la declaración de parte sobre el conocimiento de una particularidad en el cuerpo del demandado, con lo cual se estaría sustentando la pretensión, trasgrede un límite no permitido por la Ley que es el derecho a la intimidad del demandado, que se ve afectada con esta declaración pública, ya que los hechos expuestos pertenecen al ámbito privado de las personas y que sin el consentimiento de la otra parte fueron difundidas en el proceso.

Teniendo en cuenta que el derecho a la intimidad es también reconocido por la Constitución como un derecho inviolable que tienen los seres humanos, por el cual se prohíbe la divulgación de cualquier dato ya sea de índole político sexual, religioso o de la vida íntima que menoscabe la dignidad de la persona y que bajo ningún argumento pudiera ser revelado a otras personas.

Esta prueba aportada y actuada es la que genera la colisión de derechos; el derecho a probar como expresión del debido proceso y la vulneración de los derechos de la contraparte que afectan su intimidad. Como podemos apreciar son dos derechos fundamentales que inciden en el conflicto, el primero, que es el derecho del niño a probar los hechos que sustentarán su pretensión con el derecho a la intimidad del demandado. Es preciso destacar que si el derecho perseguido es la pensión de alimentos para este hijo o supuesto hijo no reconocido que se encuentra desamparado y considerando a los alimentos como indispensables para la sobrevivencia de la persona siendo ello consustancial a la vida del ser humano, ya que sin ellos estaríamos destinados a perecer. Consideramos entonces que este derecho tan elemental para la vida del menor tendría que ser amparado por el Estado, debiendo garantizar su sobrevivencia, pero no sin antes haber elaborado una adecuada motivación expresada en el discurso jurídico al momento de resolver la controversia. Si en estos procesos el derecho a probar se vincula con el Derecho a los alimentos entonces debiera ser considerado *prima fase* (primer orden) por el juzgador por tratarse de un derecho personalísimo que asegura la subsistencia del supuesto hijo no reconocido, quien no puede ser desprotegido, cuando sus derechos se confronten o colisionen con cualquier otro derecho fundamental; asimismo dentro de esta problemática se advierte que no existen criterios en la administración de justicia que aborden de manera uniforme el

derecho a amparar los alimentos para el hijo alimentista, por lo tanto esta falta de predictibilidad para conocer la prevalencia del derecho, desprotege al afectado.

Todas estas cuestiones planteadas líneas arriba nos conducen a plantear la siguiente interrogante de investigación.

¿En qué medida los medios probatorios actuados en los procesos de hijo alimentista que acrediten las relaciones sexuales con el demandado, tal como lo dispone el artículo N° 415 del Código Civil, genera la colisión de derechos fundamentales entre el derecho a la Intimidad y el derecho a actuar el medio probatorio?

2. Justificación de la investigación

Dentro de las razones por las cuales se realiza esta investigación es porque se ha advertido que existe colisión de derechos fundamentales: el derecho a ofrecer medios probatorios para amparar el derecho a los alimentos que recae sobre el hijo alimentista y el derecho a la intimidad del demandado.

El hijo extramatrimonial, no reconocido ni voluntaria ni judicialmente que establece el Código Civil, en su artículo 415 es quien reclama una pensión de alimentos del que mantuvo relaciones sexuales con su madre en la época de su concepción; quien podrá ser acreedor de éste derecho sólo si logra acreditar con medios probatorios lo que la norma establece, es decir las “relaciones sexuales” mantenidas en la época de sus concepción; siendo considerado como material probatorio los documentos, fotografías, videos, testigos declaración de parte etc. que el magistrado considere pertinente, asimismo en estos procesos en los que se funda la demanda en base a los

medios probatorios aportados y actuados vale decir de los indicios que lleven a la presunción de la ocurrencia de los hechos, el juez deberá merituar las pruebas ofrecidas y solicitar de oficio las que considere necesaria para dar solución al conflicto. Si bien el derecho a los alimentos que tiene el menor no reconocido no se circunscribe solamente a las sustancias que normalmente se ingieren a fin de mantener la sobrevivencia, sino que a través del otorgamiento de dicha pensión alimenticia se estaría garantizando otras necesidades incluidas dentro del concepto alimentos entre ellos la educación, la salud, vestido, entre otros, para lograr el pleno desarrollo del menor cubriendo en lo posible las necesidades básicas; por lo que el Estado, las instituciones públicas y privadas y la sociedad en su conjunto deberían velar por encima incluso de cualquier otro derecho reconocido constitucionalmente, priorizando el interés superior del niño y adolescente. No significando por ello que al amparo del tal interés superior se vulneren otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, sino que a la luz de los nuevos paradigmas se aborde una interpretación holística, razonada y justificante, acorde a cada caso en concreto, plasmada en una adecuada motivación de las resoluciones.

Lo que se persigue con la presente investigación es que frente a la inevitable colisión de derechos que se generan a consecuencia del amparo o desamparo de la pretensión alimentaria en los procesos del hijo alimentista, se priorice el derecho alimentario del menor no reconocido, debiendo para ello acudir a las reglas de la ponderación en las que al colocar los derechos confrontados en iguales condiciones se determine que el derecho a la prueba con la que se sustenta el hecho del requisito normativo para acceder al derecho alimentario (probanza de las relaciones sexuales) tenga prevalencia frente al derecho a la intimidad del demandado.

3. Delimitación de la investigación

La unidad muestral fue tomada de los juzgados de la Corte Superior de Justicia. Las sentencias se obtuvieron de manera aleatoria, revisando una relación de resoluciones correspondientes a los años 1997 a 2004 de las cuales se analizaron siete en las que se fundan las demandas y otorgan la pensión de alimentos en favor del hijo alimentista de las cuales extrajimos una muy particular y relevante para nuestra investigación, nos referimos al expediente número 864-98, ⁴ por la actuación de los medios probatorios ofrecidos, logrando que se fije una pensión de alimentos al hijo alimentista.

⁴ UNIVERSIDAD ANDINA NESTOR CÁCERES VELASQUEZ. Hijos Alimentistas. HIJOS ALIMENTISTASE. Exp. N° 864-98 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA Demandante : Kelly Antonia Jara Torres Demandado : Federico Antonio Jara Guzmán Asunto : Alimentos Fecha : 29 de setiembre de 1999 Tratándose de un hijo alimentista no es de rigor exigir pruebas contundentes que acrediten las relaciones sexuales habidas durante la época de la concepción que por su naturaleza en muchos casos son de difícil probanza, por lo que tiene que recurrirse a pruebas indirectas o presunciones, en suma a los sucedáneos de los medios probatorios. Exp. N° 864-98 Corte Superior de Justicia de Lima, veintinueve de setiembre de mil Novecientos noventa y nueve.- VISTOS; interviniendo como Vocal ponente el Señor Carrión Lugo; con la participación además de los señores Ferreyros Paredes y Cabello Matamala; en la causa seguida por doña Paulina Malena Torres Álvarez con don Federico Antonio Jara Guzmán sobre alimentos. I. CONSIDERANDO: Por sus fundamentos pertinentes y por la consideración siguiente: 1) El presente proceso se refiere a la reclamación de alimentos a favor de la menor K. A. J. T. En su calidad de hija alimentista, dentro de la previsión contenida en el artículo cuatrocientos quince del Código Civil, no se trata de un proceso de filiación. 2) Tratándose de una hija alimenticia no es de rigor exigir pruebas contundentes que acrediten las relaciones sexuales habidas durante la época de la concepción que, por su naturaleza en muchos casos es de difícil probanza, por lo que tiene que recurrirse a pruebas indirectas o presunciones, en suma a los sucedáneos de los medios probatorios. 3) En el presente caso las indicaciones hechas por la actora en la audiencia única de fojas cincuenta y seis sobre lunares que tiene el demandado en el cuerpo, indicaciones hechas a una pregunta que se le formuló en la audiencia hacen presumir sobre las relaciones íntimas habidas entre las partes siendo insuficientes para desvirtuar las anotadas afirmaciones el certificado médico de fojas noventa respecto a la ubicación exacta de los lunares. II. DECISIÓN: a) CONFIRMARON la sentencia de fojas noventa y ocho, su fecha ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve que declara fundada en parte la demanda de fojas cuatro y siguientes y, en consecuencia, ORDENA que el demandado don Federico Antonio Jara Guzmán acuda con una pensión alimenticia a la menor K. A. Jara T. en su calidad de hija extramatrimonial, una pensión alimenticia que se fija en la suma de doscientos nuevos soles mensuales; con lo demás que contiene y es materia de la apelación. b) ORDENARON la devolución de los autos al Juzgado de origen para los fines consiguientes. FERREYROS PAREDES CARRION LUGO, CABELLO MATAMALA, en: es.slideshare.net/Maxgutierrez/hijos-alimentistas-max-gutierrez-condori. f/b 10/11 2015

4. Objetivos

4.1 Objetivo general

Determinar si los medios probatorios actuados en los procesos de hijo alimentista que acrediten las relaciones sexuales con el demandado, tal como lo dispone el artículo 415° del Código Civil, genera la colisión de derechos fundamentales entre con el derecho a la intimidad y el derecho a actuar el medio probatorio.

4.2 Objetivos específicos

- 1) Determinar si los medios probatorios que acrediten las relaciones sexuales con el demandado, vulneran el derecho a la intimidad de éste.
- 2) Determinar, si en los procesos del hijo alimentista se genera la colisión de derechos.
- 3) Establecer, si los medios probatorios que acrediten las relaciones sexuales con el demandado en la época de la concepción genera la colisión de derechos fundamentales.
- 4) Establecer, si el juez realiza un juicio de proporcionalidad para elaborar el test de ponderación de los derechos vulnerados.

4.3 Objetivos operativos

- 1) Recopilación de información sobre el derecho alimentario del hijo alimentista, derecho a la intimidad y la prueba ilícita en los referidos procesos, el derecho a la prueba.
- 2) Recopilación de sentencias relativas al hijo alimentista.

5. Antecedentes de la investigación

Luego de realizar una búsqueda en la biblioteca de la Universidad Nacional de San Marcos⁵, la biblioteca del Colegio de Abogados de Lima Norte⁶, la biblioteca de la Universidad Nacional Federico Villarreal⁷ sobre el tema que involucra nuestra unidad de análisis y con la especificidad planteada no se ha desarrollado ninguna investigación al respecto.

⁵ Situada en la Avenida Universitaria s/n Avenida Germán Amezaga s/n Ciudad Universitaria

⁶ Ubicada en la avenida Carlos Izaguirre N° 200 Independencia

⁷ Ubicada en la Avenida Nicolás de Piérola N° 351 Lima

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

En el presente capítulo se desarrolla el tratamiento normativo, que establece el Estado peruano sobre la protección del derecho a los alimentos de los hijos no reconocidos por el padre, llamados hijos alimentistas, regulado por el artículo 415 del Código Civil, poniendo énfasis en el derecho al ofrecimiento de la prueba y consecuentemente su actuación como derecho fundamental dentro de un debido proceso, que permita al menor no reconocido fundamentar su pretensión. Del mismo modo, desarrollaremos los efectos jurídicos generados a partir del amparo del derecho incoado sobre pretensión alimentaria de este hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente, el mismo que compromete a otro derecho fundamental como es el derecho a la intimidad del demandado, siendo necesario resaltar los efectos jurídicos recaídos sobre los derechos del menor no reconocido generados a consecuencia del rechazo liminar de la demanda, cuando a consideración del juzgador los medios probatorios resultaran insuficientes para amparar la pretensión.

1. El rol del Estado en la protección del derecho alimentario del hijo alimentista

1.1 La obligación alimentaria como medida legislativa, adoptada por el Estado para salvaguardar los derechos del hijo no reconocido

Las sociedades organizadas se adaptan de acuerdo al contexto social y cultural del momento histórico en que se desarrollan, es así que las normas de derecho que regulan el comportamiento inter personas, se crean, modifican, y se derogan, en concordancia con las costumbres sociales.

Dentro de esos cambios sociales, las relaciones humanas adoptan nuevas formas de vida; es así que en el campo de las relaciones interpersonales o de constituciones familiares la celebración del matrimonio va quedando relegada incrementándose en los últimos tiempos y en los distintos estratos sociales las uniones convivenciales o concubinarias, convirtiéndose en un fenómeno social que ha traído como consecuencia la disgregación de la familia, el abandono de la misma, la falta de reconocimiento de los hijos, el maltrato familiar, entre otros, por la inexistente o escasa regulación en la materia, que ha hecho que estas relaciones se correspondan al libre albedrío de los que la conforman, los concubinos o convivientes como se les suele llamar. A ello responde que el legislador de la época adopte ciertos cambios normativos acordes a ese nuevo contexto social.

Es en ese escenario que se percibe la incidencia en los casos de los hijos extramatrimoniales no reconocidos, producto de la uniones fortuitas, sociales o de las uniones concubinarias impropias que repercutieron en el incremento de los hijos sin padre, privados del *status familiae*⁸ niños que al no ser registrados en los registros

⁸ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Gaceta Jurídica Editores; Décima Edición, Lima, Abril 1999, p. 505

civiles, inciden también en la problemática político social del país, sobre todo en el aspecto económico y el tema presupuestario.

A través del artículo 402⁹ del Código Civil se trató de otorgarles un estatus legal, un estado civil a los hijos que no obtuvieron el reconocimiento voluntario de la línea paterna y a quienes se les declara “hijos” a través de un proceso judicial de declaración de paternidad, debiendo para ello cumplir con ciertos requisitos de procedencia que se desprendían de la propia norma; sin embargo, existía un determinado grupo de hijos que no encajaban dentro la citada norma, aquellos hijos extramatrimoniales producto de las relaciones esporádicas o eventuales, que se encontraban en desventaja frente a aquellos establecidos en el 402 del Código Civil circunstancia que no podía ser ajena para el derecho dentro de un Estado social y democrático ni mucho menos ser el proveedor alimentario ya que su organización político- económica no lo permiten; debiendo por ello alguien asumir dicha obligación alimentaria de este hijo privado del estatus familiar de la línea paterna en razón de ello a través del artículo 415 del Código Civil se otorgó a estos hijos la posibilidad de reclamar alimentos del que hubiera sostenido relaciones sexuales con la madre del menor en la época de su concepción, no basada en la relación familiar ni en la certeza

⁹ Código Civil peruano. Artículo 402 declaración judicial de paternidad extramatrimonial

La declaración extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posición constante de estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre si hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincide con la de la concepción.
5. En el caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitada.
6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el, presunto padre y el hijo a raves de la prueba del ADN, u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza,”

de la paternidad, puesto que lo que se busca no es tal reconocimiento; sino alguien que provea su derecho alimentario para garantizar la subsistencia del menor no reconocido fundado en el derecho a la vida del ser humano. Si bien a este hijo no se les reconocen los derechos como hijo extramatrimonial, no gozan del uso del apellido del supuesto padre, no gozan de los derechos hereditarios, están privados de la patria potestad, no existe vínculo familiar con los ascendientes y descendientes del proveedor alimentario, más el legislador con la citada norma garantizó al menos su subsistencia, otorgándoles una pensión de alimentos proveniente de una acción propiciada en contra de quien mantuvo relación afectiva con la madre en la época de su concepción.

Esta visión protectora del Estado que ampara los derechos de las personas, y sobre todo la de los niños, otorgándoles todas las garantías necesarias que permitan su óptimo desarrollo se fue incrementando en los últimos años. Tal es así que en el Código Civil de 1936 promulgado el 30 de agosto por Ley N° 8305 recoge en su artículo N° 367 el derecho alimentario del hijo que no obtuvo reconocimiento de parte del padre. En él se establecía que:

“El hijo ilegítimo solo podría reclamar una pensión alimenticia, hasta la edad de dieciocho años, del que hubiera mantenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción”.

Si bien quedaban aún los rezagos de nuestro antecesor Código de 1852, en el trato marginal a los hijos, considerándolos como “legítimos” a los nacidos dentro del matrimonio y “naturales” a los nacidos fuera del matrimonio. El Código del 1936 hace la diferencia entre, legítimos e ilegítimos, a los nacidos dentro y fuera del matrimonio.

A su turno el Código Civil de 1984 los distingue entre los hijos matrimoniales y los hijos extramatrimoniales reconociéndoles los mismos derechos en su calidad de

hijos, pero recoge de su antecesor el artículo 367 para introducirlo en artículo 415° del Código Civil vigente el derecho alimentario que se le otorga al hijo no reconocido, llamándolos “hijos alimentistas” otorgándoles el derecho de la pensión alimentaria; el mencionado artículo sufre dos modificatorias. La primera dictada por la Ley N° 27048 del 06 de Enero del año 1999¹⁰ y la otra dictada por la Ley N° 28439 del 28 de Diciembre del año 2004.¹¹

El tema de los hijos no reconocidos es un tema latente en nuestra realidad en razón de ello es que el artículo ha merecido la preocupación del legislador, en respuesta a la importancia del derecho alimentario en la vida del niño.

En los últimos tiempos ha sido de conocimiento público la renuencia al reconocimiento del hijo extramatrimonial, en los distintos sectores de la sociedad, nombrando algunos casos como ejemplos, para graficar esta complicada situación de los hijos no reconocidos, que ocuparon las primeras planas en los medios de comunicación.

¹⁰ Ley N° 27048 Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad. Artículo 2°.- Norma modificatoria, modifícase los artículos 363°, 402°, 413° y 415° del Código Civil, en los siguientes términos: Artículo 415°.- Fuera de los casos del Artículo 402°, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo." genyderecho.com, f/b 05 de Junio de 2015

¹¹ El Peruano, 28 de diciembre de 2004 Ley 28439. Artículo 5°.-Modifica el artículo 415° del Código Civil, Modifícase el artículo 415° del Código Civil, en los términos siguientes: Artículo 415°.- Derecho del hijo alimentista, fuera de los casos del artículo 402°, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede promover a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si estas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo. Asimismo, podrá accionar ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos el cese de la obligación alimentaria si comprueba a través de una prueba genética u otra validez científica con igual o mayor grado de certeza que no es el padre". Ley 28439 - Justicia Viva en: www.justiciaviva.org.pe, f/b 05 de Junio del 2015

Como el caso del periodista Alejandro Guerrero, quien tuvo con la bailarina Rubi Berrocal una hija producto de la relación extramatrimonial, a la que luego Guerrero se negó al reconocimiento de la paternidad.

El caso del Ex Presidente Alejandro Toledo y su hija Zaraf Toledo; quien luego de una ardua batalla legal, (14 años) logra obtener el reconocimiento de su filiación. Otro caso el del congresista Edgar Núñez que tampoco quiso reconocer a su hija extramatrimonial, el caso del hijo peruano del cantante venezolano Guillermo Dávila que tampoco ha obtenido el reconocimiento voluntario ni judicial de paternidad, el caso del futbolista peruano Jefferson Farfán que fue demandado por Melisa Klug la madre del hijo que tuvo con Farfán, solicitando que se fije el porcentaje de acuerdo a Ley de los ingresos que percibida como jugador de futbol en la liga internacional, el monto solicitado generó la expectativa por los cuantiosos contratos que celebraba entonces Farfán. Como estos, son muchos los casos de hijos no reconocidos por sus progenitores, privándolos de sus derechos y al óptimo desarrollo de la persona, teniendo por ello en el artículo 415 la opción de reclamar en las instancias judiciales una pensión de alimentos, de la persona que mantuvo relaciones sexuales con su madre en la época de su concepción,

Como se advierte existen distintas situaciones de desprotección hacia los hijos. Aquellos no reconocidos o casos en que solo se solicitan alimentos para los hijos nacidos de una relación extramatrimonial eventual, pasajera o esporádica, siendo en estas situaciones donde se enmarcan los hijos alimentistas.

Del artículo 415 del Código Civil se infiere que la persona a demandar es ese alguien con quien la madre habría sostenido relaciones sexuales en etapa de la gestación, por lo tanto se le consideraba como el presunto progenitor del menor por el

hecho de haber sostenido una relación sentimental con la madre en el período de la concepción, sobre quien recaería la obligación de la pensión alimentaria en favor del hijo alimentista.

La práctica jurisprudencial hacía prever la dificultad de ejercer el derecho de acción para reclamar la filiación de los hijos que no obtuvieron el reconocimiento voluntario ni la declaración judicial de paternidad, ya que estos no encajaban en ninguna de las causales para solicitar la filiación extramatrimonial o la declaración judicial de paternidad previstas en el artículo 402 del Código Civil, quedando en desventaja en relación a los hijos extramatrimoniales y los que provenían del matrimonio que desde ya tenían el reconocimiento impuesto incluso desde antes de su nacimiento gracias a la presunción *Pater ist est*, mediante la cual el hijo de la mujer casada tiene como padre al marido.

En el Perú, hasta antes del 8 Enero del 2005 fecha en que se promulga la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación extramatrimonial, la reclamación solo incidía en el derecho alimentario, gracias a los avances científicos en materia genética, se introduce en la práctica judicial un nuevo instrumento procesal de la etapa probatoria, la determinación del parentesco consanguíneo a través del examen de ADN (Ácido desoxirribonucleico), con un 99.9% de asertividad en la determinación de la paternidad.

1.2 El derecho alimentario y los efectos jurídicos que provienen de la relación filial y el Derecho alimentario que proviene del sostenimiento de las relaciones sexuales sostenidas en la época de la concepción para el hijo no reconocido.

La obligación alimentaria que nace de la relación filial entre un padre y su hijo, matrimonial o extramatrimonial reconocido, proviene en la primera de la presunción *pater ist est* considerando como hijos a los nacidos dentro del matrimonio, y en la segunda de la voluntad del padre que reconoce al hijo extramatrimonial y con él, el goce y disfrute de todos los demás derechos y obligaciones que la Ley les confiere. El derecho a los alimentos es recíproco tanto del padre como del hijo. En caso de que el padre se desatendiera de la mantención, ellos pueden reclamar los alimentos según el orden de prelación que se estable normativamente, además gozan en igual medida de los derechos sucesorios, del vínculo familiar de la patria potestad, entre otros derechos consagrados por la Ley.

Suerte distinta es la que les toca a los hijos no reconocidos llamados hijos alimentistas, que no tienen la calidad de hijos, puesto que han sido negados por sus padres a quienes el Estado tampoco los reconoce como tal; ya que el término “hijos” es solo figurativo, a ellos solo se les permite acceder a una pensión de alimentos, solicitando vía acción legal, al que sostuvo relaciones sexuales con su madre el pago de dicha obligación a efectos de salvaguardar su subsistencia otorgándoles dicha pensión solo hasta alcanzada la mayoría de edad, salvo lo dispuesto por la Ley.

Asimismo de acuerdo a lo establecido en el artículo 380 del Código Civil, el derecho alimentario de estos hijos no reconocidos, no se extiende a los descendientes ni ascendientes de la línea paterna dejando a estos niños en la total desprotección, en caso de que existiera testamento de parte del obligado con su descendencia, la porción de libre disposición o sea el tercio del monto total cubrirá el monto solo hasta donde haya sido fijada la deuda conforme a lo prescrito por el artículo 728 del Código Civil significando que si el monto de la porción de libre disposición fuera irrisorio y no

cubriera la deuda no cabe otra acción para hacer efectiva la obligación, y si el monto liquidado fuera superior a lo fijado del excedente tampoco sería acreedor.

En la tabla 1 se presenta los derechos que se les concede a los hijos reconocidos y los derechos negados a los hijos no reconocidos, de conformidad al Código Civil vigente.

Tabla 1

Efectos jurídicos entre los hijos reconocidos y los hijos no reconocidos

Hijos reconocidos	Hijos no reconocidos
<ul style="list-style-type: none"> • Llevan los apellidos del padre. • Gozan de la patria potestad. • Tienen derechos sucesorios. • Reconocimiento Voluntario • Gozan del derecho alimentario según el orden de prelación. • Gozan de la presunción <i>páter ist</i> en caso nazcan dentro del matrimonio 	<ul style="list-style-type: none"> • Carece de voluntad al reconocimiento. • Es una imposición que obliga su ejecución. • No tienen derechos sucesorios ni del ascendiente ni descendientes de la línea paterna • Los alimentos solo les es dado hasta los 18 años, de edad salvo en caso de incapacidad o impedimento para proveerlo por si solo esta puede continuar vigente. • No llevan el apellido paterno. • No existe vínculo filial con la familia del supuesto padre. • Tienen impedimento de contraer matrimonio con los hijos de su proveedor alimentario.

Fuente: elaboración propia

1.3 El otorgamiento de la pensión alimentaria al hijo no reconocido, por el principio de solidaridad en respuesta a la protección del interés superior del niño

La obligación alimentaria que se le exige al supuesto padre del hijo extramatrimonial no reconocido como un deber que se le impone al que sostuvo

relaciones sexuales con la madre del niño en el tiempo de la concepción, para salvaguardar los derechos del niño, responden a una preocupación real. La incidencia de los casos hizo que se plasmarán las iniciativas parlamentarias, brindando protección a los hijos nacidos fuera del matrimonio, aquellos hijos que por falta de reconocimiento no tenían acceso a ningún tipo de reclamación del supuesto padre que no quiso realizar el reconocimiento de manera voluntaria. Este derecho que nace por el estado de necesidad del menor, fundado en la vida misma y en la preservación de la especie humana debiera ser cubierto por alguien, siendo ese alguien no cualquiera sino una persona especial aquel que sostuvo relación amorosa con la madre del accionante. Como se aprecia del propio artículo 415 la obligación alimentaria no proviene de la certeza de la filiación sino de la presunción de las relaciones sexuales en el tiempo de la concepción que podrían haber dado origen al nacimiento de dicho menor.

Radica aquí la función del Estado protector, velar por la protección de los derechos de este niño, obligando a quien mantuvo relación sentimental con la madre en la época de la concepción amparados en una presunción de paternidad *iuris tantum* si bien no es certera pero tampoco lo descalifica, por lo que deberá subsidiar el pago de los alimentos como medida solidaria en cumplimiento a la finalidad de lo establecido en el artículo 4° de la Constitución del Estado cuando establece que, *la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono* y en aplicación a la nueva Ley 30466-Ley que establece Parámetros y Garantías Procesales para la Consideración Primordial del Interés Superior del Niño.

El ser humano requiere de una protección especial para cubrir sus necesidades básicas, siendo la familia la encargada de cumplir con esta obligación, impuesta

además por el derecho natural. El ser humano necesita de otro ser que lo asista para cumplir con el ciclo biológico en la etapa evolutiva del desarrollo humano. Siendo los alimentos el elemento principal para el desarrollo físico- emocional de la persona y la primera obligación y deber que tiene la familia con su descendencia. Desde tiempos ancestrales se reconocieron los derechos de los niños es así que desde el Código de Hammurabi se cautelaban ya los derechos de los menores, se disponía que: *cuando un niño no pueda hacerse cargo de la administración del feudo de su padre, un tercio de sus campos le será entregado a la madre para sus cuidados*.¹²

Con el transcurrir del tiempo se crean instituciones protectoras de los derechos de los niños, como La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, que se pronunció sobre la protección de los derechos de la familia incluyendo dentro de este grupo, los derechos alimentarios; estableciendo literalmente que “...*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación...*”¹³. Posterior a ella, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niños de 1989, establece la obligatoria protección de los derechos de la infancia; es así que los alimentos son considerados como un derecho fundamental, y como una expresión de derechos de primer orden¹⁴; consagrados además dentro de los derechos Económicos Sociales y Culturales o denominados de segunda generación, que goza todo ser humano desde su concepción, ya que se encuentra estrechamente ligado al

¹² CÓDIGO DE HAMMURABI. Leyes del 1 al 50, en: http://es.wikisource.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi:_Leyes_1_a_50.22 de Octubre 2014

¹³ FUNDACIÓN ACCION PRO DERECHOS HUMANOS. Derechos humanos net. Herramientas para la defensa y promoción de los derechos humanos. Declaración universal de derechos humanos artículo 24º, en www.derechoshumanos.net, f/b 22/12/2014

¹⁴ Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. Boletín Trimestral N° 3. Hagamos de la familia el mejor lugar para crecer Situación del Derecho Alimentario: Avances y Desafíos. Publicado en: <http://www.mimp.gob.pe/> 23/09/2012

derecho a la vida del ser humano, inherente e irrenunciable que tiene toda persona, recayendo su responsabilidad en la familia y en las instituciones del Estado facultadas para hacerlos cumplir en los casos de desatención.

En el derecho interno la Constitución Política de 1993, en su artículo 6° y el Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley 27337 del 21 de Julio del año 2000 en su artículo N° 92, establecen una definición sobre los alimentos, definiendo claramente que aquello corresponde a lo necesario para la vida y desarrollo de la persona humana, dentro del orden social como es, su derecho a tener un lugar donde vivir y que éste sea al lado de su familia y de sus seres queridos; lugar donde el niño aprende a socializar e interactuar con las demás personas y su entorno social. Es así que se establece un grupo de derechos considerados fundamentales, ordenados dentro del derecho alimentario:

- ✓ El derecho a la vestimenta comprendido dentro de los alimentos en una sociedad civilizada y organizada bajo principios y valores de moral y de conducta, que regulan las reglas de pudor y de orden público.
- ✓ El derecho a la educación y capacitación para el trabajo, consideramos como uno de los pilares dentro del grupo de los derechos comprendidos en el derecho alimentario, el ser humano tiene que desarrollarse como ciudadano y como persona, proceso que se lleva a cabo desde las etapas primarias de vida y parte de ese desarrollo es la etapa instructiva como un derecho fundamental y lograr que en el futuro contribuya con la sociedad e imparta sus conocimientos de acuerdo a su potencial porque hoy vale más el conocimiento que las materias primas.¹⁵

¹⁵ GARCÍA PÉREZ, Alan. Para Comprender el Siglo XX y Comenzar el Siglo de la Juventud, Lima 2004, p. 9

- ✓ El derecho a la asistencia médica y la recreación como derechos indispensables que todo niño requiere para su buen desarrollo físico y emocional. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del posparto.¹⁶ Todo ello es posible alcanzar directa o indirectamente a través de las necesidades básicas¹⁷.

En ese orden de ideas, tenemos que el derecho a los alimentos comprende todo lo que realmente necesita el ser humano para su sobrevivencia, su desarrollo físico y emocional, derechos que en casos de abandono familiar, es el Estado el garante a través de sus instituciones encargadas de velar por la ejecución y cumplimiento de tales derechos. Entendiendo que al privar del derecho alimentario al niño se estaría dejando en desamparo al menor, atentando incluso contra la vida misma del ser humano y por ende el Estado incumplirá una de sus funciones más elementales, el proteger derechos fundamentales de la persona.

Pero, ¿hacia quienes está dirigido este derecho? Según el orden de prelación el derecho alimentario se deben recíprocamente los cónyuges, ascendientes y descendientes, los hermanos.

Sin embargo el derecho alimentario que se le otorga al hijo alimentista regulado por el artículo 415 del Código Civil vigente prescribe lo siguiente:

Acción alimentaria del hijo alimentista

Artículo 415.- Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continua

¹⁶ CHUNGA LA MONJA, Fermín, CHUNGA CHÁVEZ, Carmen y CHUNGA CHÁVEZ, Lucía. Los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y su Protección en los Derechos Humanos. Editorial Grijley, Lima 2012, p. 118

¹⁷ Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. Boletín Trimestral N° 3. Hagamos de la familia un mejor lugar para crecer Situación del Derecho Alimentario: Avances y Desafíos. Publicado en: <http://www.mimp.gob.pe/f/b>, 23/ 10/2012.

vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si este diera resultado negativo quedara exento de lo dispuesto en este artículo¹⁸.

Se tiene entonces que estos “hijos” no tienen los derechos consagrados a los hijos extramatrimoniales reconocidos o declarados, puesto que se les impone ciertas restricciones normativas en calidad de “hijos” así tenemos el artículo 480, cuando se refiere a los hijos alimentistas prescribe lo siguiente:

La obligación de alimentarse que tiene un padre y su hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, conforme lo dispuesto en el artículo 415, no se extiende a sus descendientes y ascendientes en la línea paterna.”

Estos “hijos” no tienen legalmente tal condición de hijos, no encontrándose en ninguno de los órdenes de prelación ya que éstos beneficios, sólo provienen de la filiación.

Se tiene por lo tanto que el espíritu de la norma fue otorgarles una especie de provisión alimentaria a estos niños que no obtuvieron el reconocimiento ni voluntario, ni judicial por el presunto padre, como un acto más bien solidario sustentado en el derecho a la dignidad como persona, subsidiando su subsistencia, recayendo en el Estado la obligación de tutelar los derechos de la infancia, garantizándoles el cumplimiento y respeto de sus derechos para satisfacer sus necesidades más elementales. Debiendo para ello establecer los mecanismos que permitan la primacía de sus derechos para resolver cada caso en concreto. Priorizando en esa escala jerárquica los derechos de los niños, los mismos que vienen siendo víctimas de

¹⁸ TORRES VASQUEZ, Aníbal. Código Civil. Sexta Edición. Editorial Idemsa. Lima, 2002, p. 353

constantes violaciones a sus derechos. Más aún ahora con los nuevos cambios en la estructura social, la evolución y el tema de la globalización nos muestran las atrocidades que se suscitan en atropello a los derechos de los niños, niñas y adolescentes; desde el maltrato en las escuelas por las propias autoridades educativas y los propios compañeros de clases, el tráfico de órganos humanos siendo los niños los más victimizados, hasta la trata de personas en los que los niños son los incrementen cada día las estadísticas de los desaparecidos. Es por ello que se da inicio a la incorporación de los derechos de los niños dentro de las cartas y Convenciones Internacionales, siendo la primera de ellas la Declaración de Ginebra del año 1924 la que introdujo en sus 5 artículos el reconocimiento de derechos específicos en favor de los niños y niñas y ello gracias a la iniciativa de la fundación *Save The Children Fund*, que dirigiera *Eglantyne Jebb*, en respuesta a los atropellos suscitados como producto de las pos guerras mundiales. Luego en el año 1989 nace la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, como un instrumento de protección en favor de los mismos, a la luz de los nuevos contextos sociales; incorporando dentro de su contenido específicamente el artículo 3° una nueva interpretación sobre el interés superior del niño que se constituye en el principio “rector- guía”¹⁹ de dicha Convención. Es así que para especificar lo que realmente se considera como interés superior del niño, la Observación general N° 14²⁰ realizada en el año 2013 por el Comité de los Derechos

¹⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El Interés Superior de Niño en el Marco de la Convención, Internacional de los Derechos del Niño. en: [//www.iin.oea.org](http://www.iin.oea.org), f/b 24 /10/ 2013

²⁰ Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). El Comité señala que el interés superior del niño es un concepto triple:

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

del Niño de la Convención de las Naciones Unidas establece un nuevo concepto en su interpretación, considerando al Interés Superior del Niño como:

- ✓ un Derecho,
- ✓ un Principio y,
- ✓ una Norma de Procedimiento.

Siendo el más importante objetivo, que se garantice su protección y a su vez el disfrute pleno de todos los derechos consagrados en dicha Convención.

A la luz de esta nueva concepción, los Estados parte comprometidos con los derechos de la infancia tienen la obligación de aplicarla para hacerla efectiva y lograr el objetivo establecido por ella. A ello se traduce que en la jurisprudencia nacional se viene tratando de aplicar dicho precepto para resolver los conflictos interpersonales que involucren a los niños, y usamos el término “tratando” porque consideramos que aún no se logra la tan ansiada finalidad propuesta por la Convención, que el Interés Superior del Niño sea su atención prioritaria como una imposición normativizada ya que no encontramos ni en la legislación ni en la jurisprudencia nacional criterios que se uniformicen al dar tratamiento a los derechos de los niños, no se alcanza aún una acertada interpretación axiológica de los derechos de los niños los que se desprenden

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

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. Publicado en: <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos>, f/b, 24/10/2013

de los criterios judiciales discordantes en la resolución de sus conflictos, que en algunos casos obtienen respuestas negativas a sus pretensiones. Consideramos que los criterios aplicados responden a la subjetividad de los operadores jurídicos, cuando resuelven bajo criterios de interconexiones personales que en muchos casos no tienen la especialidad del trato en materia familiar para aplicar criterios que aborden una interpretación multidisciplinaria con un enfoque sociológico, psicológico, filosófico, etc. y que sea más humano sobre todo en el tratamiento de los niños teniendo en cuenta la importancia de proteger de sus derechos al momento de resolver y emitir sus sentencias, para dar cumplimiento a los fines constitucionales dentro de un Estado de derecho, social, democrático y constitucional. La problemática se evidencia sobre todo en las instancias ordinarias, que al resolver sin un criterio uniforme no hacen más que alejarse de los principios de la Convención ya que ante una inadecuada interpretación y aplicación de las normas jurídicas permiten que los procesos de los niños aterricen en las instancias constitucionales, afectando derechos fundamentales de reconocida importancia como es el derecho alimentario del menor, por los plazos en que estos se resuelven.

Así en el expediente N° 4058-2012 PA/TC, que hace referencia a un proceso de alimentos de un menor en el que la jueza falla declarando la prescripción, aplicando supletoriamente al Código de los Niños y Adolescentes, el tercer párrafo del artículo 203 del Código Procesal Civil, que establece que la fecha de audiencia es inaplazable, por la inasistencia de las partes, declarando concluido el proceso y ordena el archivo definitivo de los actuados²¹, subsecuentemente deniega el pedido de reprogramación

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP N° 04058 2012-PA/TC. HUAURA. Silvia Patricia López Falcón. 24 de Octubre de 2014. Conforme se aprecia del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional es que se declare la nulidad de la resolución N° 6, de fecha 18 de febrero de 2011, que declara la conclusión del proceso y ordena el archivamiento definitivo de los actuados, y su

de fecha de audiencia solicitado por la demandante, resolución que es confirmada por la sala, declarando concluido el proceso. El proceso es conocido por el Tribunal Constitucional vía Acción de Amparo que resuelve en favor del menor, considerando: *de que a pesar de la existencia de las reglas procesales existentes supletoriamente al Código de los Niños y Adolescentes éstas no responden a interpretaciones antojadizas, éstas deben aplicarse en función a los principios establecidos en el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes,*²² los principios constitucionales y estos a su vez a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y sobre todo en el marco de la Convención de los Derechos de los Niños del Comité de las Naciones Unidas. Es así que el Tribunal Constitucional hace hincapié en reconocer que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescentes presupone que los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes tienen fuerza normativa no solo en el momento de la elaboración de la norma, sino también a la hora de su aplicación²³ e interpretación. En otro de los fundamentos de la sentencia en comento se reitera la función del órgano judicial cuando la controversia

confirmatoria, la resolución N° 11, de fecha 26 de abril de 2011, en los seguidos por la recurrente contra don Elvis And, Zúñiga Ríos, en representación de su hija S.M.Z.L., sobre alimentos, publicado en: <http://www.tc.gob.pe/f/b/24/10/2014>

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP N ° 04058 2012-PA/TC. HUAURA. Silvia Patricia López Falcón. 24 de Octubre de 2014. En la interpretación y aplicación del presente Código se tendrá en cuenta los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención Sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú. En todo relacionado con los niños y adolescentes, las instituciones familiares se rigen por lo dispuesto en el presente Código, y el Código Civil en lo que le fuere aplicable publicado en: <http://www.tc.gob.pe/f/b/24/10/2014>.

²³ 10 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N ° 04058 2012-PA/TC. HUAURA. Silvia Patricia López Falcón. f/b 24/10/ 2014. De lo antes descrito se tiene que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, 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. Publicado en: <http://www.tc.gob.pe/f/b/24/10/2014>

compromete los derechos de los niños, y sostiene que la relevancia del interés superior del niño, niña y adolescente, será prevalente.

El principio del interés superior del niño, comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata de niños, niñas y adolescentes, que tienen especial cuidado y prelación de sus intereses frente al Estado²⁴

Asimismo en la sentencia recaída en el expediente N° 02132- 2008-PA/TC, del Tribunal Constitucional, hace referencia al principio del interés superior del niño, niña y adolescente señalando que este tiene fuerza normativa superior al interpretar y aplicar la norma.

“El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tiene fuerza normativa superior no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por lo tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluso claro está el padre, madre o quien sea responsable de velar por sus derechos fundamentales”.²⁵

²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP N ° 04058 2012-PA/TC. HUAURA. Silvia Patricia López Falcón, publicado en: <http://www.tc.gob.pe/>, f/b 24 /10/ 2014.

²⁵ GACETA JURÍDICA. El Derecho de Familia en el Tribunal Constitucional, Lima, Julio 2013, p. 189

Es así, que cuando existan dudas al momento de la interpretación de un derecho, el juez en su calidad de juez de derechos humanos encargado de administrar justicia deberá optar por la aplicación de la norma más satisfactoria a los derechos de la persona debiendo tener en claro que los derechos de los niños, niñas y adolescentes tendrán una posición preferente en el análisis del debate jurídico frente a los derechos de los adultos. En ese sentido se ha pronunciado ya el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 00012-2010-PI/TC estableciendo que: “(...) *Desde una perspectiva normativa, el niño y el adolescente no se encuentran, en abstracto, en una situación jurídica comparable con la de un adulto, toda vez que el artículo 4° de la Constitución, impone a la comunidad y al Estado la obligación de proteger “especialmente al niño”. En este precepto reside la constitucionalización del denominado “interés superior del niño”, que no es sino la exigencia de asumir prima facie y en abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, allí donde el caso impone al razonamiento jurídico la valoración de una causa en la que ellos se encuentran comprometidos. Asunto que, entre otras cosas, se traduce en el deber de, en caso de dudas hermenéuticas, e interpretar el Derecho de forma tal que resulten optimizados tales derechos e intereses, bajo el umbral de los criterios pro homine y favor debilis²⁶ (...)”.*

En consecuencia, la protección del interés superior del niño, desarrollado por el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia nacional, se direcciona a que los magistrados deben tener en cuenta al momento de resolver los conflictos interpersonales en los que se encuentran involucrados los niño, niñas y adolescentes se apliquen e interpreten las normas a la luz de la Convención Internacional sobre los

²⁶ *Ibidem*, p. 190.

Derechos del Niño, y otros Tratados y Convenciones de los organismos creados para la protección integral del niño de los cuales el Perú es parte.

Ahora bien, teniendo este precedente vinculante que obliga a los magistrados a resolver los conflictos priorizando la protección de los derechos de la niñez que provienen de la interpretación de las normas constitucionales nacionales e internacionales, ¿cómo es que en el caso del otorgamiento de la pensión alimenticia a los hijos no reconocidos, se rechaza la demanda desvirtuando los medios de prueba?

Al tratarse de la figura de los hijos puramente alimentistas como la doctrina los suele llamar, se debe tener en cuenta que lo que el legislador busca es proteger el derecho alimentario del niño, en respuesta a una necesidad social para no dejar en desamparo a estos” hijos o mejor dicho supuestos hijos que no obtuvieron el reconocimiento de su filiación, como una suerte de consuelo, dice: *ya que no les doy filiación, por lo menos les doy alimentos.*²⁷ Cabe recordar que, lo que se resuelve en estos procesos no es el derecho de la filiación, sino más bien otorgar una pensión alimenticia al hijo del varón con el que la madre haya mantenido una relación sentimental en la época probable a su concepción; es decir que se trata de una mera presunción de paternidad a efectos de garantizar la subsistencia del menor no reconocido, otorgándoles dicha pensión alimentaria hasta los 18 años de edad, como una medida solidaria o a modo de un seguro de subsistencia que la madre deberá perseguir.

1.4 La respuesta de la administración de justicia frente al derecho a los alimentos de los hijos alimentistas

²⁷ AGUILAR LLANOS, Benjamín. Derecho de Familia, Ediciones Legales, Lima, 2013, p. 291

Pese a lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, que las instituciones públicas y privadas están en la obligación de velar por el interés superior del menor amparando sus derechos para alcanzar su máximo desarrollo físico - emocional dentro de un Estado constitucional de derechos, se advierte en la jurisprudencia nacional que no se cumple con lo establecido en el trato de los niños al momento de resolver las controversias que involucren sus derechos. Lo grave de esta situación es que en muchos casos el juzgador no cumple con el rol encomendado por la sociedad el cual es administrar justicia como un juez de Derechos Humanos, que permita comprender y entender la razón por las cuales el niño merece tal protección, analizando su situación de dependencia y su estado de necesidad, el derecho a tener una vida digna, el derecho a la igualdad, a la justicia sin discriminación y sobre todo brindarles seguridad jurídica en situaciones de conflicto, realizando una correcta interpretación de la norma y su adecuada aplicación cuando se trate de conflictos familiares. El artículo 415 del Código Civil, establece el otorgamiento de una pensión alimentaria para el hijo que no logró ser reconocido ni declarado judicialmente por el presunto progenitor, a quien el legislador a modo de salvaguardar la vida de este hijo y para no dejarlo desamparado le provee el derecho alimentario como un acto de solidaridad humana por el hecho natural de ser alimentado. El otorgante de la pensión alimentaria no es más que un proveedor alimentario, por lo tanto la investigación para el otorgamiento del tal derecho no tiene que ser tan profusa, ya que no se trataría de un proceso de filiación en el que se tenga que actuar los medios probatorios contundentes para probar tal hecho; el hijo alimentista solo reclama su derecho a alimentos por lo que el juez al momento de merituar los medios de prueba tendrá que aplicar el principio de flexibilidad al interpretar las normas que beneficiarán al menor

desfavorecido dado a la naturaleza de los hechos de los que nacen tales derechos.
(probar las relaciones sexuales para alcanzar la pretensión)

El Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia celebrado en la ciudad de Ica 1997 a Marzo de 1998 en su acuerdo N° 9 establece los criterios para discernir si se da alimentos a los hijos no reconocidos, aprobándose por consenso que, más allá de lo que prescribe la ley sobre la necesidad de acreditar las relaciones sexuales en la época probable de la concepción, el juez debe apreciar los medios probatorios con criterio flexible, así como la conducta procesal del demandado.²⁸

Siendo así, bastará con que la demandante acredite que mantuvo relación sentimental con el demandado, en la época probable a la concepción, considerando más que suficientes y en virtud al principio de flexibilización que deberá tener en cuenta el juez al momento de resolver el conflicto como exigencia jurisprudencial en los procesos de familia al actuar y valorar los medios probatorios ofrecidos, tales como: fotografías cartas o las pruebas testimoniales, declaración de parte, voucher de hospedaje, etc. para crear convicción en el juez que se mantuvieron relaciones íntimas con el demandado y por lo tanto conceder la ansiada pretensión.

Es preciso resaltar que en el último párrafo del artículo 415 del Código Civil prescribe que en caso el demandado compruebe a través de una prueba genética u otra de validez científica que no es el padre del menor, podrá ante el mismo juzgado solicitar el cese de la obligación alimentaria. Pero sucede que en algunos casos, la prueba presentada por la demandante no resulta suficiente para algunos magistrados que no realizan una valoración adecuada de los medios probatorios y declaran

²⁸ MEJIA SALAS, Pedro. Derecho de Alimentos Doctrina, Plenos Jurisdiccionales, Jurisprudencia, p. 129. s/f

infundadas las demandas, considerando insuficientes dichas pruebas, dejando en el desamparo a estos niños que acuden al órgano judicial en busca de justicia.

Sucede también y paradójicamente que por los mismos medios de prueba otros magistrados declaran fundadas las demandas y otorgan la pensión alimentaria; se advierte entonces que los criterios de los jueces cuando interpretan las normas jurídicas y emiten sus resoluciones, difieren cuando resuelven casos similares, no existiendo consenso en la importancia de la protección de los derechos de los menores al momento de resolver, minimizando el goce pleno de sus derechos.

Consideramos lamentable el escaso compromiso de parte de los magistrados en salvaguardar los derechos de la infancia, en la falta de proacción en una investigación que lo conduzca a la verdad, de la situación jurídica y hacer justicia aplicando el derecho a cada caso en concreto conscientes de la importancia del amparo de los derechos de la niñez, por la edad que comprende esta etapa del desarrollo humano y por el estado de vulnerabilidad que los caracteriza, debiendo tener en cuenta que el otorgamiento de este derecho alimentario para los hijos extramatrimoniales no reconocidos, si bien no nace de la certeza de la paternidad propiamente dicha o establecida, existe aquí un cierto grado de presunción de paternidad por los indicios o sucedáneos de prueba con los que cuenta el juzgador que harían presumir la existencia de los hechos invocados. Pero, ¿qué hace un niño cuando se desamparan sus derechos?, cuando acude a la institución judicial en busca de una respuesta positiva, ésta es contraria a su pretensión. Casos como estos encontramos en nuestra jurisprudencia nacional, niños en completa situación de abandono, que por falta de los recursos necesarios no tienen otra salida más que aceptar la realidad de un país que no los incluye, que los hace invisibles. Lo lamentable haciendo hincapié a esta aún escasa y

desuniformizada protección de los derechos de los niños es que el desamparo y desprotección no solo sucede en las instancias judiciales sino también en las distintas instituciones públicas y privadas de la nación, que ante un estado de necesidad a la protección de sus derechos de los niños, estos se hacen invisibles o tardan en ser atendidos, clara muestra el caso que analizamos; el pedido ante las instancias judiciales de este derecho otorgado mediante una norma jurídica al hijo que no fue reconocido obtienen un no rotundo a su pretensión en el rechazo liminar de la demanda, cuando el juzgador en un afán de subjetiva protección no meritúa debidamente las pruebas que acreditarían la relación jurídica, impidiendo satisfacer esa necesidad básica como es el derecho alimentario de un menor, vulnerado así su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y a ser parte de un debido proceso como sujeto de derechos, consagrado además como derecho fundamental por la Constitución de 1993 en su artículo 139 inc.3°.

Consideramos que en este tipo de procesos la relevancia se ubica no en una respuesta favorable a la pretensión por el solo hecho de tratarse de los derechos de un niño y la tan afanada protección de su interés superior, sino más bien que se permita al recurrente ser parte de los actos procesales dentro de un debido proceso, se le permita ser oído, apelar y/o impugnar, presentar pruebas, etc., para resolver los conflictos y se haga justicia con las mínimas garantías que establece un Estado constitucional de derecho.

En el Perú aún no se alcanzan los objetivos de las normas constitucionales, no se logra cumplir con la finalidad propuesta por nuestra Constitución; ya que la etapa de la niñez no alcanza aún la importancia necesaria en el escenario jurídico político social como sujeto de derechos, siendo distintos los factores que nos permiten percibir

que aún quedan los rezagos de la doctrina de la protección irregular, desde el tema presupuestario y la desigualdad en el reparto del tesoro público, la falta de implementación de políticas públicas por parte del Estado o el incumplimiento de las ya existentes que impiden el desarrollo integral del niño dentro del ambiente familiar, reflejados principalmente en los sectores de salud, educación alimentación, justicia, etc., que minimizan el desarrollo de las potencialidades del menor desde la etapa inicial. La aún desfasada regulación normativa plasmada en el Código de los Niños y Adolescentes nos muestra un retroceso en el reconocimiento a los derechos del niño. Se advierte por ejemplo la falta de un lenguaje inclusivo desde el título de dicho Código pese a lo establecido por la Ley N° 28983 Ley de Igualdad de Oportunidad de entre hombres y mujeres que establece el uso del lenguaje inclusivo como un mandato legal. Asimismo, la limitación al derecho de expresar libremente sus opiniones salvo bajo supervisión de sus padres *contrario sensu* al artículo N°12 inc.1° de la Convención sobre los Derechos del niño en el que se establece que, “*Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente*”, unido a este retardado o lento abordaje al reconocimiento de los derechos del niño la falta de una reforma constitucional que se adecúe a la luz de la Convención Internacional de Derechos Humanos y por sobre todo a la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el sentido que priorice la atención del menor bajo el principio de que su protección sea prioritaria para el cumplimiento de la directriz planteada por el citado organismo el interés superior del niño cuando se aborden sus conflictos, en el que se rescaten sus derechos humanos, se reconozca al niño como sujeto de derechos, por lo tanto la protección de sus derechos sea irrefutable e inexcusable en todas las esferas de su desarrollo, desde

las instituciones del Estado hasta la sociedad en su conjunto para satisfacer las necesidades básicas de la infancia.

Abraham Maslow define la teoría del desarrollo de la persona humana, que se ha venido aplicando en diversos campos, de la ciencia, a la que llamó “jerarquía de las necesidades”²⁹ a través de una pirámide en las que escalón a escalón grafica las necesidades físicas y psicológicas del desarrollo humano que le permitirán alcanzar la autorrealización.

Establece cinco niveles considerando en la base de dicha pirámide las necesidades básicas de la persona, en el segundo escalón las necesidades de seguridad y protección, en el tercero las necesidades sociales, en el cuarto escalón las necesidades de estima y en el último peldaño la autorrealización personal como la culminación al proyecto de vida en el que se logra la trascendencia desarrollando al máximo el potencial del ser humano.



²⁹ PSICOPEDAGOGIAAPRENDIZAJEU. Abraham Maslow y su teoría de la motivación humana
Chttps://psicopedagogiaaprendizajeuc.wordpress.com/.../abraham-maslow-y-su-teoria-d f/b 21/06/2016

Figura 2. Pirámide de Abraham Maslow

La teoría humanista de Maslow, sostiene que solo en la medida que se satisfagan las necesidades básicas se podrán alcanzar niveles más altos de desarrollo y satisfacción personal. Encontramos aquí la importancia de la atención de los derechos de los niños, la atención a sus necesidades básicas hoy, para lograr ciudadanos de bien en el mañana. Considerando que en las necesidades básicas se incluyen las necesidades fisiológicas básicas para mantener la vida humana y la supervivencia de la especie.³⁰ Para ello consideramos de exigible cumplimiento las recomendaciones que hiciera el Comité de los Derechos del Niño³¹ a los informes presentados por el Estado peruano en el CRC/C15/Add.8 del 18 de octubre de 1993, CRC/C15/Add.120 del 22 de febrero del 2000 y CRC/C/PQR/CO/3 del 14 de marzo del 2006. El Comité de los Derechos del Niño reincide en sus observaciones que el Plan de Acción Nacional para la Infancia PNAIA contenga estrategias y objetivos para la promoción de los derechos civiles de los niños, niñas y adolescentes,³² recomendando en el 2006 la creación de una Defensoría de Pueblo exclusiva para la infancia.

³⁰ EL BLOG SALMON. Que es la Pirámide de Maslow. en: <http://www.elblogsalmon.com/conceptos-de-economia/que-es-la-piramide-de-maslow>. f/b. 08/01/ 2015

³¹ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Examen a los informes presentado en virtud al artículo 44° de la Convención. Observación N° 30. El Comité recomienda al Estado Parte que persevere en su empeño por lograr que el principio general del interés superior del niño, en: www.unicef.org/peru/spanish/Recomendaciones_Derechos_del_Nino.do, f/b, 10/01/ 2015

³² DEFENSORIA DEL PUEBLO. Las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño al Estado peruano: un balance de su cumplimiento Serie Documentos Defensorías - Documento N° 15 Asimismo, se aprecia una constante preocupación del Comité en problemas como la indocumentación, la explotación económica y en lo referente a la administración de justicia de personas menores de edad. Por otro lado, se puede apreciar que, en las últimas Observaciones Finales (OF 2006), el Comité aborda nuevas materias en sus recomendaciones, tales como la creación de una Defensoría del Pueblo para la infancia, la salud ambiental, la salud mental, de los niños, entre otros, en: www.gestionpublica.org.pe, f/b18/11/2014

1.5 La participación del niño en los procesos judiciales y la relevancia de sus opiniones en la resolución de sus conflictos a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Una nueva concepción humanista dedicada a los estudios sobre los derechos humanos incide en otorgarle un tratamiento especial a los derechos de la infancia obliga a los operadores del derecho, a las instituciones públicas y privadas, y a la sociedad en su conjunto, a que dirijan la mirada a la niñez atendiendo de manera prioritaria sus intereses, considerarlos sujetos de derechos, y hacerlos partícipes de esta sociedad para formar los nuevos herederos de la construcción de las nuevas generaciones, formadas en conocimiento, en valores y sobre todo en el respeto a los derechos individuales y constitucionales.

Esta preocupación que ha traspasado las fronteras en la exigencia de adecuar las normas existentes en cada Estado obligan al legislador a modificar, adecuar y aprobar leyes que prioricen e institucionalicen la protección del niño y el respeto de sus derechos, dejando atrás la corriente de la doctrina de la protección irregular para dar paso a la corriente de la doctrina de la protección integral del niño, en el que sus derechos sean de prioritaria atención brindándoles las oportunidades necesarias para el cumplimiento de su desarrollo físico - emocional merecedores de un trato justo igualitario y de todos los demás derechos consignados al ser humano, nacidos de su dignidad como persona, en el marco de una sociedad que practica los valores democráticos y el respeto de los derechos constitucionales.

Desde la Declaración de Ginebra de 1924, y demás iniciativas como las de la UNICEF, (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) la preocupación fue constante hasta lograr con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1989, se enuncian particularmente los derechos de la infancia.

Se consideraron cuatro principios rectores de la Convención.

- Principio de la no discriminación (artículo 2°) CIDN
- Principio de la observancia del Interés Superior del Niño (artículo 3°) CIDN
- Principio del Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo. (artículo 6°) CIDN
- Principio de participación y ser escuchado. (artículo 12°) CIDN³³

De estos cuatro principios rectores que regula la Convención, el de “participación y ser escuchado” es al que le dedicaremos un espacio.

El artículo 12° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece que, el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente y a formarse su propio juicio teniendo en cuenta su opinión. El Código de los Niños y Adolescentes

³³ CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK. Principios Rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño Niña: explicación fácil. 1. Principio de “No discriminación” (Artículo 2) La Convención nos es aplicable a todos los niños cualquiera que sea nuestra raza, religión o habilidades; sin importar lo que digamos o pensamos; cualquiera que sea el tipo de familia de la que vengamos. Sin importar dónde vivimos, qué idioma hablamos, qué es lo que hacen nuestros papás, si somos niños o niñas, la cultura de la que provenimos, si tenemos alguna discapacidad o si somos ricos o pobres. No hay causa que justifique el trato desigual a los niños.

2. Principio de observar siempre el interés superior del niño (Artículo 3) Cuando se va a tomar una decisión que puede afectarnos lo primero en lo que debe de pensar quien tomará la decisión es nuestro beneficio. Los adultos deben de hacer aquello que es mejor para nosotros. Cuando los adultos toman decisiones deben de pensar la forma en que éstas nos pueden afectar. Este principio lo podemos observar, por ejemplo, en la creación de nuevas leyes, políticas del gobierno y presupuestos destinados a la niñez.

3. Principio del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo (Artículo 6) ¡Tenemos derecho a vivir! Los gobiernos deben asegurar que crezcamos y nos desarrollemos saludablemente.

4. Principio de participación y ser escuchado (Artículo 12)

Cuando los adultos toman decisiones que nos pueden afectar, nosotros tenemos derecho a decir lo que pensamos y nuestra opinión debe ser tomada en cuenta. Esto no significa que podemos decirles a nuestros padres qué hacer y qué no hacer. La Convención busca que los padres escuchen las opiniones de los hijos y que los involucren en la toma de decisiones, la Convención no nos da a los niños autoridad sobre los adultos, al contrario, la Convención reconoce que el nivel de participación en las decisiones debe de ser apropiado para nuestro nivel de madurez. en:<https://www.crin.org/.../principios-rectores-de-la-convencion-sobre-los-d>, f/b 05/04/ 2015.

también consagra este derecho en su artículo 9°, a su vez la Constitución Política del Estado en su artículo 2° Inc.4° reconoce el derecho de opinión y de la libre expresión como una de las libertades de la persona.

Si bien la doctrina coincide en que el niño participe en las acciones que involucren sus derechos y pueda expresar sus opiniones logrando que estas sean tomadas en cuenta para resolver la controversia; sin embargo las normas en comento son aún una falacia en la práctica judicial, dado a que existe una fuerte recesión de parte de los magistrados en hacer prevalecer este derecho tan elemental de los procesos judiciales, que los niños participen en los procesos que involucran la afectación de sus derechos, debido quizá a los prejuicios que todavía se arrastran en la creencia de que los niños no tienen ni voz ni voto, ni capacidad para discernir o la falta de jueces especializados en materia familiar que no se adaptan a los cambios de la evolución social, que permitan y promuevan el ejercicio del derecho a la igualdad, a la libertad y sobre todo el de la libertad de expresión entre otros. En los de filiación extramatrimonial por citar un ejemplo la Ley 28457 de Diciembre del año 2004, que regula los procesos de filiación extramatrimonial, a fin de erradicar los altos índices de hijos no reconocidos, ya que en caso de que el demandado se negara al reconocimiento o se opusiera se tendrá que someter a la prueba biológica del ADN. Con la dación de esta Ley el niño puede obtener el reconocimiento de su filiación voluntario o judicial, además una asignación anticipada de alimentos dentro del proceso, como una medida cautelar establecida de oficio por el juez. Sin embargo, pese a la Ley existente en la realidad se evidencia que en muchos de estos casos no se obtiene el reconocimiento voluntario de parte del padre ya que se muestran renuentes al emplazamiento judicial, debiendo el juez declarar la paternidad judicial por la

conducta procesal del demandado, o por la declaración de rebeldía del mismo. Obviamente nos preguntamos. ¿Podrá una resolución judicial que declara la rebeldía del demandado determinar la paternidad biológica de un niño? ¿Podrá un niño sentirse plenamente hijo de un padre que no lo reconoció y a quien se declara “hijo biológico” solo por un mandato judicial? Consideramos que no; y a razón de ello es que en los procesos de los hijos alimentista en que los padres o presuntos padres se negaran al reconocimiento, de paternidad victimizando al niño ante la sociedad, es necesario hacer partícipes a los niños de estos hechos, informándoles de ello, como titulares del derecho sobre la negación absoluta y la renuencia a su reconocimiento de parte de su padre o presunto padre, ya que estos “padres” en caso de posterior determinación biológica o declaración judicial, jamás serán padres, nos referimos al aspecto moral, emocional o socio afectivo. (Caso Zarái Toledo.) En función de ello consideramos importante la participación de los niños en el proceso judicial, obviamente esta participación obedecería a ciertos requisitos que se tendrían en cuenta; como la edad del menor el estado físico-emocional el del juicio o percepción que tiene sobre el conflicto en el que está inmerso, debiendo para ello ser informado de los hechos.

En ese escenario consideramos, que lo que es de interés para el niño más que la filiación y el tema de la identidad biológica, origen del conflicto entre otros intereses económicos y patrimoniales es alejarlo de ese conflicto y ámbito que afecte su dignidad como persona que lo haga sentirse diferente, excluido, afectando definitivamente su desarrollo físico-emocional, su desarrollo social. Debiendo para ello contar con profesionales especializados en materia familiar y sobre todo con un abogado defensor de los derechos del niño, que pueda representar los intereses del menor ya que la madre quien generalmente es la que los representa actúa en función a

intereses propios y subjetivos. Debiendo en estos casos tomar en cuenta la opinión del niño quien apartado de la esfera del conflicto de la filiación podría plantear su derecho alimentario mediante un proceso corto y sencillo como es el proceso sumarísimo, en el que se otorgaría la pensión alimentaria, garantizando así su desarrollo físico, obviamente ello sin afectar el derecho del menor a que, posteriormente alcanzada la mayoría de edad podría hacer uso de su derecho de acción e iniciar un proceso de filiación si lo considerara conveniente.

Para graficar lo descrito en líneas anteriores podríamos tomar como ejemplo el caso Zaraí Toledo. Durante aproximadamente 14 años Zaraí la hija del ex presidente Alejandro Toledo persiguió su derecho de filiación, el derecho a ser reconocida por su padre biológico, hecho que no se dio sino luego de muchos años, la presión mediática en contra del ex presidente, el contexto social y los intereses políticos del momento que se dieron de por medio hicieron que se realice el milagro del reconocimiento.

De lo expuesto, si a la niña Zaraí Toledo se le hubiese permitido participar del proceso y se le hubiese puesto un abogado defensor de los derechos humanos en el que se defiende el derecho preferente de la niña en función del principio del interés superior de la misma, en el que se le permita ser oída para tener en cuenta su opinión al amparo del artículo N° 12 de la Convención, respecto a que si a ella le interesaba realmente ser reconocida por un padre que desde ya se negaba a dicho reconocimiento evidenciando su rechazo, victimizándola públicamente en el que muy probablemente se afectó su desarrollo emocional o se debió priorizar sus derechos solicitando solamente una pensión de alimentos como “hija alimentista” que garantice su sobrevivencia por lo tanto el aseguramiento de su desarrollo físico intelectual ante el derecho al reconocimiento de su filiación o su identidad biológica; y que luego de

alcanzar la mayoría de edad y cuando ella crea conveniente y necesario iniciar su derecho de acción para reclamar la filiación y los demás derechos que traen consigo el mencionado derecho. Se plantea este caso porque después de tener conocimiento de las expresiones que Zaraí tiene en relación a su padre, podríamos atrevernos a afirmar que hubiese aceptado quizá reclamar solo los alimentos, rechazando incluso a llevar el apellido de su “padre”. Por su lado las argucias jurídicas de las que se ha valido Toledo para desligarse de los demás derechos que traen consigo el derecho de filiación. En la jurisprudencia peruana es notoria la renuencia de los magistrados en hacer participar a los niños en sus procesos judiciales que no inciden en el análisis profuso de crítica multidisciplinaria que permita determinar lo importante que podría ser para el menor aislarlo de un proceso que lo victimice como es la negación de su reconocimiento filial considerado incluso como un acto de violencia familiar establecido como violencia sin lesión que vulnera el lado más sensible del ser humano, ese motor que nos permite plantearnos retos y alcanzarlos como es el alma misma del ser humano.

Cabe incidir que en cuanto a la participación de los niños en sus procesos que los involucra, se tiene ya en la jurisprudencia internacional un precedente muy importante resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se exhorta a los jueces de los países parte de la Convención a interpretar los artículos de la Convención sobre los Derechos de Niño como un instrumento vivo para aplicarlos en la resolución de sus casos. El caso se denominó Atala Rifo y las niñas Vs. Chile, siendo motivada por la tenencia de los hijos entre la señora Atala Rifo, con su ex esposo y padre de las niñas, que fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma que consideró a las niñas como víctimas por lo tanto era

imprescindible oír sus opiniones porque en casos como estos dice la Corte, que ni el papá ni la mamá representan a los intereses de sus hijos.

Así en el siguiente considerando la Corte sostiene:

196. La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino³⁴.

Además considera la Corte que no es necesario para el niño el conocimiento exhaustivo bastando solo la comprensión de los hechos; es así que el fundamento 198 de la citada sentencia establece: “... *Que con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”; “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio*

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Rifo y Niñas vs. Chile sentencia de 24 de febrero de 2012, en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf f/b. 17/06/ 2015.

sobre el asunto”; el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”; “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”, y “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente³⁵ .

En respuesta a ello la Corte recomienda que la interpretación de la normas tienen que ir acompañada a la evolución de los tiempos y adaptarse al cambio de mentalidades, obligando a su vez a que los magistrados se capaciten en cursos obligatorios de Derechos Humanos para hacer derecho en cada caso en concreto.

2. El derecho a la intimidad y su concepción de fortalecimiento y desarrollo autónomo como presupuesto esencial del Estado Constitucional de

Derecho

2.1 La protección del derecho a la intimidad y el contenido garantista de la inmunidad del individuo

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Rifo y Niñas vs. Chile sentencia de 24 de febrero de 2012, en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf f/b. 17/06/2015

El Diccionario de la lengua española define a la intimidad como: *zona espiritual de una persona o de un grupo, especialmente de una familia*³⁶. Espacio que decide la persona como intransmisible por los demás, en él el ser humano se refugia para proyectarse como persona libre de injerencias.

Para Marcial Rubio Correa “*La intimidad personal y familiar es aquella esfera de la vida de una persona en la que ningún extraño puede inferir.*”³⁷ Es el espacio de recogimiento aislado de todo cuanto lo pueda contaminar; sin embargo, en los últimos años se han venido produciendo una serie de cambios en la estructura social en los distintos aspectos del desarrollo humano, cultural, psicológico, filosófico las mismas que con las nuevas tecnologías en el campo informático y las telecomunicaciones, modernismos a los que nuestro país no es ajeno traen consigo una serie de situaciones fácticas conflictivas en el campo jurídico sobre todo en lo que al derecho a la intimidad respecta, que impiden una adecuada solución al problema por la complejidad de los casos y por la inexistente o escasa regulación legislativa y normativa, sobre este nuevo comportamiento humano.

El uso y abuso de las redes sociales por ejemplo ha traído como consecuencia la vulneración de un derecho consagrado por las convenciones y tratados internacionales, como es el derecho a la intimidad de las personas.

Si bien no existe un concepto que defina específicamente lo que se considera como intimidad, debido a que está ligado a la vida privada e individual del ser humano siendo relativa su interpretación, lo es también que para muchos autores es considerado como la negación de hacer conocer aspectos físicos, psicológicos,

³⁶ OBRA SOCIAL LA CAIXA. Diccionario de la Real Academia Española, Intimidad en: buscon.rae.es/f/b. 17 de Junio de 2015.

³⁷ RUBIO CORREA, Marcial. Para Conocer la Constitución de 1993, II Edición, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2008, p. 28.

patológicos, etc. de la vida personal a otras personas, aquello que uno guarda para sí en los distintos aspectos del actuar humano; no permite injerencias ni de particulares ni del propio Estado, por lo tanto es un derecho fundamental vinculado a la dignidad y la libertad del ser humano. Exige el respeto a la vida privada que puede ser familiar, profesional, sexual, religiosa, política etc.

Morales Godo, citado por la revista Cajamarca³⁸, sostiene que existen tres aspectos importantes a considerar en la noción de intimidad.

Tranquilidad.- El derecho que tiene todo ser humano a disponer momentos de soledad.

Autonomía.- Consiste en la posibilidad de tomar decisiones en las áreas fundamentales de nuestra existencia

Control de información.- Considera dos aspectos. La posibilidad de mantener ocultos algunos aspectos de nuestra vida privada, y la posibilidad de controlar el manejo de la información cuando ha sido confiada a un tercero.

En la legislación nacional, la Constitución peruana establece en su artículo 2° inc. 7. *“Toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación a la intimidad personal y familiar”*, entendida como el espacio único y exclusivo del ser humano que no puede ser trasgredido por nadie en respeto a su dignidad de persona. Asimismo, el Código Civil peruano de 1984 lo recoge en su artículo 14 estableciendo lo relativo al derecho a la intimidad y la vida familiar. En el plano internacional la Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 12°, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 17°, la Convención Americana de Derechos Humanos

³⁸ REVISTA JURIDICA CAJAMARCA. Conflicto Jurídico entre el Derecho a la Intimidad y el Derecho a la Información, en: www.derechocambiosocial.com/, f/b. 06/03/ 2015.

artículo 11°; establecen el marco de protección al derecho a la vida privada de la personas.

Si bien es cierto que la intimidad es un derecho personalísimo que encuentra su protección en las distintas cartas nacionales e internacionales de cada Estado, en las que se establecen la inviolabilidad, y la protección de los mismos por la connotación jurídica que engloba dicho derecho, la realidad nos muestra ciertas excepciones en que el derecho a la intimidad sería desplazado por otro u otros derechos de superior importancia, por citar un ejemplo, cuando se trata de las personas públicas y el derecho informático, o la libertad de expresión, cuando su conocimiento sea de interés colectivo, dentro de un Estado constitucional de derechos que respeta los derechos fundamentales ese derecho individual como es la intimidad quedaría expuesta de acuerdo a las necesidades del caso, teniendo asimismo establecidas las sanciones penales cuando se trasgreda el límite de lo establecido por la norma sobre “intimidad”. Tal es el caso en la jurisprudencia nacional se resuelve un caso emblemático, con una sentencia recaída en el expediente N° 6712-2005- HC/TC caso Magaly Medina Vela y Ney Guerrero Orellana. Este Tribunal define los límites del derecho a la información frente a la vida privada, sostiene que el derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados³⁹ por la sociedad y el Estado.

La Constitución Política del Perú en su cuarta disposición transitoria y final establece que: *“Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos*

³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. N.° 6712-2005-HC/TC Lima, Caso Magaly Jesús Medina, Vela y Ney Guerrero Orellana 09/11/2014., en: tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html f/b 05/03/15

Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Se desprende entonces que en los conflictos legales que involucren los derechos de los niños con los de los adultos estos se resolverán a la luz de los tratados y convenciones internacionales instrumentos vivos que establecen las directrices para la defensa de los derechos en el tratamiento del menor, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que su atención sea prioritaria e inmediata optimizando sus derechos como un deber del Estado para garantizar al niño una vida digna como persona, valiéndose de principios especiales como los del *pro homine*, adicionando a todos los derechos humanos que como persona le merece teniendo en cuenta que *"Los derechos de la infancia deben entenderse e interpretarse de una manera amplia y dinámica, ello implica que, en sentido contrario, las restricciones a los derechos requieren de una interpretación restringida."*⁴⁰ Todo ello en razón a su condición de indefensión que es la etapa primaria en la que el menor se encuentra, ligada a la dependencia de otro ser humano y por su situación de vulnerabilidad propias de la etapa del desarrollo; se traduce entonces que en las controversias sobre derechos de la infancia estos tendrán su atención prioritaria aplicando la norma más favorable que le permita alcanzar su desarrollo integral dentro de un Estado constitucional que practica los valores de justicia e inclusión social, donde los niños y adolescentes sean considerados como un valor social y quizá como un patrimonio universal de la humanidad, separado por puesto de toda interpretación pecuniaria; sino más bien como valor del género humano acorde a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien es cierto que el Estado garantiza y protege el derecho a la intimidad por ser un derecho personalísimo elevado a la

⁴⁰ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. El Interés Superior del niño en la Interpretación del Tribunal Constitucional. Cuadernos Jurisprudenciales.

jerarquía de fundamental por el ámbito que abarca su contenido el mismo que se sitúa en la conciencia, la personalidad, la identidad del individuo y su esfera como un espacio libre de injerencias externas, así lo concibe, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 11 concediéndole este reconocimiento estableciendo que: “nadie puede ser objeto de injerencias a la vida privada, ni en la de su familia” por lo tanto su protección y amparo es indiscutible; sin embargo, en el campo del derecho nada es absoluto existen siempre las excepciones a las normas jurídicas cuando se antepone un derecho que requiera su trato prioritario pues se tendrá que quebrantar el que menos afectación cause a la persona. Tratándose de un conflicto en el que se disputa la prevalencia de los derechos de un niño frente a los de un adulto, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado sobre la prevalencia del interés superior del niño ante el conflicto con los derechos del adulto.

*“En la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos.”*⁴¹ Incidiendo en lo dicho podemos concluir, que cuando se trata de los derechos de los niños estos no tienen jerarquía alguna puesto que todos son igualmente relevantes para el derecho, se trata pues de salvaguardar los derechos fundamentales ligados a la vida de un niño como es la pensión alimentaria.

2.2 El principio de libertad y el consentimiento libre, expreso o tácito del titular

El ser humano desde su nacimiento es un ser libre y autónomo en sus acciones y decisiones, facultado para hacer lo que más le conviene, lograr su desarrollo personal

⁴¹ GACETA JURÍDICA STC Exp. N° 02079-2009-PHC/TC. El Derecho de Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Julio 2013, p. 188

en la medida de sus necesidades, plantearse un proyecto de vida y llevarlo a cabo con las condiciones favorables que el Estado está obligado a otorgarle; en consecuencia la libertad nace con el individuo y la máxima expresión de ésta se tiene con la autonomía y con la capacidad de decisión, con su capacidad de realizarse respetando la Ley y al prójimo

Stuard Mill, es necesaria para el desarrollo de cada persona como una persona completa ⁴², considerando la libertad como un valor que le permite hacer lo bueno para alcanzar su máxima realización sin que estos actos lesionen derechos de terceros, conscientes de la absoluta responsabilidad de sus actos, puesto que la libertad va aparejada de la responsabilidad del ser humano; *ya que tan pronto como una parte de la conducta de una persona afecte perjudicialmente a los intereses de otras, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y puede discutirse si su intervención es o no favorable al bienestar general.*⁴³

El Tribunal Constitucional en el expediente N° 00007-2006-PI/TC considera que (...) *el libre desarrollo y bienestar pudiera interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad (...)*. “*El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (...)*”. “*Por ello el Estado debe de abstenerse de intervenir o evitar que su intervención afecte el libre desenvolvimiento de la personalidad e incluso el proyecto de vida de un ciudadano (...)*”.

⁴² EL BLOG SALMON, en: www.elblogsalmon.com/economistas-notables/economistas-notables-john-stuart-mill-2, f/b 21/06/16

⁴³ STUART, Mill JHON. Sobre la libertad de los grandes pensadores. Sarpe. Madrid 1984, p. 120

Siendo ello así, una de las manifestaciones de libertad que tiene todo ser humano es de la libre elección de la persona con la que formará una familia, el relacionarse sentimentalmente o iniciar una relación de pareja con miras a formar una familia, por el hecho natural las relaciones íntimas entre un varón y una mujer traerán como consecuencia en muchas ocasiones la procreación de los hijos salvo las excepciones del caso, siendo ello la manifestación de la expresión máxima de la libertad de la persona establecidos e como derecho fundamental en la Constitución Política en el artículo 2º inc. 1. *“Toda persona tiene derecho. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, física y psíquica y a su libre desarrollo personal”*

Como señalamos en líneas precedentes, la elección de iniciar una relación de pareja, es una expresión de libertad del ser humano, siendo opción de la pareja llegar al matrimonio o uniones concubinarias; sin embargo en la actualidad se presentan situaciones en las que antes de llegar a la formalización de una relación matrimonial o concubinaria las parejas tiene trato íntimo, generando como consecuencia de estas relaciones amorosas el nacimiento de niños fuera del matrimonio.

Es sabido que, el nacimiento de un niño no necesariamente responde a una relación matrimonial y/o concubinaria, mucho de estos niños sobre todo en los últimos años estos niños también provienen de relaciones donde no existe una relación sentimental constante o permanente que se dé dentro de la posición constante de estado tales situaciones, que traen como consecuencia, que muchos de los padres se sustraigan de asumir la responsabilidad del reconocimiento de la paternidad del menor, afectando una serie de derechos que limitan a este hijo no reconocido a desarrollarse plenamente dentro de un ambiente familiar. Si bien, el ser humano por derecho es un ser libre, esta libertad no es del todo absoluta, se restringirá cuando implique la trasgresión de

derechos de otros seres humanos, en especial de aquellos considerados por el Estado como vulnerables como son los niños.

2.3 El principio de libertad y la imposición constitucional de su divulgación

El hombre desde que nace es beneficiario de todos los derechos fundamentales y universales consagrados en la Constitución y las distintas cartas y tratados internacionales, siendo el más importante de ellos el derecho a la libertad, aquella que le permite desarrollarse en todos los aspectos de su vida como persona, ésta es autónoma en sus decisiones, y como tal el autor de su autorrealización siendo protegido por el Estado y la sociedad. Pero esa *libertad no resulta ser una “facultad”, una propiedad, de la cual el hombre pueda disponer o no. El hombre no tiene o deja de tener libertad sino que “el hombre es libertad”*.⁴⁴ En nuestro país solo hasta 1867, las constituciones reconocieron principalmente los derechos individuales derivados de la Revolución Francesa.⁴⁵ La Constitución peruana de 1993 en su artículo 2° inc. 1° plantea como uno de los derechos fundamentales, el derecho al libre desarrollo y al bienestar de la persona como atributos inherentes del ser humano que le permitan alcanzar sus ideales dentro del orden social establecido bajo los principios éticos y morales. *Toda persona humana, dotada de razón, es libre cuando es dueña de sus propias acciones, cuando es capaz de escoger el bien que está en conformidad con la razón, y por consiguiente con su propia dignidad humana.*⁴⁶

⁴⁴ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. El Derecho como Libertad, Preliminares para una Filosofía del Derecho, Studium, Lima 1987, p. 59

⁴⁵ RUBIO CORREA, Marcial. Para Conocer la Constitución de 1993, Segunda Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2009, p. 19

⁴⁶ Juan Pablo II: “Homilía en Logan Circle, Filadelfia, 3 de octubre de 1979”, tomado de “Juan Pablo II y el orden social”, Pamplona: EUNSA. 18/11/2014, en. <http://www.temas.cl/el-sentido-de-la-libertad-en-una-sociedad-libre/>, f/b10 /12 2015

A tenor de lo antes descrito podemos acotar, que la libertad del ser humano es inherente e inalienable a él, lo que no implica que esa libertad sea usada vulnerando derechos de terceros, el hijo al cual se le niega el reconocimiento de su paternidad aquel que podría ser el fruto de esas relaciones extramatrimoniales que en el mayor de los casos son, no formales o prohibidas. Sucediendo en estos casos que el demandado luego de tener conocimiento de la demanda desconoce aquello que por hacer mal uso de su libertad vivió, una relación amorosa extramatrimonial que trajo como consecuencia el nacimiento de un niño que desde su concepción requiere ser atendido; pero sobre quien recae el rechazo al reconocimiento de su filiación, siendo entonces en este caso el obligado a alimentarlo aquel que sostuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción, previa acreditación de los hechos antepuestos a la demanda; así se tiene que en el Expediente N° 3446 -96- Lima⁴⁷, el demandado a quien se ha interpuesto una demanda de alimentos a efectos de que se obligue el pago de una pensión alimentaria para este hijo que no quiso reconocer considerando probablemente no ser el padre del menor y por lo tanto quedar exento de la obligación, el mismo que haciendo uso de su legítimo interés facultado además por la propia norma (415 CC último párrafo) solicita la prueba de ADN, obteniendo como resultado ser el padre del menor hijo alimentista. Si bien con la prueba se determina la filiación biológica, sólo para el conocimiento de las partes, mas no para declararla en el proceso, puesto que la demanda solo pretende la obligación alimentaria, siendo más bien

⁴⁷ TAFUR GUIPOC, Esperanza, y AJALCRINA Rita. Derecho Alimentario, Segunda Edición, Fecat, Lima 2007, p. 107.

Exp. N° 3446-96-Lima

Considerando, Segundo.- Que en el documento que aparece a fojas doscientos sesenta y siete denominado “Determinación de la Paternidad” emitido por las especialistas de genética nombradas y que lo suscriben, se menciona que la prueba practicada arroja una probabilidad de paternidad de noventa y nueve punto setenta por ciento y que con dicho nivel de probabilidad se “demuestra que el señor Rómulo Daniel Álvarez Eguilu es el padre biológico de la niña F. M. A. V.”

comprobada con dicha prueba la práctica de las relaciones sexuales con el demandado en la época de la concepción.

2.4 ¿Se afectará la intimidad del demandado cuando la prueba genética del ADN determina que no es el padre del menor alimentista?

El artículo 415 del Código Civil establece en su último párrafo que el demandado sobre quien recae la obligación alimentaria quedara exento de la obligación si mediante prueba genética u otra de validez científica se comprobara que no es el padre del menor alimentista. Debemos resaltar que cuando se interpone la demanda invocando el 415 del Código Civil la pretensión se enfoca solamente sobre el derecho alimentario del menor, por lo tanto la prueba genética que establece la norma y aportada al proceso por el demandado para desvirtuar los hechos devendría en irrelevante para resolver este conflicto no entendemos la modificatoria incorporada por el legislador ya que para acceder a la pretensión solo será necesaria la probanza de las relaciones sexuales en la época de la concepción; sin embargo, esta prueba del ADN que determina la paternidad o la exclusión de la misma en relación con el demandado generaría dos posibles consecuencias jurídicas la primera podría ser utilizada para invocar la vulneración de un derecho fundamental como es la intimidad del obligado ya que al determinar la exclusión de la paternidad se podría también considerar que no hubo la tal práctica de las relaciones sexuales con la demandante; claro es que aquello solo sería posible siempre y cuando no concurran otros medios probatorios o indicios que haga presumir la ocurrencia de los hechos alegados; y la segunda situación es que pese a existir prueba negativa que determina la exclusión de la paternidad, si podrían existir otros indicios que hagan presumir la ocurrencia de los

hechos (prácticas sexuales en la época de la concepción) siendo ello lo necesario para amparar la pretensión del hijo no reconocido.

2.5 La prueba prohibida y sus excepciones como factor determinante frente al derecho constitucional de la intimidad en la protección de derechos y libertades de los niños y adolescentes

La prueba es el medio por el cual las partes tienden a acreditar un hecho que sustentará su pretensión, un suceso ocurrido en un espacio de tiempo lo que servirá en momento oportuno para fundamentar una pretensión o para contradecirla. Además deben cumplir con una finalidad la misma que describe el Código Procesal Civil en su artículo 188 *“Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”*.

Para el análisis de la prueba prohibida es necesario conocer las nociones básicas de lo que se entiende por prueba, medio de prueba, la fuente prueba y la prueba ilegal o prohibida.

- ❖ La prueba.- La prueba es el elemento primordial de un proceso judicial establecido por la Ley; la misma que resulta indispensable ya que sin prueba no existiría un proceso, siendo que a través de ella la parte interesada garantiza su derecho subjetivo y solo con el conocimiento de la prueba y su actuación el juzgador podrá motivar adecuadamente su sentencia.

Al respecto Carnelutti citado por Davis Echandia expresa lo siguiente:

“El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás del él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese

minúsculo cerco es la prueba”.⁴⁸ En ese sentido la prueba seria, la razón lógica extraída de las fuentes probatorias, y que transportadas a través de los medios probatorios se materializan en el recorrido procesal, es la certeza que adquiere el juez sobre los hechos expuestos por las partes a través de los medios probatorios a efecto de resolver la controversia.

- ❖ La fuente de prueba.- La fuente de la prueba es toda información que contiene los instrumentos que pueden ser objetos, personas, etc. de los hechos acontecidos y preexisten al proceso, que son transportados a través de los medios probatorios a la escena procesal para ser valorados por el juez. “Pero hay ciertas fuentes de prueba que a su vez son medios de prueba, como los documentos públicos y privados reconocidos, por lo que no requieren de otro elemento complementario para su corroboración.”⁴⁹
- ❖ El medio de prueba.- Son los instrumentos que transportan la fuente de la prueba, estos sirven de vehículo que llevan la información recogida de las fuentes o de los hechos acaecidos, ofreciendo al magistrado, una realidad que sostiene a la pretensión, “los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso.”⁵⁰
- ❖ La prueba ilegal o prohibida. Es aquella que vulnera derechos fundamentales, o la que se obtiene vulnerando las normas constitucionales, por lo tanto la Ley establece su prohibición puesto que atentan contra la dignidad de la persona.

⁴⁸ ECHANDIA, Devis. Teoría general de la prueba, Temis, Bogotá, 2002, p. 5

⁴⁹ COMENTARIO AL CODIGO PROCESAL CIVIL, op. cit., p. 420

⁵⁰ HINOSTROSA MINGUEZ, Alberto. Derecho Procesal Civil, Medios probatorios, Juristas Editores, Tomo III, Lima Febrero 2012, p. 28

Si bien el origen de la prueba prohibida se introduce en el sistema jurídico europeo a partir del año 1776 con el caso Jhon Wilkes⁵¹, periodista y parlamentario inglés a razón de las críticas publicadas en su periódico, en contra de la corona del Rey Jorge II, quien dictó una orden general de arresto en contra de Wilkes y los demás miembros del diario. Wilkes adquiere popularidad al afirmar que la orden dictada por el rey era inconstitucional, consideró una intromisión ilegal que violentaba su derecho a la intimidad. El Tribunal estimó su demanda sentando un importante precedente en la jurisprudencia internacional. Esta preocupación fue tomada también en el derecho estadounidense por los abogados Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en la obra *“The right of privacy,⁵² el derecho a la intimidad alcanza un mayor auge, a consecuencia de la indiscriminada publicación periodística que vulneraba la vida privada de las personas; siendo dicho aporte de mucha importancia para la doctrina y la jurisprudencia, la misma que ha servido para que el Tribunal Supremo estadounidense sentara importantes precedentes.*

Según la doctrina no existe aún consenso para denominar de manera uniforme a la prueba prohibida, siendo las más utilizadas las de, prueba prohibida, prueba ilícita, prueba ilegal, prueba irregular entre otras denominaciones.

Para efectos de la presente investigación nos referiremos a la prueba que establece el artículo 199 Código Procesal Civil, considerando como “ineficaz” la prueba que ha sido conseguida en vulneración de derechos fundamentales. Por lo que se considera que será descartado todo medio de prueba que para su obtención se hayan violado las normas constitucionales.

⁵¹ JHON WILKES - Wikipedia, la enciclopedia libre, en: es.wikipedia.org/wiki/John_Wilke, f/b, 30/05/2015

⁵² El Derecho a la Privacidad en Los Estados Unidos: Aproximación Diacrónica a los Intereses Constitucionales, en: [Dialnet dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3883001](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3883001), f/b, 30/05/2015.

Marianella Ledesma, señala “...conceder valor a la prueba obtenidas por las vías ilegítimas y apoyar en ellas una sentencia judicial no solo es contradictorio con la garantía del debido proceso, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias”⁵³.

En la jurisprudencia nacional a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 la misma que en su artículo 11.1⁵⁴ precisa que no surtirán efectos las pruebas que hayan sido obtenidas vulnerando derechos y libertades constitucionales, a partir de entonces se tiene un concepto que define a la prueba ilícita, así la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, sobre la prueba prohibida señaló lo siguiente.

*La “prueba prohibida o ilícita” es aquella prueba, cuya obtención o actuaciones lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable por lo tanto, ... carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales (...)*⁵⁵

De igual modo el Tribunal Constitucional Expediente. N° 01600 -2013- PHC/TC en sus fundamentos 20 y 21 sostiene lo siguiente:

En la sentencia recaída en el Expediente N.º 00655-2010-PHC/TC, este Tribunal Constitucional dejó sentado que la prueba prohibida es un derecho fundamental que

⁵³ LEDESMA NARVAEZ, Marianella, Comentarios al Código Procesal Civil, Gaceta Jurídica, Tomo I Lima 2008, p. 455

⁵⁴ Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 11° Inc. 1

⁵⁵ GARCIA SAYÁN, Diego. La Prueba Prohibida en el Proceso Civil, En: www.garciasayan.com/blog.../la-prueba-prohibida-en-el-proceso-civil/, f/B 30 /05/ 2015

*no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a personas que el medio probatorio obtenido mediante la vulneración del derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud.*⁵⁶

Asimismo considera el Tribunal Constitucional que la prueba *prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. A este respecto, en la STC 06712-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir que no «pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico», pues se trata de «supuestos de prueba prohibida». En sentido similar, en la RTC 02333-2004-11C/TC este Tribunal destacó que «el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, tales como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho»*⁵⁷.

Si bien la prueba es el elemento primordial y derecho fundamental del debido proceso, la que permitirá conocer la verdad jurídica, ésta cumple ciertas exigencias prescritas por la Ley.

⁵⁶ Tribunal Constitucional del Perú en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01601-2013-HC, f/b 10/07/2015.

⁵⁷ Ídem.

En el derecho comparado la prueba que provenía de la violación de algún derecho fundamental no debía ser admitida ni actuada, ni valorada en un proceso judicial, estableciéndose para ello la teoría del “fruto del árbol envenenado” por la cual la prueba (fruto) que había sido obtenida de una prohibición (árbol envenenado) devendría en inadmisibile, por considerarse también prohibida (envenenado). Esta teoría tiene su origen a partir del caso *Silverthorne Lumber vs. EE.UU.* 1920 En este caso se los agentes policiales ingresan a la empresa Silverthorne sin previa autorización judicial para obtener documentos de contabilidad los que posteriormente servirían para hacer una acusación en contra de la empresa, el Tribunal absuelve el caso en función de que la prueba que se obtiene violando derechos fundamentales no será admitida. Sin embargo, la fiscalía con las copias que se obtuvieron de los originales que fueron sustraídos hace una nueva acusación, por lo que el Tribunal consideró que:

*“La esencia de una provisión que prohíbe la obtención de material probatorio de una cierta manera no es sencillamente que el material probatorio adquirido de esa manera no sea utilizado ante la Corte sino que no sea utilizado en absoluto”.*⁵⁸

Por estas consideraciones sobre la prueba prohibida se han realizado un sin número de debates en la doctrina comparada para tratar de establecer si esta prueba obtenida vulnerándose derechos constitucionales debiera ser admitida o excluida del proceso, ya que su obtención se produjo a través de actos ilícitos, no permitidos por la Ley por lo tanto su actuación por derecho debería ser prohibida.

⁵⁸ ALCAIDA GOLZALES Josué. Artículos doctrina y jurisprudencia en: www.lexpractica.galeon.com/cvitae743757.html f/b. 03/06/ 2015.

Si bien el derecho a “probar” como elemento esencial de un proceso justo, que obliga a que todo aquello que indique la existencia de un hecho controversial debiera ser objeto de evaluación debiendo por ello plantearse bajo los principios de la actividad probatoria, siendo necesario para ello determinar si la “prueba” a actuar se obtuvo bajo circunstancias de licitud o de prohibición.

En ese contexto existen posturas universales referidas a la prueba ilícita; la primera con una marcada tendencia que plantea los límites a la prueba prohibida amparados en la teoría del fruto del árbol envenenado, que considera que la prueba que se obtuvo sin tener en cuenta los límites de la legalidad debieran considerarse inexistentes para el proceso por lo que su actuación devendría en futuras nulidades.

*Así es que todo árbol bueno produce buenos frutos: y todo árbol malo da frutos malos. Un árbol bueno no puede dar frutos malos: ni un árbol malo darlos buenos. Todo árbol que no da buen fruto, será cortado y echado al fuego. Por sus frutos pues los podéis conoceréis.*⁵⁹

La segunda corriente que plantea la regla de excepción a la prueba prohibida; para aquellos casos en que tras de aquella prueba considerada prohibida se escondía un actuar delictuoso o se pretendía no obligarse de una responsabilidad jurídica y que bajo el velo de la “ilicitud” su actuación devenía en inadmisibles, por colisionar con los derechos fundamentales, como el de la intimidad de la persona, el derecho a la información, la inviolabilidad del domicilio etc.

Es decir que ante el conflicto jurídico entre dos derechos fundamentales se plantea una causa de justificación para admitir o valorar la prueba prohibida, cuando uno de los derechos en conflicto requiere de la urgente e inmediata protección o ante

⁵⁹ MARTINEZ RODRIGUEZ. José Antonio, La doctrina del fruto del árbol envenenado, en: noticias.juridicas.com/.../8944-la-doctrina-del-fruto-del-arbol-envenenad. f/b, 04/05/2015.

el grave riesgo a la afectación de uno de los derechos conculcados, planteándose para ello el criterio de la proporcionalidad mediante la “ponderación de intereses”, los que se aplicarán a los casos extremadamente excepcionales para admitir la prueba que se haya obtenido de manera ilícita, concediendo un valor preferente a algunos derechos frente a otros, por la importancia que merece su protección. Por ejemplo cuando se tenga que resolver un conflicto por la colisión de derechos fundamentales entre los derechos de un niño con los de un adulto, ¿cuál de ellos sería merecedor de amparo según la razón lógica del derecho acorde a los nuevos tiempos en un Estado democrático y constitucional? Para responder a esta pregunta consideramos el análisis brevemente del presente caso.

En el expediente N° 864-98, se solicita una pensión de alimentos para un hijo no reconocido (artículo 415 C.C.) debiendo remitirse la prueba a la práctica de las relaciones sexuales realizadas por las partes en conflicto en la época de la concepción. Para tal efecto en la declaración de parte ofrecida por la demandante en la que hace de conocimiento al juez que el demandado tiene una característica particular en alguna parte del cuerpo (ubicación de lunares), la misma que logra su efecto persuasivo logrando que el juzgador, en razón de la declaración ordena se le practique al demandado un examen médico corporal, la misma que consideramos de ilegal ya que para obtener la prueba se trasgredieron los límites del derecho establecidos por la Ley, vulnerando el derecho personalísimo de la “intimidad” a consecuencia de la obtención de la prueba. Esta intromisión a la intimidad no fue percibida por el juez, ni la parte interesada, ya que no fueron rechazadas ni sometidas al contradictorio.

En el caso materia de análisis evidentemente se vulnera el derecho a la intimidad del demandado por la ilegal actuación de la fuente probatoria, siendo

necesario recordar que la intimidad del demandado se confronta con los derechos del niño por quien al momento de resolver el juez tendrá presente que requiere de atención inmediata, puesto que lo pretendido es su derecho alimentario siendo necesario aplicar en el presente caso las excepciones a la prueba prohibida.

Radica entonces aquí la función de los jueces especializados en el derecho de familia los que tendrán que elaborar una adecuada interpretación de las normas las que ante un conflicto que imposibilite determinar qué derecho se debiera amparar o proteger, se elabore un juicio de valor para determinar qué derecho obtendría el mayor peso o cual debía prevalecer.

En razón de ello es que mediante las técnicas de la ponderación se permita optimizar entre los derechos del adulto y su derecho a la intimidad y el derecho del niño y su derecho a la prueba priorizando su estado urgente de necesidad, su derecho a la protección tanto en su calidad de ser humano, como en su condición de niño; aplicando la norma adecuada e idónea que garantice su pleno desarrollo bajo los principios establecidos por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que obliga a las instituciones públicas y privadas así como de la sociedad en su conjunto a velar por la protección en base a los intereses que requiera el menor, consideración que ya ha tenido en cuenta el Tribunal Constitucional en el expediente N° 02079-2009-PHC/TC, el mismo que ha establecido que:

“En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la

*vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.*⁶⁰

3. El derecho a probar como expresión del debido proceso y su implicancia en el derecho alimentario del hijo no reconocido

El debido proceso es un derecho fundamental inherente a todo ser humano el que en un determinado momento de conflicto legal a consecuencia de la interacción social o interpersonal, obliga al Estado a través del órgano competente otorgar las garantías de una tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental, en el contexto de un proceso justo que permita ejercer libremente el derecho de acción y contradicción, a través de los actos procesales, siendo la prueba uno de los elementos que permite alcanzar este principio constitucional.

En el proceso de alimentos para el hijo no reconocido la prueba aportada tiene una singular importancia para el debido proceso; ya que ésta al provenir de actos realizados en el espacio de la intimidad personal debiera de plano ser rechazada por el juez bajo el criterio de la prueba prohibida, es decir, si la prueba vulnera derechos fundamentales, esta no podría ser admitida ni actuada en el proceso por considerarse causal de nulidad, por lo que al ser incorporada al proceso se estaría vulnerando las

⁶⁰ GACETA JURÍDICA. El Derecho de Familia en el Tribunal Constitucional, Julio 2013 Lima, fundamento 13, p. 187.

reglas del debido proceso; sin embargo, ante la negación de introducir la prueba al proceso por las consideraciones antes expuestas también se estaría vulnerando las reglas del debido proceso ya que el ofrecimiento del medio probatorio también es un derecho que tiene las partes a fin generar certeza en el magistrado sobre los puntos controvertidos, es más al tratarse de un proceso en materia familiar en el que se encuentra en disputa los derechos del niño, los jueces que administran justicia especializada debieran innovar sus criterios a la luz de los nuevos paradigmas en aras de proteger el interés superior del niño y adolescente sin que ello signifique la trasgresión de derechos fundamentales como el debido proceso. Consideramos que ante esta complicada situación para el derecho, el operador jurídico tendrá que aplicar criterios lógico-jurídicos en los que a través del criterio de la ponderación se apliquen las reglas de exclusión de la prueba prohibida a fin de amparar un derecho tan elemental como es el derecho a la alimentación a través de la actuación de la prueba aportada por este hijo que no fue reconocido por su padre, garantizando con ello su subsistencia y desarrollo.

3.1 La admisión de la prueba como principio constitucional sobre la base del derecho alimentario del hijo no reconocido

Desde el nacimiento del derecho como una regla impuesta a los hombres que viven en una sociedad que le permita alcanzar el desarrollo, así como en todas las manifestaciones del desarrollo humano encontramos nociones de la prueba que nos permiten reconocer o rechazar la ocurrencia de determinados hechos en un espacio de tiempo histórico, político, social, religioso, etc., es así que en el campo de las relaciones jurídicas la prueba se convierte en la estrella omnipotente, aquella que dará

luz de los hechos preexistentes al juicio las que al ser mostradas al juez, podrá con claridad observar el caudal probatorio y determinar su valor para motivar su sentencia.

Hinostroza Mínguez, considera que: *“La prueba constituye, en suma, aquella actividad procesal que se lleva a cabo a través de los medios o instrumentos previstos o no legalmente, orientada a generar el convencimiento del juez respecto de la veracidad o falsedad de las afirmaciones expresadas por las partes referidas a los hechos sucedidos”*⁶¹, recayendo la responsabilidad de la actividad probatoria sobre las partes enfrentadas en el conflicto y la responsabilidad de su actuación a quien dirige el proceso, en este caso el juez.

Asimismo, Devis Echandia, sostiene que, *las pruebas judiciales son el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, atención y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.*⁶²

Siendo así, la institución de la prueba será una actividad meramente procesal que le permita al juez generar una valoración de las fuentes probatorias, y determinar su valor demostrativo cualesquiera sean los instrumentos probatorios, llámese documentos, pericias, declaraciones, testigos, etc., que utilicen las partes como fuentes probatorias y que transportadas a través de los medios probatorios a la escena procesal, le permitan al juez hacer una valoración para tener la convicción de la existencia de los hechos expuestos por las partes y establecer la verdad jurídica.

Esta pretensión subjetiva del actor procesal, es decir este pedido que se le hace al juez más que convencerlo sobre la verdad del hecho en sí, es que acepte el pedido

⁶¹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Derecho Procesal Civil, Medios Probatorios, Tomo III, Juristas Editores, Lima 2012, p. 22

⁶² DEVIS ECHANDIA, Javier. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Bogotá 2002, p. 7

de ofrecimiento de prueba como una garantía del derecho constitucional y como requisito indispensable del debido proceso, asimismo de quien niega los cargos a contradecirla, para ello es necesario que la prueba cumpla con la finalidad establecida por la norma, prescrita en el artículo 188 del Código Procesal Civil prescribiendo lo siguiente: *“tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos”*⁶³ para dar inicio al negocio jurídico entre las partes. Ello se traduce a que el juez al tener una relación más directa con el medio probatorio ya que entra en contacto con el supuesto mediante los indicios de los hechos, que permitirán convertir en prueba lo vertido por las partes, las mismas que luego darán sustento al momento de resolver y emitir la sentencia. Debiendo valora la prueba bajo los siguientes principios procesales:

- Principio de contradicción.- Por este principio la parte contraria de quien se alega un hecho tienen el derecho al conocimiento de la prueba y su oportunidad para poder contradecirla, teniendo a las tachas y oposiciones como uno de los mecanismos para ese control⁶⁴ puesto que si no existiera la oportunidad de contradecirla tampoco podría existir la prueba.

- Principio de inmediación.- Es un principio general de todo proceso, mediante el cual, el juez tiene conocimiento del hecho, al cual lo admite y lo dirige pues su relación es directa tanto con la fuente probatoria y con los actores procesales. *“Otro funcionario judicial, no puede llevar a cabo las respectivas diligencias transmitiéndole al juez lo que ellos han observado.”*⁶⁵. Es el juez quien tiene la relación

⁶³ JURISTAS EDITORES. Código Civil, Lima 2006, p. 515.

⁶⁴ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil, Tomo I, Cuarta Edición, Gaceta Jurídica, Julio 2009, Lima, p. 421

⁶⁵ LEDESMA NARVAEZ Marianella. op.cit, p, 421

⁶⁶ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, op. cit., p. 421

directa con el medio de prueba para luego formar su propio criterio acerca del litigio al momento de resolver.

- Principio de publicidad.- El conocimiento de la resolución de un conflicto es de interés público tanto para los actores procesales como para la sociedad en su conjunto, puesto que a través de ella se aprecia la certeza a la que arriba el juez al momento de resolver. “El debate probatorio debe ser abierto y permitir la participación de la sociedad, como espectadora, siempre y cuando esta no afecte la seguridad nacional.”⁶⁶

- Principio de concentración.- Por este principio se trata de que los actos procesales se realicen en el menor tiempo posible y que la actuación de la prueba se realice en una determinada etapa procesal, teniendo como fin evitar las dilaciones injustificadas del proceso haciéndolo más expedito y ágil.

En ese contexto de prueba y debido proceso en el que se resolverá la pretensión del hijo que no fue reconocido, pese a que la Ley establece limitaciones para cierto tipo de pruebas, como las que vulneran la dignidad de la persona o las que provienen de la vulneración de una norma constitucional; ésta limitación no podría ser una supresión del derecho a “probar”, considerada esta última como mecanismo implícito del debido proceso, en la que su actuación y valoración generará consecuencias importantísimas en la vida del niño no reconocido teniendo en la prueba el factor determinante de la verdad jurídica.

Inciendo en que, cuando el conflicto legal involucra los derechos del niño que acude al órgano judicial en busca de amparo legal, el Juez debe aplicar la norma e interpretar la misma bajo los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño,

⁶⁷ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, op. cit., p. 433.

y de los tratados internación los mismos que obligan a las instituciones públicas y privadas estableciendo como directriz priorizar los derechos del niño, poniendo énfasis en la protección de su interés superior al momento de resolver sus conflictos. Del mismo modo la Constitución Política en su artículo N°4° sobre los derechos del niño dispone lo siguiente: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”*, aludiendo al papel importante que cumple el Estado en la protección de los niños y adolescentes por ser considerados los más débiles de la sociedad y necesitados de protección.

Este estado de necesidad es el que obliga una regulación especial, es lo que justifica el otorgamiento de un trato diferente, preferencial, que no es *per se* discriminatorio sino, por el contrario, *“sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos especiales derivados de tales condiciones”*.⁶⁷

Parra Benítez⁶⁸, señala que el principio de protección consiste en que las normas jurídicas han de procurar la defensa del grupo familiar y de sus miembros, en especial de los que se consideran débiles a fin de generar derechos a su favor y condiciones que les brinden solidez física y social.

Por ello es necesario que en el conflicto de derechos fundamentales que tenga como actor involucrado a un niño, se establezca el criterio de la proporcionalidad para determinar la necesidad urgente de protección y el valor otorgado a los derechos del niño frente a los derechos de un adulto en el contexto de una sociedad democrática y constitucional.

⁶⁷ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. “Protección del Niño, Madre, Anciano y de la Familia. Promoción del Matrimonio”. En: La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I, 1 edición, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2006, p.31.

⁶⁸ PARRA BENITEZ, Jorge. Derecho de Familia. Temis S.A, Colombia, 2008, p. 51.

3.2 La declaración de parte como medio de prueba y la auto vulneración al derecho constitucional de la intimidad de la recurrente como exigencia normativa del artículo 415 del Código Civil

Dentro del marco de los actos procesales se ubican las pruebas que serán aportadas al proceso correspondiendo a las partes procesales su hallazgo e investigación para luego de tener la certeza de su veracidad, sean presentadas al juez para su oportuna valoración, generando en el oponente su allanamiento o su contradicción. Sin embargo, en los procesos de reclamación de alimentos para un hijo no reconocido, la prueba se basa en la sindicación de un hecho propio que nace de las prácticas de las relaciones sexuales en la época de la concepción, siendo la madre la aportante del material probatorio en el que señala que ella mantuvo tales actos con el demandado con la cual sustenta su pretensión, teniendo por ello que exponer material que involucra su propia intimidad, nacido de la exigencia de la propia norma al señalar que el hijo extramatrimonial no reconocido podrá reclamar una pensión de alimentos del que mantuvo relaciones con la madre en la época de su concepción, situación que obliga a la madre como explicáramos en líneas precedentes exponer su propia intimidad, entre ellas por citar unos ejemplos las fotos íntimas o videos, las cartas, los vouchers que indican el ingreso a un hospedaje o la declaración de parte como el que presentáramos en el caso del expediente N° 864-98- Lima, en la que se ofrece como prueba el cuerpo del demandado con quien se mantuvieron los hechos expuestos requeridos para fundar la pretensión. Pero en que consiste la declaración de parte y porque el juez le otorga el beneficio de su actuación?. Marianella Ledesma señala: *“(...) dentro del concepto de declaración de parte, podemos distinguir aquella especie de declaración o testimonio en el que los hechos contenidos son perjudiciales para el*

*declarante, de aquella otra en que el testimonio carece ya de ese efecto siquiera de una directa e inminente finalidad probatoria (...).*⁶⁹

Por su parte Hinostrza Mínguez, refiere *“Es la disposición que realiza el justiciable concerniente a los hechos materia de controversia.”*⁷⁰

De lo vertido se tiene entonces que la declaración de parte es un acto espontáneo ofrecido por las partes o por terceros y que tiene por finalidad hacer conocer al juez de hechos ocurridos en el pasado que cobrarán vida dentro del escenario procesal para hacer efectivo un derecho. Pero ¿cómo cumplir con la exigencia de la norma y probar las relaciones sexuales?. Las relaciones íntimas humanas corresponden al ámbito de la vida privada, por lo tanto cuentan con la merecida protección constitucional como un derecho fundamental, recogida por nuestra Constitución en su artículo 1º como un derecho fundamental al ser *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*, por lo tanto esta disposición que recoge el artículo 415 del Código Civil la consideramos contraproducente por vulnerar los derechos de la madre del menor no reconocido que se tiene que enfrentar al probable o presunto padre que no quiso reconocer a su hijo y la exposición de los hechos netamente privados. Vulnerando su protección constitucional; debiendo resaltar que esta complicada situación se origina en la base a la protección del derecho del menor no reconocido como una necesidad social fundada en el concepto de persona humana, de manera que permita su realización en el marco de la libertad y la dignidad.

⁶⁹ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Derecho Procesal Civil. Medios Probatorios, Jurista Editores, Lima, Febrero 2012, p. 483

⁷⁰ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Derecho Procesal Civil, Medios Probatorios, Jurista Editores, Lima, Febrero 2012, p. 145

3.3 La afectación a los derechos del niño cuando la prueba de compatibilidad sanguínea excluye al demandado de la responsabilidad alimentaria

El Estado y los tratados internacionales prescriben las garantías a la protección de los derechos del niño, en el caso de un conflicto legal recayendo en el Poder Judicial la competencia de la administración de justicia, a través del cual se resuelven las controversias jurídicas entre las personas. A él se le confían la protección de nuestros derechos y la vida misma del ser humano.

Sin embargo, en algunos casos no se siguen los lineamientos del debido proceso con las formas establecida en la norma jurídica, alejándose de los principios procesales, con ello la afectación de derechos fundamentales de las personas, teniendo en la jurisprudencia nacional un claro ejemplo de ello; así en el proceso seguido con el expediente N° 957-98-Lima, en el que la pretensión es una asignación de alimentos para un hijo extramatrimonial no reconocido, e actúa una prueba de determinación de paternidad conocida como examen de biología forense- compatibilidad sanguínea por el sistema ABO, arrojando como resultado que el demandado tiene el cien por ciento de exclusión de la paternidad del menor, generando como resultado de la pretensión el rechazo de la demanda.

Antes de la determinación de la paternidad por el método del ADN se utilizaba el sistema ABO, el mismo que en sus inicios fue usado para determinar el grupo sanguíneo entre una persona y otra en caso de transfusiones sanguíneas debido, a que la incompatibilidad sanguínea generaba graves consecuencias en la vida de los pacientes. Este mismo sistema fue utilizado en los procesos judiciales para determinar la exclusión de la paternidad, basado en que las proteínas y aglutinógenos entre otras sustancias encontradas en la sangre del padre no eran encontradas en la sangre del

supuesto hijo por lo tanto se determinaba su exclusión de paternidad, mas no se podía determinar el vínculo de filiación.⁷¹ Este examen por el sistema ABO que se le practicó al demandado del caso que analizamos resultó negativo, razón por la que el juez rechaza la demanda de alimento, generando una consecuencia jurídica no invocada en la demanda, ya que la prueba no era exigible para la pretensión planteada, por tratarse de una asignación de alimentos para un hijo extramatrimonial no reconocido para cuyo efecto solo se tenía que acreditar que a la fecha de la concepción las partes mantuvieron relaciones sexuales; veamos una síntesis del Expediente N° 957-98 Lima que se presenta a continuación.

⁷¹ Biología: Herencia de los grupos sanguíneos. El grupo sanguíneo ABO se utilizó para demostrar la paternidad. Pero este método daba un margen de error importante por lo que servía exclusivamente para la exclusión de la paternidad pero no para la confirmación. De acuerdo a los grupos sanguíneos Un grupo sanguíneo, es una clasificación de la sangre de acuerdo con las características presentes o no en la superficie de los glóbulos rojos y en el suero de la sangre. Las dos clasificaciones más importantes para describir grupos sanguíneos en humanos son los antígenos (el sistema ABO) y el factor RH. El sistema ABO fue descubierto por Karl Landsteiner en 1901, convirtiéndolo en el primer grupo sanguíneo conocido; su nombre proviene de los tres tipos de grupos que se identifican: los de antígeno A, de antígeno B, y "O". Las transfusiones de sangre entre grupos incompatibles pueden provocar una reacción inmunológica que puede desembocar en hemólisis, anemia, fallo renal, shock, o muerte. Grupo sanguíneo es cada uno de los diversos tipos en que se ha clasificado la sangre de las personas en relación con la compatibilidad de los hematíes y suero de otro individuo donador de sangre con los hematíes y suero de otro individuo que la recibe. La determinación de estos grupos, que al principio se limitaban a la sección de donantes y receptores para la transfusión sanguínea se ha extendido a la determinación de la paternidad y a la identificación en criminología, Estos grupos son cuatro, según la clasificación que hizo Landsteiner, clasificación hoy universal y se denominan: 0, A, B, AB. Se caracterizan por las diferentes combinaciones de dos aglutinógenos existentes en los glóbulos rojos y de dos aglutininas contenidas en el suero, en: BIOLOGIA. Herencia de los grupos sanguíneos, en: geneticacom.blogspot.com/p/herencia-de-los-grupos-sanguineos.html, f/b/10/2015.

Expediente: N° 957-98-Lima

Materia: Solicita pensión de alimentos como hijo alimentista.

Se declara **infundada** la demanda de pensión de alimentos solicitada por el hijo no reconocido (hijo alimentista) dado que las pruebas de Biología Forense- Prueba de Compatibilidad Sanguínea por el Sistema ABO, determina que el demandado tiene el cien por ciento de EXCLUSION DE LA PATERNIDAD.

Fallo

La primera instancia declara infundada la demanda en función a los resultados de la prueba de Compatibilidad Sanguínea, la resolución es apelada, la Sala confirma la sentencia que declara infundada la demanda de pensión de alimentos como hijo alimentista.⁷²

Se colige de lo señalado que, ante la prueba que determina la incompatibilidad sanguínea entre el supuesto padre con el niño, se rechaza la demanda, pese a que la norma establece en su primer párrafo (artículo 415 C.C.), que el hijo extramatrimonial puede reclamar una pensión de alimentos hasta los dieciocho años de edad del que ha tenido relaciones sexuales con su madre en la época de sus concepción. Esta obligación alimentaria no deriva de la certeza de la filiación; sino más bien de las prácticas sexuales entre las partes, debiendo quedar excluido todo material probatorio que determine su filiación ya que para efectos de la pretensión solo se requerirán los indicios o sucedáneos que conduzcan a la presunción de las “prácticas sexuales” entre las partes en el tiempo establecido en la Ley.

⁷² TAFUR GUPIOC, Esperanza, AJALCRINA CABEZUDO, Rita. Derecho Alimentario. Fecat Lima 2010, pag.120. Es infundada la demanda de pensión a favor del hijo no reconocido si el examen de biología forense-prueba de compatibilidad sanguínea por al sistema ABO, concluye que el demandado tiene el cien por ciento de exclusión de paternidad. Exp. N° 956-98-Lima

Si bien el artículo 415° del Código Civil, sufre dos modificatorias, la primera establecida por Ley 27048 del 06 de enero de 1999 que introduce un párrafo adicional en el que faculta al demandado a solicitar la prueba genética u otra de validez científica y la otra, el artículo 5° de la Ley 28439 que le otorga al demandado accionar ante el mismo juzgado el cese de la obligación alimentaria si la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza dieran resultado negativo sobre la paternidad del menor.

Estas dos modificatorias que se incorporan por Ley, resguardan solo los derechos del demandado, ante eventuales demandas arbitrarias o las que tras una demanda calumniosa se podría esconder eventualmente un interés económico, por tal razón como sostuvo Cornejo Chávez⁷³, se tenía que proteger los derechos del demandado que podría no ser el padre del menor solicitante que por el hecho de haber sostenido relaciones sexuales se le imponía una obligación pecuniaria del alimentos.

Consideramos que, existe un vacío en la norma, ya que con ese mismo manto protector que probablemente preocupó al legislador de la época para resguardar los derechos del demandado, ante imputaciones arbitrarias otorgándole el derecho de accionar ante el mismo juzgado que conoció el proceso de alimentos en el que se obligó el pago de la pensión alimentaria, pudiera actuar pruebas genéticas de paternidad que determinan su exclusión; quedando por lo tanto librado de la responsabilidad pecuniaria, el legislador de la época no tuvo la misma consideración para los casos en que a través del resultado de la prueba genética u otra de validez científica que resultara positiva en favor del menor alimentista; es decir que si el resultado

⁷³ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho familiar Peruano Décima Edición Gaceta Jurídica Lima 1999. Pág. 510 Esta presunción de paternidad está sujeta a varias restricciones, porque si, de un lado, es preciso proveer a la subsistencia del hijo; de otro, es necesario defender al presunto padre del exceso o la injusticia de una carga que ha de soportar en beneficio de quien no pudiera ser su hijo.

determinara la paternidad entre el demandado y el hijo alimentista se pudiera también declarar la paternidad dentro del mismo proceso. Sobran razones para considerar que las modificatorias realizadas al artículo 415° son contraproducentes ya que al excluir al obligado el pago de los alimentos se sume en abandono al menor no reconocido.

4. La Administración de Justicia dentro del Orden Constitucional de Derechos

4.1 La interpretación de las normas de acuerdo a los nuevos paradigmas aplicados bajo el criterio de flexibilidad en los procesos de familia.

Las sociedades modernas constitucionales y democráticas dividen el poder entre las instituciones del Estado, como parte de su organización nacidas de los poderes constituyentes, otorgándole de esta manera la administración de justicia al Órgano Judicial.

Dentro de ello el juez asume un rol muy importante en la solución de los conflictos interpersonales debido a que sobre su investidura recaerá el peso de la justicia. Así lo ha establecido nuestra Constitución Política del Estado (artículo 139°) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 1°).

Desde la antigüedad en la época romana en que el juez no era experto y tenía que ser asesorado por los jurisconsultos, el Derecho ha sido siempre un sistema complejo de normas y actos procesales. Sin embargo, con el transcurrir del tiempo la función del juez se fue regulando y adaptando a las nuevas necesidades, el juez de los tiempos contemporáneos ya no es más el esclavo de la Ley. El juez es el máximo garante de la administración de justicia debiendo realizar una adecuada interpretación

y aplicación del derecho al momento de dar solución a los conflictos sociales para dar a cada quien lo que le corresponde.

*El juez tiene la clara conciencia que su misión consiste en promover la paz entre los miembros de la comunidad de tal manera que le sea posible alcanzar el grado de unidad.*⁷⁴

Sin embargo pese a los cambios impuestos a la función del juez como garante de la administración de justicia bajo el criterio de discrecionalidad y la potestad que tiene para interpretar la Ley o la norma Jurídica al momento de su aplicación, se advierte aun en las prácticas jurisprudenciales una marcada inaplicación de criterios idóneos al interpretar las normas jurídicas, acordes con la evolución y las exigencias de los nuevos tiempos.

Los conflictos familiares, por la complejidad de los casos que involucran, requieren de un tratamiento especial recayendo en el órgano competente la protección de la familia y todos los demás derechos conexos a ella; alcanzando incluso la protección y la defensa de la vida misma del ser humano.

Para ello es necesario desterrar los viejos paradigmas de la interpretación jurídica que restringía la interpretación constitucional, basadas en interpretaciones rígidas enmarcadas por el derecho positivo; para adoptar una nueva forma de interpretación de acuerdo a las necesidades actuales con las garantías constitucionales necesarias, mediante una interpretación dinámica de las normas, de acuerdo a cada caso en particular, implícito del elemento sociológico en tiempo real, para satisfacer las necesidades más elementales del ser humano. Siendo el primer paso el cambio de mentalidades sobre todo en los operadores jurídicos, más aún los magistrados, dejando

⁷⁴EL ROL DEL JUEZ EN UN SISTEMA DEMOCRATICO, en: iusconstifil.blogspot.com/2009/11/el-rol-del-juez-en-un-sistema.htm,f/b 21/06/2016.

de lado las formas aisladas y tradicionales de interpretar las normas, para adoptar una nueva forma de interpretación como jueces de derechos humanos, flexibilizando los principios no solo basados al momento de la elaboración de las normas sino al momento mismo de su interpretación y aplicación de acuerdo a los nuevos modos de vida de la sociedad, de la mano a lo establecido por los tribunales internacionales como máximos exponentes de la jurisdicción en la región; siendo las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de carácter vinculante para los Estados que la conforman.

Pero ¿cómo hacer realidad y efectiva esta interpretación jurídica de las normas que protejan y resguarden los derechos y libertades individuales de la persona?

El Tercer Pleno Casatorio en materia civil realizado en el año 2010 por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia Lima, estableció que en los procesos de materia familiar los jueces deberán aplicar el criterio de flexibilidad a los principios procesales a fin de favorecer los intereses de la familia⁷⁵

Consideramos que la respuesta en viabilizar y efectivizar los procesos de familia reposa en el propio Estado, quien tiene la responsabilidad de impulsar la

⁷⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. Sentencia dictada por el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Estos principios procesales son importantes, pero dada la flexibilidad que impone un caso justiciable en materia familiar, el juez debe aplicarlos sin rigurosidad en los procesos familiares, por lo que la interpretación de los mismos, debe ser orientado a favorecer los intereses de la familia involucrada en el proceso. Consideramos que el poco estudio de la especialidad referida al derecho procesal familiar, hace que los jueces teman flexibilizar los trámites rigiéndose por las reglas imperativas del derecho procesal civil, sin considerar que los casos de familia implican problemas humanos inherentes a la dignidad de la persona involucrada, por lo que al ser un proceso tuitivo que se orienta a resolver conflictos personales, el juez debe revisar y dar solución inmediata a las controversias que observe a fin de evitar judicializar cada tema familiar, en tanto ello no favorece la coparentabilidad ni el vínculo interpartes, más aún si no existen muchos abogados especializados en la temática, lo cual genera un ejercicio profesional insuficiente que no le permite a las partes conocer todos los aspectos que se pueden ventilar y resolver dentro del proceso, por lo que ante el desconocimiento de la parte, es el juez quien debe indagar cuáles son las pretensiones que se requieren resolver evitándose procesos innecesarios. Por ejemplo: en un proceso de filiación se pueden resolver temas de alimentos, asimismo en un proceso de alimentos puede el juez ordenar la inscripción de un reconocimiento de paternidad, por otra parte en un proceso de violencia familiar se pueden resolver también pretensiones alimentarias; siendo la única limitación que existan otros procesos en trámite no acumulados o sentencias firmes al respecto, en: <https://www.pj.gob.pe>, f/b, 10 Octubre 2015.

calidad del servicio de los magistrados, brindando una especial capacitación en la especialización del derecho de familia, por ser ésta considerada por el Estado como la célula básica de la sociedad a fin de resolver los conflictos de manera idónea a través de un razonamiento lógico – jurídico, que se respete a la familia para conseguir una sociedad más justa sin injerencias externas ni interconexiones personales o subjetivas basadas en experiencias personales al momento de emitir el fallo; sino más bien en la interpretación de las normas de acuerdo a cada caso en concreto. En base a estas exigencias en la formación de profesionales especializados en materia familiar, existe un pronunciamiento en el derecho internacional emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre un caso en materia familiar en los que la “Corte” exhorta al Estado Chileno y a todos los demás países de la región, a realizar una urgente capacitación de los funcionarios públicos operadores del Derecho. C 269. *Los representantes instaron a la Corte a que dictamine que el Estado debe “[i]ncorporar cursos obligatorios sobre [D]derechos [H]humanos con especial énfasis en temas de [g]enero relacionados con la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género”. A consideración de los representantes estos cursos “deberán ser impartidos por la Corporación Administrativa del Poder Judicial a todos los escalafones” de la administración de justicia. Además, solicitaron la asignación de una partida presupuestaria para el Instituto Nacional de Derechos Humanos con la finalidad de que dicha institución lleve a cabo programas de prevención de “discriminación, diseminación y educación en derechos humanos, e investigaciones”*⁷⁶

⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile Sentencia de 24 de Febrero DE 2012 (Fondo, Reparaciones Costas) www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, en: f/b, 10 /10/ 2015

Debemos acotar que al ser parte de la Convención de Derechos Humanos y demás Tratados Internacionales así como de la Convención sobre los Derechos del Niño, estamos obligados a cumplir con los fallos vinculantes que emita la Corte por lo que tal disposición debe también ser cumplida por el Estado peruano siendo de necesidad urgente de atender los derechos de la infancia.

4.2 La consecuencia jurídica que trae implícita el amparo de las demandas del hijo no reconocido en aplicación del artículo 415° del Código Civil.

La finalidad de un Estado democrático es proteger los derechos fundamentales y las libertades individuales de las personas, por ello el comportamiento humano fue regulado en normas que establecen de manera jerárquica el orden de prevalencia de tales derechos, sancionando las injerencias interpersonales y las del propio Estado.

Nuestro ordenamiento normativo establece en su artículo 415 del Código Civil que el hijo no reconocido puede reclamar una pensión de alimentos hasta los dieciocho años de edad del que mantuvo relaciones sexuales con su madre en época probable de la concepción, teniendo que acreditar las “relaciones sexuales” mantenidas con su supuesto progenitor, para que su pretensión sea amparada. Esta exigencia normativa se contrapone a otro derecho fundamental, cual es el derecho a la intimidad del demandado. Si bien en estos casos se trata de proteger los derechos del menor al considerar el legislador que el hijo no reconocido debiera ser socorrido por lo menos con los alimentos como una medida solidaria que establece el Estado a modo de garantizar la supervivencia del niño recayendo en el que sostuvo las relaciones sexuales la obligación de dicho pago, ya que no se podía establecer su paternidad lo es también que dicho artículo en comento podría dejar al niño en el absoluto desamparo legal, ya que al colisionar con el derecho a la intimidad del demandado, éste podría

también con legítimo interés ejercer ese derecho de defensa por la afectación de su derecho personalísimo a la vida privada. Entonces, se encuentran en conflicto los derechos de un niño frente a los del demandado o presunto padre, situación complicada que obliga a los jueces de las instancias ordinarias que conocen de cerca los hechos y que están en contacto directo con las partes procesales, y con las pruebas ofrecidas, la decisión de amparar la demanda o desampararla debiendo motivar adecuadamente sus sentencias en base a una idónea interpretación de las normas.

4.3 La restricción del derecho a la intimidad fundado en un fin legítimo en respuesta a la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto.

Uno de los problemas que se suscitan en el campo el derecho a consecuencia de la interacción social, es el conflicto entre dos normas con mismo rango constitucional, generándose un debate a razón de la imposibilidad de satisfacer los dos extremos de la norma a la vez; siendo evidente que al otorgarle un lugar preferente a uno de los derechos confrontados se desplaza al otro. Estas situaciones son frecuentes en el actuar jurídico, por lo que al no encontrarse establecido los mecanismos de primacía de un derecho frente a otro su colisión resulta inevitable. En ese contexto se hizo necesario al planteamiento propuesto por Robert Alexy⁷⁷ quien frente a estas colisiones de los principios constitucionales generadas por el derecho propone las reglas de la ponderación a fin de establecer qué derecho debiera ser privilegiado frente al otro. Asimismo, Ronald Dworkin⁷⁸ plantea que los principios tienen una propiedad que las reglas no conocen: el peso, por lo que al resolver cada caso en concreto a través de la ponderación se determinara la prevalencia de uno de ellos otorgándoles un peso

⁷⁷ALEXY, Robert. Sistema Jurídico Principios Jurídicos y Razón Práctica. rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf f/b Noviembre 2015

⁷⁸ROJAS AMANDI, Víctor. La Teoría de Ronald Dworkin y la Aplicación de los Principios Generales del Derecho. www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr12. Noviembre 2015.

a cada derecho para ser sopesados en una especie de balanza que servirá de manera abstracta para darle un valor a cada uno de ellos. Este mecanismo es muy usado en nuestros tiempos ya que ha permitido que de manera razonada se garanticen los derechos fundamentales.

En función de ello se plantea en esta tesis la aplicación de lo establecido para las colisiones, teniendo en el debate de esta investigación la discusión del derecho a la intimidad del demandado frente al derecho de ofrecimiento de prueba del menor hijo no reconocido; cuya pretensión es que se le otorgue una pensión de alimentos como hijo no alimentista debiendo el juzgador sopesar los derechos confrontados y arribar a una acertada determinación.

El artículo 2º Inc.7 de la Constitución, le otorga a la intimidad de la persona la categoría de derecho fundamental a fin de resguardar el espacio que el ser humano considera intangible. Pero ¿cuál es alcance de este derecho? Podría considerarse también dentro de la intimidad a aquellas *conductas privadas que comparten dos o más personas, por ejemplo, en el marco de una relación personal, en el contexto de una relación profesional tal como la de médico-paciente, en el seno de una familia, en un vínculo religioso como el del sacerdote y su confesor, etc.*⁷⁹

A su vez el inciso 3 del artículo 139º de la Constitución reconoce como principio de la actividad jurisdiccional la observancia del debido proceso considerándose como mecanismo de la actividad procesal el ofrecimiento de los medios de prueba a fin de ejercer una adecuada tutela jurisdiccional efectiva.

Encontramos en este debate jurídico dos derechos enfrentados con el mismo rango constitucional, entonces la pregunta es ¿cómo se resuelve el conflicto? Si el juez

⁷⁹ GIL DOMINGUEZ, Andrés; VICTORIA FAMA, María y HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia. Tomo I, Editora Ediar Buenos Aires, 2006. P 220

considera que debe prevalecer el derecho a la intimidad del demandado sobre el derecho a ofrecer la prueba del niño que reclama alimentos, se estaría desplazando un derecho tan elemental como es el derecho al debido proceso y en este caso en concreto el derecho alimentario origen de la pretensión por lo que se pondría en evidente peligro la vida misma del menor; y si por el contrario el juez considera que en esta colisión debiera prevalecer el derecho alimentario del menor no reconocido para desplazar el derecho a la intimidad del demandado, se estaría también frente a la vulneración de este derecho puesto que la vida privada tiene ganada una ubicación dentro de los derechos fundamentales de la persona. Es pues aquí que las reglas de la ponderación planteada por Robert Alexy, la herramienta necesaria de la que el juez se valdrá para sopesar los derechos en conflicto: debiendo el derecho al ofrecimiento del medio de prueba con el que se fundamenta la pretensión obtener el peso más elevado en la ponderación, y ello en razón de que el derecho a la prueba en este proceso se funda en un fin legítimo inherente a todo ser humano, proveniente del derecho natural como son sus alimentos, elemento esencial de la sobrevivencia y existencia de la humanidad. Esta injerencia a la intimidad estaría justificada precisamente en ese fin legítimo en respuesta a una necesidad social de amparar la vida del menor no reconocido, que al no encontrar satisfechas sus necesidades acude al órgano competente en busca de amparo y justicia; por lo que en ese análisis del conflicto cuando se tiene que deliberar sobre qué derecho debiera ser privilegiado consideramos que la fundamentación debiera enfocarse en primer lugar en la persona, el contexto social y los derechos vigentes a fin de sustentar la injerencia. Es por esas consideraciones y a fin de alcanzar la concientización en el sujeto afectado por la intromisión, el Convenio Europeo de Derechos Humanos

desarrolla en su artículo N° 8° Inc.2° lo referido respecto a la vida privada y familiar.⁸⁰

Y las circunstancias en caso se presentaran tal situación.

En ese sentido se entiende que si bien es cierto que un derecho fundamental en tanto y en cuanto es inviolable e inalienable es protegido por la Constitución; de otro lado que ningún derecho es del todo absoluto, ya que estos pueden ceder cuando exista la necesidad de amparar otro derecho más urgente. Es por ello que como planteáramos en líneas precedentes es imprescindible recurrir a las técnicas de la interpretación jurídica, siendo el más usado el de la ponderación, en el que a través del Principio de Proporcionalidad y los sub principios de adecuación, necesidad, y proporcionalidad propiamente dicho se elabore el razonamiento lógico jurídico a fin de resguardar derechos prioritarios que las necesidades de una sociedad demanden.

Robert Alexy, sostiene que los principios ordenan tácitamente su optimización otorgándole un peso a cada uno en abstracto, son normas que ordenan que algo tenga que ser cumplido en la medida de lo posible.

Cuando dos principios entran en colisión, uno de los principios ha de ceder ante el otro, pero “esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro”⁸¹

⁸⁰ Art. 8° No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás En: www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-, f/b, 20 Octubre 2015.

⁸¹ ALEXY, Robert. Dura Lex Sobre Reglas y Principios en Derecho, en: garciamado.blogspot.com/.../robert-alexey-sobre-reglas-y-principios.htm, f/b 22/04/ 2015.

❖ Dentro de la aplicación del principio de proporcionalidad a través de la ponderación están los sub principios de:

- Principio de idoneidad o adecuación

A través de este principio la decisión a la que se arribe debe ser la más ajustada a la finalidad de la Constitución. Por lo tanto el debido proceso reconocido por nuestra Constitución en su articulado N° 139 Inc. 3° como derecho fundamental por el cual se garantiza que todas las etapas de la actividad procesal se cumplan de acuerdo a Ley, brindando al justiciable una adecuada tutela procesal efectiva.

El ofrecimiento de los medios de prueba implícito en el debido proceso como uno de los elementos primordiales por los que el menor no reconocido alcanzara su pretensión alimentaria cumple con lo establecido para alcanzar el principio de idoneidad; es decir que entre la disyuntiva del derecho a la intimidad y el derecho del menor no reconocido que pretende la pensión alimentaria este es el más cercano a la finalidad de la Constitución como es preservar la subsistencia del menor. Si bien toda injerencia tiene que cumplir un fin legítimo y estar prescrita por la Ley, para ser justificada, y alcanzar el fin buscado. En los procesos del hijo alimentista esta injerencia a la vida privada se desprende del propio artículo 415 del Código Civil, ya que el legislador para otorgarle alimentos al menor condiciona la probanza de las relaciones sexuales para conceder los alimentos Pero ¿qué derechos se afectarían con la intromisión a la intimidad?, la vida privada, el honor, la libertad individual, pero la afectación a todo ello resultaría menos gravosa a la hora que el juez realice la ponderación (*balancig*) ¿Qué efectos causaría en la

persona la divulgación de un hecho “íntimo” ? incomodidad, vergüenza, su afectación al estado emocional, (relativo) quizá podría verse afectado, pero que al tratarse de un adulto esto puede ser manejado, no llegando a repercutir en su estado físico o poner en riesgo su existencia, caso contrario a los derechos del niño en que si se desampara su pretensión pese a los medios de prueba existentes los efectos que podría alcanzar una sentencia denegatoria podrían ser irreparables para el niño, porque se atenta contra el Derecho a los alimentos, involucrando su derecho a la salud, a la educación, a la vestimenta, al desarrollo físico emocional del menor y más aún se atentaría contra la vida misma del niño.

- Principio de necesidad

Este método implica la ausencia de una solución menos adecuada, importa que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa más benigna respecto del derecho fundamental en cuestión. Luego de superado el principio anterior (idoneidad) es necesario determinar si la medida adoptada cumple también con el siguiente filtro el, principio de necesidad. ¿Por qué otro medio el hijo no reconocido podría acceder a este derecho? obviamente que sea menos gravoso.

El único medio otorgado al hijo no reconocido para ejercitar su derecho de acción fijado en la Ley, es la acción probatoria; es decir que el amparo del derecho a la actividad probatoria ligado a la pretensión alimentaria obedece a un interés estatal no existiendo otro mecanismo que le permita alcanzar la pretensión si no es a través de la del ofrecimiento de la prueba.

- Principio de proporcionalidad

En cuanto a este principio se establece que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio; tanto mayor será la importancia de la satisfacción del otro⁸²; es decir que la interpretación de la norma cumpla con la finalidad de un Estado democrático y constitucional de derechos, conceptos en los que radican los derechos fundamentales. La finalidad que tiene la restricción del derecho a la intimidad es la protección del derecho alimentario del menor comprometidos en él los demás derechos fundamentales encontrándose en juego la propia vida del niño, situación que obliga al juez a resolver en función de los agentes procesales, entre la vida del niño o la intimidad del demandado.

De la naturaleza del caso se colige que se encuentran en peligro los derechos fundamentales de un menor de edad por el cual la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ha establecido que en todas las medidas que adopten las autoridades públicas o privadas en relación a los niños se considere el interés superior, del mismo modo la Constitución en su artículo 4° reconoce la protección especial del niño y adolescente aunado a ello el Código de los Niños y Adolescentes establece que *“El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños y adolescentes serán tratados como problemas humanos”* Consideramos en este caso en concreto que la magnitud de la intervención del derecho restringido adquiere menor peso en la escala ponderativa, frente a los

⁸² Blog de Orlando Becerra Suárez. El Principio de Proporcionalidad, en: blog.pucp.edu.pe/blog/f/b, 17/19/2015.

derechos del niño. Debe entonces resolverse el conflicto en favor del hijo no reconocido.

5. Enfoque

La sociedad en la que nos desarrollamos donde los conflictos se suscitan día a día como parte de la convivencia social, propios del desarrollo humano, no es ajeno encontrarnos con situaciones fácticas en que los derechos se confrontan entre sí, generando un enfrentamiento entre los mismos, llamado “colisión” de derechos. Podemos encontrar por ejemplo: la colisión entre el derecho a la intimidad vs, el derecho a la información, el derecho a la libertad de expresión vs, el derecho a la dignidad, o la honra, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación vs, el derecho empresarial, el derecho a la presunción de inocencia vs, la prisión preventiva, entre muchos otros procesos, resueltos por la judicatura nacional e internacional, encontrándose una diversidad de jurisprudencia referentes al tema.

En ese orden de ideas, tenemos que la colisión de derechos fundamentales se suscita cuando los derechos confrontados pertenecen al mismo orden constitucional, concediéndoles a ambos la misma jerarquía normativa, ambos merecen la respuesta inmediata de parte del Estado. Esta emergencia jurídica, tiene que ser abordada por las instancias correspondientes que se crearon para brindar a la sociedad las garantías necesarias al respeto de los derechos fundamentales de las personas en el marco de un Estado Constitucional de derechos.

Sin embargo, en el afán de construir una sociedad más justa que garantice el respeto por los derechos humanos y que asegure una convivencia pacífica entre sus

miembros para alcanzar el máximo desarrollo, existen todavía algunas deficiencias a la hora de legislar las normas. Así por ejemplo el artículo 415° del Código Civil prevé para el que hijo no reconocido pueda alcanzar el derecho alimentario, éste tendrá que ofrecer medios probatorios que acrediten las “relaciones sexuales” realizadas entre su madre con el demandado en la época de su concepción, entendiéndose que “probar” las relaciones sexuales implica la intromisión y por ende la vulneración de un derecho fundamental como es la intimidad de la persona.

En la presente investigación se tomó como muestra un caso paradigmático sobre el derecho a los alimentos de un menor, no reconocido, quien para acceder a la pretensión alimentaria tuvo que ofrecer, en este caso la madre quien está a cargo de la representación de su hijo, ofrece como medio de prueba una declaración en la que al mantener la práctica de las relaciones íntimas con el demandado, tuvo acceso al conocimiento de una característica particular en el cuerpo del demandado, (lunares) los mismos que ella ofrece como prueba; generándose con ello dos probables consecuencias jurídicas.

a).- Que las pruebas ofrecidas sean actuadas en el proceso, trayendo como consecuencia la vulneración del derecho a la intimidad y la vida privada de la propia madre quien actúa en representación de su hijo, quien se ve en la obligación de mostrar infidencias o episodios extremadamente íntimos de su vida privada, ofreciendo como medio probatorio situaciones de hecho referidas a su intimidad que menoscaban su integridad personal; quien en un acto de desprendimiento para reclamar los derechos de su menor hijo y sustentar su pretensión, vulnera su propia intimidad . Asimismo, la afectación al derecho a la intimidad del demandado, quien en comparación con los de la madre que lo hace por voluntad propia, éste

se verá afectado en este proceso al hacerse públicas situaciones de su vida privada, ya que por exigencia de la norma, las relaciones sexuales en la época de la concepción tendrán que ser acreditadas.

b).- Asimismo podría darse la situación de que si el juez decidiera proteger el derecho de la intimidad y desistirse de la actuación de los medios de prueba, rechazándola de plano por considerarla ilícita se afectaría un principio constitucional y elemento primordial del debido proceso, que la “fuente de prueba” no sea actuada por su colisión con el derecho a la intimidad.

Ante esta situación de conflicto en los que están enfrentados, el derecho a la intimidad del demandado con el derecho a un debido proceso que permita el ofrecimiento de la fuente de la prueba y los medios probatorios, que se constituyen en el elemento primordial de un proceso justo dentro de un Estado democrático y constitucional que respeta y protege los derechos y libertades individuales de la persona. El rol del juez jugaría un papel predominante al resolver el conflicto, entendiendo que la función tuitiva del juez es proteger y amparar el bien jurídico tutelado por el Estado, brindando una adecuada tutela procesal, resolviendo los conflictos interpersonales. Estos cobran mayor connotación cuando nos referimos a los procesos de familia que imponen al juez una conducta conciliadora y sensible, evitándose los formalismos y las meras cuestiones técnicas.⁸³ Sobre todo si estos conflictos involucran derechos fundamentales de los niños, el juez tendrá en cuenta la necesidad de la pretensión el conflicto de intereses y los actores procesales, para cautelar sus derechos actuando en el marco de lo establecido por la Convención

⁸³ Corte Suprema de Justicia de la República. Tercer Pleno Casatorio realizado el 29.09.14. Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil, realizado por las Salas Civiles permanente y transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Internacional de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución Política del Estado, el Código de los Niños y Adolescentes, que establecen normas específicas en la protección de la niñez como instrumentos vivos que respaldan y priorizan la defensa de los derechos humanos.

En ese orden de ideas, el juez tendrá un amplio criterio al deliberar sobre los derechos confrontados, siendo necesario incidir que cuando se trate de resolver conflictos sobre los derechos de los niños, se tendrá “una consideración primordial a que se atenderá el Interés Superior del Niño como ordena la Convención”⁸⁴ como un mandato supraconstitucional con una doble visión que proteja los derechos de la infancia, en una primera directriz como persona a quien el Estado garantiza el cumplimiento de sus derechos y en la otra directriz como niño considerando su estado de necesidad, el grado de vulnerabilidad por su etapa cronológica a quien un Estado social, democrático y constitucional, privilegiará sus derechos. Teniendo en el órgano judicial un ente conocedor de las fuentes primarias de los conflictos que involucra a los niños en los cuales se ven afectados sus derechos, quien deberá velar por la protección del más vulnerable, estableciendo criterios razonables para la motivación de sus sentencias.

Nace entonces la propuesta que, ante esta situación fáctica, en la que el conflicto colisiona con derechos importantísimos que incluso harían peligrar la propia vida de un menor que requiere ser socorrido de urgencia para garantizar su

⁸⁴ CHUNGA LA MONJA, Fermín; CHUNGA CHAVEZ, Carmen y CHUNGA CHAVEZ, Lucía. Los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, y su protección en los derechos humanos. Editorial jurídica Grijley. Lima, 2012, p. 394.

Artículo 3°. Interés Superior del Niño

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. En: www.pj.gob.pe.

sobrevivencia como ser humano dentro de la sociedad, obedeciendo además a un mandato supraconstitucional que obliga al Estado la protección integral de sus derechos.

Ante esta controversia de derechos fundamentales que involucra los derechos de un niño con los de un adulto, no podría aplicarse las reglas de la subsunción por las que ante una determinada situación de hecho se le aplicaba una regla de derecho impuesta además por el derecho positivo para dar solución al conflicto, sino que ante ésta situación urgente en la que subyace un principio constitucional, obliga al juez a elaborar un juicio de ponderación para establecer la jerarquía constitucional de la norma a priorizar entre el derecho a la intimidad de un adulto y el derecho a un debido proceso, que permita admitir y actuar los medios probatorios de los hechos que configuran la pretensión solicitada por el hijo no reconocido, teniendo en cuenta que la prueba será determinante para amparar su derecho alimentario, debiendo dicha prueba como instrumento básico y necesario del debido proceso ser actuada y valorada por el juez, siendo además considerada por la jurisprudencia nacional en aplicación de la carta magna como un derecho fundamental, implícito en el debido procesos para la resolución de los conflictos interpersonales. Por ello el Tribunal Constitucional en su Sentencia 010- 2002-HT/TC, reconoce que, “el “derecho a la prueba” goza de protección constitucional, prescrito por el artículo 139° inc.1 de la Constitución Política del Perú.”⁸⁵ La importancia del conocimiento de los hechos como un derecho subjetivo que permite al actor procesal sostener una pretensión en respaldo de la

⁸⁵ 148.- En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139° 3), de la Constitución Política del Perú.

149. Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

prueba, obligando al juez su actuación dentro de los parámetros de un debido proceso, puesto que sin pruebas no existirá la tutela procesal efectiva, “manteniendo el vínculo inseparable entre la prueba y el debido proceso, como una garantía esencial, digna de ser destacada de entre las demás garantías procesales elevada a rango constitucional”.⁸⁶

Es por ello que en las pretensiones de alimentos de los hijos extramatrimoniales no reconocidos en el que se plantea como propuesta la atención prioritaria del menor en el ejercicio efectivo de su derecho, a través de los criterios de proporcionalidad para la concesión del ofrecimiento y actuación del medio probatorio por tratarse de prueba ilícita con la cual se lograría fundar a la pretensión, preestableciendo el juicio de “ponderación”, que ubique los derechos del niño en un rango superior a los derechos del adulto, en proporción a un análisis razonable y lógico de la norma jurídica, dentro del contexto social de la realidad nacional y como un mandato supra constitucional que obliga que la protección de los derechos del niño sea en función de su interés superior. “Interés superior” no como excusa o justificación para vulnerar otros derechos fundamentales; sino como un principio humano y como valor de las sociedades contemporáneas, desde una visión psicológica, filosófica, sociológica que permita la comprensión de la urgente necesidad en la protección de los derechos de la infancia y logra con ello el aseguramiento de una sociedad más justa.

Radicando aquí la importantísima labor del juez para la solución de los conflictos, si el conflicto involucra derechos fundamentales en el mismo orden jerárquico enfrentados entre las partes Entendiendo que ningún derecho tiene la calidad de absoluto, ya que pueden ser desplazados por otras disposiciones enmarcadas

⁸⁶ JOAQUIN SANCHEZ Luis. La Vertiente Jurídico- Constitucional del Derecho a la Prueba en el Ordenamiento Español, en: e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1996-42.../PDF. P191, f/b 30/09/14

constitucionalmente y de igual relevancia legal que amerite su protección como en el caso materia de nuestra investigación éstos tendrán que ser sopesados por el Juez de la causa para determinar cuál de ellos merece ser amparado y cual será desplazado, previo análisis de “ponderación”, que como líneas arriba proponemos se debe realizar, situación que obliga al juez a utilizar las herramientas nacionales e internacionales de la legislación y la jurisprudencia comparada, encontrando en las nuevas corrientes del pensamiento humano plasmadas en los diferentes aportes doctrinarios convertidos en principios constitucionales, que versan sobre la protección, *prima facie* de los derechos de los niños los criterios y principios a aplicar.

En el Derecho Internacional, tenemos a la Convención sobre los Derechos del Niño, como un cuerpo normativo exclusivo que juega un papel predominante en la efectivización de los derechos de los niños, obligando a los Estados parte a la aceptación y fiel cumplimiento en la protección de los derechos de la infancia, para el desarrollo de su pleno potencial.⁸⁷

Del mismo modo en la legislación nacional tenemos también al Código de los Niños y Adolescentes, que establece un conjunto de normas aplicables a los derechos de los mismos, que serán de mucha relevancia jurídica para el magistrado cuando tenga que resolver conflictos entre derechos fundamentales en los que los niños se vean afectados.

De lo señalados, consideramos que en los procesos judiciales que involucren a los niños niñas y adolescentes en los que sus derechos se encuentren enfrentados con otros derechos, se debe tomar en cuenta el “test de ponderación” para determinar la primacía del derecho a resguardar, se sugiere también que esta “ponderación” debiera

⁸⁷ Convención Sobre los Derechos de los Niños. Proteger y convertir en realidad los derechos de la infancia. 30/09/14, e: www.unicef.org, f/b 20 /10/ 2015

realizarse desde la instancia ordinaria, debiendo resolver dicha instancia el conflicto de intereses para no tener que llegar hasta las instancias constitucionales, con procesos dilatorios que contravienen con los principios procesales y constitucionales, “...*puesto que la Constitución no se le presenta al juez ordinario en un Estado constitucional como una norma a la cual debe acudir de modo residual o contingente*”.⁸⁸ Tiene todas las facultades para motivar sus resoluciones elaborando una adecuada argumentación jurídica, al margen de las instancias. Siendo el juez el máximo intérprete de las normas constitucionales, velará por alcanzar el máximo grado de justicia, siendo su rol primordial el de la administración de justicia para cumplir con la finalidad que persiguen los Estados democráticos aplicando la ley no como una regla jurídica, sino más bien estableciendo una adecuada interpretación por la validez de la misma, dentro de un Estado constitucional, cuya finalidad es proteger los derechos de los más vulnerables.

Si bien aún nuestra realidad jurisprudencial nos muestra que solo se ha venido realizando “ponderación” en sede constitucional, incumpliendo el juez ordinario con la función jurisdiccional encomendada, ya que las facultades que tienen los jueces en general para motivar y argumentar sus decisiones son amplias, establecidas en la Constitución al margen de las instancias judiciales.

Los estudios realizados por Ronald Dworkin y Robert Alexy,⁸⁹ sobre las reglas de la ponderación, han servido en la praxis a los operadores jurídicos del derecho comparado para la fundamentación de sus resoluciones. En ellas establecen

⁸⁸ PRIORI POSADA, Giovanni F. El Proceso en el Estado Constitucional. Constitución y Proceso. Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal Constitución y proceso, llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad católica del Perú entre el 22 y el 25 de setiembre de 2009, p.345.

⁸⁹ ATIENZA Manuel. Robert Alexy y el “giro argumentativo” en la teoría del derecho contemporáneo, en: dfddip.ua.es/es/documentos/robert-alex-y-el-giro-argumentativo.pdf?, f/b 20 /11/ 2015

lineamientos a realizar para efectuar la ponderación ante un conflicto entre principios. Así en el Derecho comparado podemos mencionar un caso emblemático, que resolvió el Tribunal español, deliberando entre dos derechos fundamentales que se encuentran en conflicto; el Derecho a “la vida” de un menor en conflicto con el derecho a la “libertad religiosa”. Se trata de la Sentencia N° 154 – 2000 del 18 de Julio del 2002.⁹⁰ Expedida por el del Tribunal Constitucional español

En esta sentencia el Tribunal español revoca una resolución del Tribunal Supremo que ordenó la pena privativa de la libertad por el delito de homicidio por omisión, para los padres de un menor a quien no permitieron le practicara una transfusión sanguínea para salvarle la vida, porque sus creencias religiosas se lo impedía. Podemos afirmar que, para este Tribunal un niño de trece años de edad tiene la plena capacidad para decidir sobre la vida y la muerte, estableciendo que las creencias religiosas del niño están por encima del derecho a la vida. Del mismo modo en nuestra jurisprudencia nacional tenemos un caso que resolviera el Tribunal Constitucional en el que se realiza el método de la ponderación entre el derecho a la intimidad y la libertad de información, es el expediente N° 6712 – 2005 HC/TC, caso Magaly Medina y Mónica Adaro. El Tribunal Constitucional elabora un análisis axiológico de ponderación, aplicando los principios de proporcionalidad y

⁹⁰ PENSAMIENTO Y CULTURA. Sentencia del Tribunal español. Marcos un niño de trece años sufrió una caída de su bicicleta aparentemente leve, complicándose a los pocos días con una hemorragia nasal, razón por la cual los médicos ordenaron una transfusión sanguínea, con urgencia. Los padres testigos de Jehová se opusieron porque su religión no se los permitía, solicitando un tratamiento alternativo a la transfusión. Al no existir dicho tratamiento, solicitaron el alta del menor a lo que el Hospital se opuso solicitando al juzgado autorización para la transfusión, el juzgado concedió el pedido; pero cuando se iba a realizar la transfusión, fue el menor el que se opuso siendo conducido a su domicilio a pedido de sus padres, pese a los intentos que los médicos hicieron por convencerlo a que sea transfundido. A los pocos días entró en coma profundo, una segunda autorización judicial autoriza la transfusión, pero el daño sufrido fue irreparable. El Tribunal Supremo ordenó la prisión de los padres por delito de homicidio. La sentencia es recurrida en Amparo, el Tribunal Constitucional concede dicho pedido y otorga el amparo solicitado por vulneración del derecho a la libertad religiosa anulando la sentencia de la sala. En: estebanlopezgonzalez.com/.../sentencia-del-tribunal-constitucional-espan, f/b 02/05/2016

razonabilidad incluyendo dentro de ellos los subprincipios de adecuación, idoneidad y necesidad y resuelve, otorgar la supremacía del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información. Sosteniendo que: *por más trascendente que sea para la sociedad la investigación sobre la prostitución clandestina en el país, no justifica de ningún modo la vulneración del derecho a la vida privada de una persona*”⁹¹

Podemos entender entonces que ningún derecho es absoluto, si bien es cierto que en el caso Magaly Medina el Tribunal Constitucional pondera otorgando primacía a la intimidad frente al derecho a la información, no sucedería lo mismo cuando el derecho a la intimidad colisiona con el derecho de los niños, niñas y adolescentes, debido a que los tratados internacionales de las cuales somos parte obliga a los Estados que la conforman que el trato a los derechos del niño deben diferenciados desde la particularidad de cada caso en concreto.

Si bien los derechos fundamentales requieren la respuesta del Estado en iguales condiciones no sería esto posible si en el conflicto confluyen derechos con la misma jerarquía constitucional, debido a que no se han establecido los mecanismos que garanticen su primacía, encontrando en las reglas de la ponderación los mecanismos de solución al conflicto jurídico.

Por ello hemos elaborado los criterios a aplicar en la ponderación por la colisión de los derechos del niño y su derecho a la prueba que determinara su derecho alimentario y la afectación de derecho a la intimidad del demandado.

Principio de Razonabilidad y proporcionalidad

La Constitución peruana en el artículo 200 en su último párrafo establece la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que el juez debe

⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 6712- 2005 HT/TC, en: www.tc.gob.pe, f/b, 20/11/2015

elaborar al momento de resolver los conflictos constitucionales. Dentro de este contexto la interpretación requiere de un análisis entre la razón y la justicia evidenciada en la interpretación jurídica, aquella que proviene de la razón lógica de la norma aplicada a los derechos en conflicto, teniendo como elemento principal el principio de proporcionalidad, es por eso que el juez como intérprete de los enunciados jurídicos, tiene que estar proveído de conocimientos necesarios para resolver con las garantías de un debido proceso, motivar sus resoluciones y elaborar una adecuada argumentación jurídica. En este caso en concreto la razón lógica que mueve a todo ser humano como un deber impuesto por el derecho natural y positivizado en un orden jurídico es la protección de los derechos de los niños *prima facie*, teniendo en cuenta el grado de vulnerabilidad en que estos se encuentran y la necesidad de protección que requieren, sus derechos, más aún si el derecho en conflicto se encuentra íntimamente vinculado con el derecho a la vida del niño, como son los alimentos y con él su derecho a la supervivencia, su desarrollo físico y emocional dentro de un Estado constitucional y garantista que tutela los derechos de la infancia. ¿Pero cómo hacer efectivos estos derechos, si en el caso de nuestra investigación el conflicto se circunscribe a la admisión de los medios probatorios que vulneran el derecho a la intimidad del demandado?. ¿Debe el juez admitir la fuente de la prueba y los medios probatorios?

Considerando que la prueba es el elemento primordial del debido proceso en un Estado constitucional que tutela y garantiza derechos fundamentales, siendo que solo a través de ella el juez tendrá conocimiento de los hechos, por lo tanto deberán ser admitidos y actuados, como una garantía básica de un debido proceso como un derecho fundamental y como un mandato constitucional, ya que su omisión generaría la vulneración de otros derechos fundamentales de relevancia constitucional. Es ahí

donde radica la importancia de la prueba porque solo a través de ella se podrá establecer la verdad de los hechos, recayendo el peso de la prueba sobre el proceso que guiará al juez por el sendero de la justicia. Solo al valorar la prueba el juez tendrá la certeza de los hechos expuestos, la prioridad de atender este derecho frente al derecho a la intimidad radica en la importancia de los derechos del niño involucrados a partir de la admisión de los medios probatorios. El balance de estos derechos que realice el juez serán de suma importancia en la ponderación, sopesando los derecho que involucra la admisión de la prueba y con ella, el derecho a los alimentos ligado al derecho a la vida del niño constituido como derecho universal, el derecho a la supervivencia, al desarrollo emocional y adecuado dentro de un Estado constitucional y garantista, el estado de vulnerabilidad y necesidad que obliga la protección Constitucional. estos tendrán mayor jerarquía en la valoración, frente al derecho a la intimidad del demandado; que si bien cuentan también con la protección constitucional, pero su afectación solo involucra al conocimiento y divulgación de los hechos situación que no imposibilita al demandado en su desarrollo personal, porque no es su vida la que está en peligro; cosa que no ocurre con el menor si se rechaza su derecho a probar los hechos que fundamentan su pretensión, o sea sus alimentos, el daño ocasionado al menor podría ser irreparable, sumiendo al niño en un total desamparo.

Robert Alexy cuando propone las reglas de ponderación sostiene que, cuando más alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la realización del otro⁹²

Para ello proponen tres pasos a seguir:

⁹² ROBERT Alexy. derechos fundamentales ponderación y racionalidad, en www.miguelcarbonell.com/docencia/Robert_Alexy.shtml, f/b 02 /04/2015

- *En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. (Adecuación)*
- *A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. (Necesidad)*
- *En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro. (Proporcionalidad en estricto)⁹³*

De todo lo vertido se desprende que los seres humanos en comparación con otros seres vivos requieren de una protección especial. Se necesita de otro ser humano que garantice su supervivencia y asegure el proceso de aprendizaje y socialización hasta alcanzar el discernimiento y la capacidad absoluta. Situación que solo se alcanza dentro de la institución familiar o protectora y sucede con el paso de muchos años. Es por ello que se materializan los derechos humanos y en especial los derechos de los niños en las distintas cartas internacionales de los cuales son parte los Estados democráticos y constitucionales para garantizar los derechos fundamentales y principios de igualdad, libertad entre otros, resguardados por el órgano judicial para su correcta aplicación y lograr una convivencia social armónica y pacífica. Ubicándonos en la realidad de la situación fáctica dentro del contexto social y conforme a las nuevas corrientes ideológicas del pensamiento humano expuestos en la doctrina universal. Existe un consenso unánime en la protección de los derechos de los niños; motivados por el estado de indefensión y vulnerabilidad en los que se encuentran esta parte de la comunidad dentro de las etapas del desarrollo humano. Por tal motivo el niño no es

⁹³ ROBERT Alexy derechos fundamentales ponderación y racionalidad, en www.miguelcarbonell.com/docencia/Robert_Alexy.shtml, f/b 02/04/ 2015

más considerado como objetos de derechos (Doctrina de la Situación Irregular) sino como sujeto de derechos (Doctrina de la situación integral) merecedor de una protección integral como ser humano nacidos de su dignidad como persona. Por ello se ha considerado aplicar las reglas de la ponderación al caso concreto de las pretensiones alimentarias para los hijos no reconocidos en el siguiente orden.

6. Principio idoneidad

Se establecerá si la afectación del derecho desplazado justifica la protección del otro derecho fundamental. Dentro de los fines de protección de los derechos que la Constitución establece, se encuentran los derechos de los niños en cuyo caso tendrán mayor jerarquía al establecer la ponderación en razón de que los niños deben ser tratados como problema humano, que la sociedad y el Estado deben proteger ante cualquier contingencia que los involucre para prevenir futuras violaciones a sus derechos, teniendo en cuenta el impacto social benefactor en las consecuencias jurídicas al momento de aplicar los principios en favor de ellos, cumpliéndose de esta manera con la finalidad de la Constitución que es proteger derechos los fundamentales de seres humanos que se encuentran en estado de vulnerabilidad y como norma supraconstitucional, que protege a la infancia, siendo por ello relevante para el ejercicio pleno de su derecho, el amparo de la acción probatoria la medida que corresponda aplicar en un proceso justo en el marco de un Estado constitucional y de derechos.

7. Principio de necesidad

La admisión del medio probatorio como un derecho fundamental dentro de un debido proceso y la importancia que conlleva su actuación por la pretensión que ella sustenta, debiendo ser *prima face* en concordancia con el derecho a la intimidad de la otra parte. Se debe proteger primero los derechos de un niño para no vulnerar luego los derechos de un adulto, debiendo recaer sobre el derecho al ofrecimiento de pruebas la garantía primera de su actuación, ya que sin pruebas no existiría un proceso legal; solo admitiendo y valorando la prueba se podrá saber si los hechos expuestos son reales o meras declaraciones, y si son reales el juez tendrá en cuenta que la pretensión o el derecho pretendido es el derecho a ser alimentado por el que mantuvo relaciones sexuales con su madre en la época de su concepción, por lo tanto tendrá por amparada la demanda, concediendo alimentos al hijo no reconocido teniendo en cuenta que lo opuesto pondría en peligro la vida misma de un niño a quien el Estado protege por encima de cualquier otro bien, jurídico, brindándole una mayor protección en relación con los derechos del demandado. Quedando entonces desplazado el derecho a la intimidad, por el grado de afectación y de protección. Al beneficiar el derecho a los alimentos se protege también a una comunidad de usuarios que requieren de herramientas necesarias de la interpretación constitucional, para la defensa de sus derechos como fin constitucional; no teniendo justificación legal optar por lo opuesto ya que el derecho a la intimidad es un derecho subjetivo que beneficiaría solo al autor del derecho, sin causar mayores daños en el desarrollo personal. Teniendo en cuenta que los medios probatorios se retrotraen a una relación afectiva libre y voluntaria entre dos personas consientes de las consecuencias jurídicas que se podrían generar, merecería pues el derecho a la intimidad menor peso en la ponderación.

8. Principio de proporcionalidad en sentido estricto

Se trata de establecer una comparación entre los derechos en conflicto, o una relación proporcional entre el grado de afectación y el grado de no satisfacción, siendo que, *cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación del derecho, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional*⁹⁴

En la elaboración de la ponderación del caso en concreto entre los derechos del niño y los del adulto, el juez bajo su criterio humanista como juez de derechos humanos en el marco de un Estado constitucional que tutela estos derechos reconocidos por los Tratados y Convenciones Internacionales, para consolidar el respeto de los derechos fundamentales de los niños, que nacen de la dignidad como persona y como un bien jurídico valioso en una sociedad democrática; atenderá prioritariamente los derechos del niño y su actuación probatoria como medida imprescindible bajo el criterio razonado en la ponderación.

Elaboramos esta investigación en respuesta al problema existente en las pretensiones de los procesos del hijo alimentista, de las que se analizaron resoluciones que declararon fundadas las demandas en base a los medios probatorios ofrecidos por la demandante para sustentar su pretensión con el objetivo de obtener el pago de la obligación alimentaria para el hijo no reconocido.

Es necesario recalcar que este acto procesal cual es la actuación de los medios probatorios al tener relación directa con el derecho a la intimidad, generaba la colisión

⁹⁴LEON FLORIAN, Felipe Johan. Centro de estudios constitucionales, El principio de proporcionalidad en, www.mpfm.gob.pe/.../2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felip f/b 25/04/2016

de derechos fundamentales entre el derecho a “probar” el hecho vs, el derecho a la “intimidad” del demandado. Si bien al actuar los medios de prueba, el juez consideraba en su parte resolutive que debía amparar la pretensión otorgando la pensión alimentaria al hijo no reconocido garantizando con ello su derecho al desarrollo físico emocional. Asimismo, lo es que no se tuvo en cuenta o no se advirtió en esta etapa procesal la relación directa de vulneración entre los medios de “prueba”, y la “intimidad” del demandado, la misma que afecta el derecho personalísimo de la vida privada al que el juez no le concedió reconociendo al motivar sus sentencias, ya que a mérito de las resoluciones analizadas se evidencia que la colisión no fue advertida por los actores procesales.

A modo de conclusión consideramos que la figura del hijo alimentista vigente aun en nuestro Código Civil, de 1984 en su articulado 415 que reconoce el derecho alimentario de un menor no reconocido, para resguardar su desarrollo físico emocional debiera permanecer vigente.

Si bien con la implementación de la Ley N° 28457 -2005, sobre filiación extramatrimonial se pensó que se resolvería el problema de la falta de reconociendo de la filiación al determinar con la prueba de ADN el vínculo biológico entre un padre en relación con su hijo, considerándose por ello para algunos especialistas del derecho la figura del hijo alimentista como una figura anacrónica en la normatividad actual; ya que el espíritu de la Ley era establecer la identidad biológica del menor y reconocerles todos los derechos provenientes de su filiación, dejando en desuso al artículo en comento, puesto que este solo persigue el derecho alimentario.

Consideramos que la Ley de filiación extramatrimonial creada con el fin de erradicar la omisión al reconocimiento de hijos no reconocidos, no garantiza la

identidad biológica del menor en relación con su padre; y ello a mérito de que muchas demandas interpuestas ante el órgano judicial en busca del reconocimiento de la paternidad, el demandado es declarado rebelde, siendo el juez el que declara la paternidad a través de una resolución judicial en función de la conducta procesal del demandado ya que este jamás se presentó al proceso, evidenciándose con ello la indeterminación de la identidad biológica ya que la resolución judicial no podría determinar dicho vínculo, pudiendo ello lejos de ser una solución, resultar perjudicial para la vida del menor, por el entorno social en el que se desenvuelve, la interacción con otros niños.

Consideramos la vigencia de dicha figura por cuando persista la renuencia al reconocimiento voluntario de la paternidad o en el que a través de la prueba biológica del ADN se determine el vínculo biológico entre un padre y su hijo, quedando la figura del artículo 415 como alternativa para plantarla en los casos de renuencia al reconocimiento de paternidad para sin detrimento de sufrir un rechazo de parte del padre, se garantice al menor su derecho alimentario tal como la norma lo prevé; sin que exista la necesidad de interponer la acción filiatoria; ya que esta acción no garantiza el fiel cumplimiento de lo dispuesto mediante la resolución judicial. Pero ¿qué efectos negativos se generarían si solo se solicitan alimentos y no el derecho a la filiación? Si bien es cierto que el niño tiene derecho a su identidad biológica con el reconocimiento de paternidad y con él, el acceso a los demás derechos conexos a su reconocimiento; lo es también que la falta de este reconocimiento no afecta ni comprometería el desarrollo del niño de manera significativa, puesto que solo con el otorgamiento de la pensión alimentaria se tendría por garantizado sus derechos más elementales. Siendo por el contrario que el rechazo al reconociendo de la paternidad

generaría sufrimiento, dolor, frustración en la vida de un menor por el mismo ámbito en el que se desarrolla, la interacción con otros niños de su entorno, ya que un padre que no quiso reconocer a su hijo pese a la existencia de un mandato judicial que determina lo contrario jamás será padre del menor obviamente en el aspecto moral o socio afectivo; reincidiendo por ello en el caso de la niña Zaraí Toledo, la que si bien es cierto obtuvo un reconocimiento de filiación mediante proceso judicial a nuestra consideración “involuntario” de parte de su padre el señor Alejandro Toledo, más el vínculo de padre a hija no quedó garantizado con la determinación de su filiación. Sin embargo, el episodio negativo por el que tuvo que atravesar Zaraí o cualquier otro niño en las mismas circunstancias irreparables en las que se afectan su dignidad, su identidad social, su imagen entre otros derechos afectados a causa del rechazo al reconocimiento es nefasto y laceran el auto estima del menor. Creemos por ello que no se justifica la vulneración a la particularidad y subjetividad del niño en un reconocimiento nulo involuntario nacido de la negación o rechazo. Siendo por ello necesario que el niño tenga conocimiento de los hechos y tenga la capacidad de formarse su propio juicio brindando su opinión, a la Luz de la Convención sobre los Derechos del Niño.

9. Variables y Operacionalización de variables

9.1 Variable independiente (vx)

Los medios probatorios ofrecidos en los procesos del hijo alimentista.

INDICADOR

- Número de demandas fundadas

9.2 Variable independiente (vx)

Acreditar las relaciones sexuales en la época de la concepción.

INDICADOR

- Número de demandas fundadas

9.3 Variable dependiente (vy)

Colisión de derechos fundamentales.

INDICADOR

- Número de Sentencias que otorgan pensión de alimentos.

Tabla 2.

Operacionalización de variables

VARIABLE	INDICADOR	DESCRIPCIÓN DEL INDICADOR	NIVEL DE DETALLE
Los medios probatorios ofrecidos en los procesos del hijo alimentista	Número de demandas fundadas que otorgaron la pensión de alimentos	Criterio adoptado por el juez al elaborar sus sentencia	Refiere al privilegio del derecho adoptado por el Magistrado.
Acreditar las relaciones sexuales en la época de la concepción.	Número de demandas fundadas de pruebas aportadas	Valor probatorio a las evidencias de las prácticas del as relaciones sexuales.	La presunción iuris tantum que otorga valor a la prueba
Colisión de derechos fundamentales	Número de sentencias que concedieron la pensión alimenticia	fallos emitidos que concedieron el derecho a alimentos afectando la intimidad	Protección al derecho alimentario y desprotección al derecho de la intimidad.

10. Hipótesis

“Los medios probatorios actuados en los procesos del hijo alimentista para acreditar las relaciones sexuales con el demandado, tal como lo dispone el artículo 415 de Código Civil, generan la colisión de derechos fundamentales entre el derecho a la intimidad y el derecho a la actuación del medio probatorio”.

CAPÍTULO III

MÉTODO

1. Tipo, nivel y diseño de la Investigación

El presente estudio reúne las condiciones metodológicas de una investigación de enfoque cualitativo, en razón, de que el objeto de la investigación es el estudio de la problemática jurídica sobre la unidad de análisis planteada, la misma que fue abordada desde un planteamiento no estudiado para el presente caso en particular lo que se deduce de la literatura analizada abordando nuevos paradigmas a la luz de los cuerpos normativo nacionales e internacionales a fin de resolver el conflicto legal en base a una adecuada argumentación jurídica de las normas constitucionales confrontadas, bajo las reglas o mecanismos existentes a aplicarse en las colisiones de derechos fundamentales, que si bien no es algo nuevo puesto que las reglas para la colisión de los derechos están planteadas sin embargo estas no se aplican en todos los casos como el planteado en la investigación.

El *tipo* de investigación es aplicada por que se conto con las sentencias de procesos de alimentos para los hijos extramatrimoniales que presentaban un característica especial en cuanto a los medios probatorios exigidos por la norma para alcanzar la pretensión.

Nivel de Investigación; reúne las características de un estudio exploratorio, deductivo, descriptivo e interpretativo, basado en el estudio de las normas jurídicas en

la colisión de derechos de las partes y la aplicación de las normas a cada caso en concreto.

Para el estudio de la presente investigación se utilizó el *diseño no experimental*, porque no se han manipulado variables, sino que se basó en la recolección de sentencias que nos permitieron analizar el fenómeno generado a consecuencia de la actuación probatoria de las resoluciones judiciales, en las que se generaban la colisión de derechos fundamentales.

2. Población y Muestra

Población

La población que se estudio estuvo conformada por una población infinita que corresponde a todas las sentencias de alimentos para los hijos extramatrimoniales no reconocidos de las cuales nuestra población objetiva estuvo conformada por un total de nueve sentencias exclusivamente de procesos sobre petición de alimentos para el hijo no reconocido que fueron apelados y resueltos por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Muestra

La muestra seleccionada en la presente investigación, está conformada por 01 sentencia de alimentos para el hijo extramatrimonial no reconocido, la misma que presenta una característica especial en cuanto a los medios probatorios que nos permitió advertir la colisión de derechos fundamentales a consecuencia de la actuación del medio de prueba con el que se acredita las prácticas de las relaciones sexuales en

la época de la concepción, la misma que fue analizada bajo los siguientes criterios de exclusión:

- La declaración de parte a modo de confesión que indica una particularidad en el cuerpo del demandado.
- La orden judicial sobre la revisión del cuerpo del demandado que dio como resultado el amparo de la demanda
- La falta de motivación de la resolución que otorga la pensión alimenticia sin pronunciamiento sobre la colisión de derechos fundamentales

Tabla 3

Población y muestra

ASPECTO CLAVE	INFORMACIÓN
POBLACIÓN	<ol style="list-style-type: none"> 1. Características: resoluciones judiciales sobre hijo alimentista 2. Resoluciones elevadas en casación (y las no casadas) 3. Tamaño: 09 Resoluciones 4. Fuente de Información: Poder Judicial Corte Superior de Lima.
CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN	<ol style="list-style-type: none"> 1. Inclusión: resoluciones que otorgan pensión de alimentos Exclusión: Las que amparan el derecho alimentario del hijo alimentista por rebeldía del demandado.
TIPO DE MUESTREO	<ol style="list-style-type: none"> 1. No probabilístico
MARCO MUESTRAL	<ol style="list-style-type: none"> 1. Inicial Calculada : 09 Demandas 2. Final Empleada : 05 Demandas

3. Métodos e Instrumentos de recolección de datos

Las principales técnicas empleadas para la presente investigación son:

- Observación, inducción e interpretación.
- Análisis documental

Los instrumentos utilizados fueron:

- Guía de observación
- Guía de análisis documental.

Tabla 4

Instrumentos de recolección de datos

ASPECTO CLAVE	INSTRUMENTO 1
INSTRUMENTO	
a) Nombre	a) Resoluciones judiciales de hijo alimentista.
b) Objetivo	b) Determinar si es los procesos del hijo alimentista colisionan derechos fundamentales.
CONTENIDO	
a) Tipo de Instrumento	a) Las Resoluciones de los juzgados de la CSJL.
b) Fiabilidad y Validez	b) Las sentencias emitas por el juez, en su calidad de autoridad gozan de fiabilidad y viabilidad.
MUESTRA DE APLICACIÓN	Se analizaron 09 resoluciones.

4. Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos

Sentencias, que han sido objeto de un análisis cualitativo, utilizando hojas de cálculo y Microsoft Word.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En este capítulo desarrollaremos los resultados alcanzados en la presente investigación, daremos a conocer las dificultades por la que atraviesa el menor hijo alimentista para ejercer su derecho de acción. Asimismo las consideraciones judiciales por la que se admiten y se desamparan las demandas. Analizaremos también una resolución que marco las pautas en la investigación considerada una sentencia.

Con el propósito de demostrar nuestra hipótesis hemos analizado puntos totalmente relevantes con la ayuda del trabajo exploratorio y de algunas fuentes doctrinarias y jurisprudenciales que nos han sido de mucha ayuda para viabilizar los conceptos desarrollados en la presente investigación.

1. Los medios probatorios ofrecidos en los procesos del hijo alimentista

En los procesos de alimentos cuya aplicación es el artículo 415 del Código Civil, es una norma establecida para los hijos que no fueron reconocidos por el presunto padre, ni de manera voluntaria ni judicialmente, pero que tienen derecho a una pensión de alimentos del varón que mantuvo relaciones sexuales con su madre en la época probable a su concepción. Resultando por ello como requisito indispensable para alcanzar la pretensión, la probanza de las relaciones sexuales realizadas entre la madre y el presunto progenitor.

Al ser ésta una pretensión que sólo recaerá sobre la obligación alimentaria, no sería exhibible una prueba rigurosa como la que determine la filiación biológica, puesto que no se trata de un proceso de reconocimiento de la paternidad, siendo útil para ello cualquier indicio que lleve al juez a la presunción de la existencia de los hechos, en la época probable de la concepción, llámese fotografías, videos, grabaciones, testigos, cartas, entre otros elementos cognitivos que logren persuadir al magistrado quien ordenara su actuación.

Sin embargo, del análisis jurisprudencial en estudio se tiene que en relación a la prueba biológica del ADN hay casos en que el juez ordena su actuación, solicitada incluso por el propio demandado, así en el expediente N° 3446- 96, el juez ordena la actuación de la prueba biológico de ADN resultando positiva al vínculo biológico entre el hijo solicitante con el “supuesto” padre demandado. Esta actuación probatoria nos permite percibir dos situaciones. La primera; la pretensión está dirigida contra el que mantuvo relaciones sexuales con la madre a afectos de solicitar solo una obligación alimentaria, por lo tanto la prueba practicada del ADN resultaría innecesaria para fundar la pretensión no siendo exigible su actuación a pesar de que el resultado obtenido sea positivo. Es decir que al no perseguir el derecho a la identidad biológica o la declaración de paternidad, ¿qué sentido tendría la prueba? Lo que si se podría sostener es que, al tener un resultado positivo con el que se prueba el vínculo biológico entonces las “relaciones sexuales” entre la madre del niño con el demandado estarían más que probadas. No teniendo más prueba que actuar para fundar la pretensión, siendo en este caso que el análisis del ADN, probaría el sostenimiento de las relaciones sexuales en la época de la concepción; y como segunda situación se tiene que, al tratarse de un proceso sobre obligación alimentaria en cuya actuación probatoria se

determinó el vínculo biológico, ésta no declaró la filiación del niño. Entonces nos preguntamos ¿qué utilidad tendría la prueba aportada al proceso en favor del niño? Si a pesar de que a través de ella sale a la luz una verdad jurídica como es la paternidad biológica del niño en relación a su padre, ésta deviene en irrelevante para el proceso en mención, ya que el juez en su sentencia no declarara la paternidad del niño debido a que la pretensión incoada se dirige a los alimentos para un menor no reconocido y por lo que tampoco está sancionado en la norma

En el siguiente cuadro presentamos lo resuelto por el juez en el expediente analizado en líneas precedentes.

Expediente : N° 3446-96

Materia: Demanda de alimentos de hijo no reconocido.

En las demandas de hijo no reconocido en los que solo se reclama la pensión de alimentos del que ha mantenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción. La prueba del ADN no tiene que ser de exigencia rigurosa.

Fallo

La primera instancia declara fundada la demanda considerando que: Si bien es cierto que la prueba de paternidad no es exigible para el caso de autos por tratarse de asignación de alimentos a favor del hijo extramatrimonial en el que solo debe acreditarse que a la fecha de la concepción, el demandado mantuvo relaciones sexuales con la madre. La Sala confirma la sentencia de la primera instancia que declaro fundada la demanda de pensión de alimentos, concluyendo que la actuación de la prueba del ADN cuyo resultado arroja el 99.60% de probabilidad, la misma que coadyuva a formar convicción de los hechos.

Continuando con el análisis de las pruebas en los procesos del hijo no reconocido se ha establecido ya en la jurisprudencia nacional los criterios a aplicar en la resolución de los conflictos familiares entre ellos específicamente sobre los hijos

alimentistas, el Pleno Jurisdiccional de 1997 celebrado en la ciudad de Ica determinó lo siguiente:

*En relación con los criterios para discernir si se da alimentos a los hijos no reconocidos se aprobó por consenso que, más allá de lo que prescribe la ley sobre la necesidad de acreditar las relaciones sexuales en la época probable de la concepción, el juez debe apreciar los medios probatorios con criterio flexible, así como la conducta procesal del demandado.*⁹⁵

Considerándose como “flexible” que todas las pruebas que el juzgador pueda merituar incluidas los sucedáneos serán de utilidad para crear convicción derivada en la apreciación razonada del juez al elaborar su sentencia.

En las resoluciones que analizamos a continuación sistematizadas en los cuadros se muestran las diferentes pruebas actuadas con las que se logra acreditar a decisión del juez las “relaciones sexuales” sostenidas en la época de la concepción

Expediente: N° 707- 2004

Materia: Alimentos

La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, el hecho de que **la demandante tenga otro conviviente** no desvirtúa la presunción *Juris Tantum* sobre las relaciones sexuales mantenidas con el demandado.

Fallo

La primera instancia declara fundada la demanda en función a los medios de prueba que hacen presumir la relación extramatrimonial, la Sala de apelación confirma lo resuelto por la instancia ordenaría. El cual es apelado a Sala casatoria, la misma que declara improcedente el recurso, interpuesto

⁹⁵ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ICA. Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 1997. Acuerdos de la Sesión Plenaria Criterios entre el Interés Superior del Niño y las Garantías del Debido Proceso. Acuerdo N° 9 Alimentos, en: www.pj.gob.pe/.../Ple_Dist_Civil_Familia_Laboral_y_Penal+_Ica_f/b_27/11/2015.

Expediente: 697- 97

Materia: Alimentos

Las exigencias para otorgar la pensión de una hija no reconocida no son las requeridas para la declaración judicial de la filiación, siendo suficientes las pruebas que hagan presumir o que conlleven a determinar que las prácticas de las relaciones sexuales se produjeron entre las partes. **Que de autos se aprecia que el demandado en su contestación de demanda niega ser el padre del menor “por cuanto con la demandante no me une ni me ha unido vinculo y menos aún que hayamos sido enamorados”; y de la continuación de audiencia el demandado en su declaración, manifiesta que tuvo relaciones con la demandante hasta el año ochenta y que solo han sido enamorados no convivientes, resultando evidente la contradicción entre una y otra.**

Fallo

La Sala por los mismos fundamentos confirma la sentencia apelada que otorga la pensión de alimentos al hijo no reconocido.

Expediente: N° 709- 2004

Materia: Alimentos

Que, el demandado llego a convivir con la demandante luego de ser enamorados, conforme a la declaración de la testigo no tachada Hivet Gálvez Condori,, corroborado con las fotografías en las que se le ve abrazados y con la tarjeta de dedicatoria amorosa, advirtiendo que al haber sido declarado rebelde el demandado, se da la presunción legal relativa de los hechos expuestos en la demanda

Fallo

Declararon improcedente el recurso de casación interpuesto por David Apaza Calla.

Expediente N° 183518-2002

Materia: Alimentos

Que, de las fotografías de fojas dos y tres fluyen que en ellas se aprecia a la actora y al demandado, advirtiéndose de dichos documentos que estos han querido perennizar la relación afectiva que mantuvieron; asimismo, mediante documento de fojas veinte se aprecia que la actora comunico mediante carta notarial la existencia del hijo habido con el demandado a quien le asiste el derecho alimentario, así como el derecho de ser reconocido, documento que fuera recibido por la esposa del demandado.

Fallo

Fundada a demanda interpuesta.

Expediente: N° 1565-86

Materia: Alimentos

La declaración del demandado en Audiencia de conciliación y las demás pruebas, consistentes en cartas dirigidas por el demandado desde el extranjero deben meritarse por tratarse de prueba escrita corroborante con las demás actuadas, conllevan a la determinación de la ocurrencia de los hechos en la época de la concepción.

La primera instancia declara infundada la demanda, la Sala de apelaciones la confirma, por lo tanto el caso sube en apelación a la Sala Suprema, quien resuelve, haber nulidad en la sentencia de vista que confirmando la apelada declara infundada la demanda; reformando la resolución recurrida y reformando y revocando la de primera instancia declaran fundada la demanda, fijando la pensión de alimentos.

De las muestras analizadas se desprende que no se requiere rigurosamente de prueba contundente, que determine el hecho del acto en sí, esto no sería posible por la misma naturaleza de los hechos y por lo que corresponden a ese círculo, cerrado y privado de las personas, inviolable por los demás; sino de aquellas pruebas que al ser actuadas bajo un análisis crítico y razonable logren persuadir al juez de la ocurrencia de los hechos. Pudiendo ser utilizados para ese fin los medios de prueba como son las

testimoniales, las declaraciones de parte, la prueba escrita, las grabaciones, las fotografías, entre otras que el juez considere pertinente.

2. Acreditar las relaciones sexuales en la época de la concepción

En el análisis anterior dimos a conocer las razones por las cuales el juez de acuerdo a los medios probatorios ofrecidos por el accionante declaraba fundadas las demandas otorgando la pensión de alimentos al hijo alimentista. En este nuevo grupo de demandas analizadas se advierte, que por los mismos medios probatorios ofrecidos por el demandante los jueces emiten resoluciones declarando infundadas las demandas, evidenciando que no existe en la jurisprudencia nacional la aplicación de un criterio uniforme que ordene jerárquicamente la atención de derechos de la infancia *prima facie* cuando se trata de resolver controversias que comprometan los derechos de los niños, apartándose así de lo que establece la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño cuyo objetivo es la protección integral del menor en situación de conflicto.

Expediente: N° 1037-97

Materia: Alimentos

La única prueba aportada para verificar el supuesto referido son las testimoniales aportadas por las por las testigos, que estas son genéricas y no precisan fechas de encuentros sentimentales, por lo tanto la prueba aportada resulta insuficiente para amparar la acción. **Fallo**

El juzgado de primera instancia declara fundada la demanda, esta es apelada, la Sala de familia revoca la sentencia considerando que, la prueba testimonial vertida por las testigos son genéricas, no precisando lugares y fechas exactas por lo tanto las pruebas aportadas son insuficientes.

El otorgamiento de la pensión alimentaria para los hijos no reconocidos se funda el principio asistencialista del Estado a efectos de tutelar los derechos de un menor no reconocido obligando al que sostuvo relaciones sexuales con su madre en la época de su concepción, recayendo en la función del juez el análisis de la prueba que lo conduzca a la presunción de los hechos. Teniendo en cuenta que por la naturaleza propia de los hechos, las relaciones sexuales son de difícil probanza, por lo que cualquier indicio que logre el juez percibir será de mucha utilidad en la valoración probatoria.

Del análisis de la resolución analizada graficada en el cuadro anterior se aprecia que los medios de prueba aportados fueron las declaraciones testimoniales ofrecidas por los testigos, las mismas que no lograron convencer al juez sobre la existencia de los hechos “probar las relaciones sexuales” sostenidas en la época de la concepción.

Si bien las declaraciones de los testigos no son prueba directa que permita conocer la existencia de los hechos salvo complementado con una filmación de video o fotografías, por cierto prueba de muy difícil acceso, razón de ello el acuerdo N° 9 sobre alimentos del Pleno Jurisdiccional celebrado en la ciudad de Ica en el año 1997, referente a los medios probatorios se estableció el siguiente criterio:

“Más allá de lo que prescribe la Ley sobre la necesidad de acreditar las relaciones sexuales en la época probable de la concepción, el juez debe apreciar los medios probatorios con criterio flexible, así como la conducta procesal del demandado. Por lo tanto todos los indicios que conduzcan al juez a la presunción de la existencia de los hechos serán relevantes para la fundamentación de sus sentencias”.

En merito a ello las declaraciones del caso en comento vertidas por los testigos que sostienen haber conocido a los involucrados como una pareja normal o común a las uniones sentimentales harían presumir de una posición constante de estado entre

los actores procesales. Por lo tanto las prácticas de las relaciones sexuales deberían encontrar lugar en la razón lógica del magistrado.

3. La colisión de derechos fundamentales

En el análisis realizado del expediente N° 864-98 en el que se declaró fundada, la demanda por los medios probatorios ofrecidos por la recurrente y que ordena el otorgamiento de la pensión de alimentos en favor del hijo alimentista, se advierte, que, si bien el derecho a ofrecer los medios probatorios es un derecho fundamental que tienen las partes dentro de un proceso legal a efectos de generar una consecuencia jurídica implícita a la decisión razonada del juzgador, lo es también que este acto procesal tiene que cumplir con las reglas legales establecidas dentro de

un debido proceso. Tomando en cuenta la pertinencia e idoneidad de la prueba, si ésta se condice con lo alegado por quien tiene a cargo la pretensión a fin de cumplir con la finalidad de la prueba, crear convicción en el magistrado. En el proceso materia de este análisis líneas antes mencionado se tiene que para acreditar el hecho de las relaciones sexuales la demandante ofrece como prueba una característica en el cuerpo del demandado, que como es de suponer se origina en el acto del hecho exigido como prueba. Siendo que a mérito de la declaración de parte el juez ordena se examine la fuente probatoria para tener certeza de lo confesado por la demandante. Sin embargo el juez no advierte que con la actuación de la prueba se afecta el derecho fundamental del demandado, la misma que vulnera su intimidad, al disponer sobre un bien jurídico inviolable como es el cuerpo humano produciéndose una evidente colisión de Derechos fundamentales, el derecho al ofrecimiento de la prueba como requisito indispensable del debido proceso con el derecho a la intimidad del demandado;

presentamos en el siguiente cuadro lo resuelto por el órgano competente en la resolución antes analizada.

<p>Expediente Nº 864-98</p> <p>Materia: Alimentos</p> <p>Para los casos de pensión de alimentos para los hijos alimentistas no es de rigor exigir pruebas contundentes siendo suficientes para presumir la existencia de las relaciones sexuales, las declaraciones vertidas por la actora.</p> <p>Fallo</p> <p>La primera instancia declara fundada la demanda, considerando que las indicaciones hechas por la actora en la audiencia única, sobre los lunares que tiene el demandado en el cuerpo, indicaciones hechas a la pregunta que se le formulo en la audiencia hacen presumir sobre las relaciones íntimas habidas entre las partes, la demanda es apelada, confirmando la sentencia de la primera instancia que declara fundada la demanda de pensión de alimentos.</p>
--

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

1. Conclusiones

1. Está demostrado que los medios de prueba que acreditan las relaciones sexuales entre las partes, presentados en los procesos judiciales de los hijos extramatrimoniales no reconocidos por sus padres considerados como “hijos alimentistas”, se vulnera el derecho a la intimidad del demandado. Ello debido a la inadecuada praxis jurisdiccional en la administración de justicia o al escaso conocimiento del derecho de parte de los abogados defensores que ante un vicio procesal no interponen mecanismos de defensa que impida la consumación del hecho.
2. Está probado que en los procesos del hijo extramatrimonial no reconocido se confrontan derechos fundamentales entre las partes; siendo los derechos confrontados; el derecho a la actuación probatoria como mecanismo del debido proceso que permita al juez generar la certeza de los hechos a fin de amparar la pretensión enfrentado con el derecho a la intimidad del demandado. Esta colisión se origina porque en el conflicto jurídico participan derechos situados en el mismo orden de jerarquía constitucional los mismos que al pertenecer al conjunto de los derechos fundamentales exigen la misma protección estatal.

3. Está probado que en los procesos judiciales de reclamación de alimentos de los hijos extramatrimoniales no reconocidos en los que colisionan derechos fundamentales no se elabora una adecuada motivación jurídica. Ello debido a la falta de identificación de la controversia de parte del magistrado generada a consecuencia de la actuación probatoria, a la inobservancia de la parte afectada o a la mala praxis de los abogados defensores.
4. Está probado que en los procesos judiciales de pretensión alimentaria para el hijo extramatrimonial no reconocido en el que se genera la colisión entre el derecho a la actuación del medio probatorio con el derecho a la intimidad, los jueces de paz letrado, ni los especializados en materia familiar no elaboran el test de ponderación a fin de determinar qué derecho se deberá privilegiar y que derecho será desplazado.

2. Recomendaciones

Que los procesos de los hijos extramatrimoniales no reconocidos se resuelvan mediante los mecanismos de la ponderación a fin de garantizar la primacía de los derechos del niño a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

REFERENCIAS

- Aguilar, B. (2013). *Derecho de Familia*, Lima, Perú: Ediciones Legales.
- Aguilar, B., Bermúdez, T., Vásquez, H., Canales, T., Caballero, P., Pique, B. (2013). *El Derecho de Familia en el Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica
- Ansuati, F. (2007). *La conexión conceptual entre el estado de derecho y los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Grijley
- Bautista, P. y Herrero, J. (2008). *Manual de Derecho de Familia*. Lima Perú: Ediciones Jurídicas
- Ballesteros, E. (2012). *En la Constitución de 1993 Veinte Años Después* Lima Perú: Idemsa
- Cornejo, H. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Lima Perú: Gaceta Jurídica
- Cornejo, M. (s/f). La Pensión Alimenticia del artículo 415° del Código Civil y su Naturaleza de deuda Hereditaria, ¿Una situación de privilegio?. *Revista Lumen* 4. UNIFE. Lima Perú
- Devis, H. (2002). *Teoría General de la Prueba en el Proceso Judicial*, Bogotá, Colombia: Temis
- El Derecho de Familia en el Tribunal Constitucional (2013). Gaceta Jurídica, Lima, Perú.
- Esquiaga, F. (2011). *Argumentación e interpretación*. Lima, Perú: Grijley
- Fernández, C. (2002). *Los 25 años del Código Civil Peruano*. Lima, Perú: Motivensa
- García, A. (2004). *Para Comenzar el Siglo XXI y Comenzar el Siglo de la Juventud*. Lima, Perú. S/e
- Gil, A.; Fama, M. y Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Ediar
- Gilardi, J. (s/f). *Corte Superior de Justicia de Lima, Acceso a la Justicia de Familia y criterios jurisprudenciales*. Lima, Perú
- Gorphe, F. (1950) *De la Apreciación de las Pruebas*. Santiago, Chile: Ediciones Jurídicas Europa América Bosh y Cía

- Hernández, R.; Fernández, C. y Baptista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México D.F, México: Interamericana
- Hinostraza, A. (2012). *Derecho Procesal Civil, Medios Probatorios*. Lima Perú: Jurista Editores.
- Jara, R., Canales, Y. (2011). *Manual de derecho de familia*, Lima, Perú: Juristas
- Ledesma, M. (2012). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica
- Lombardia, P. (2008). *Epistemología y derecho: lineamientos de la teoría epistemológica del derecho*. Lima, Perú: Grijley
- Mejía, P. (s/f). *Derecho de Alimentos Doctrina, Plenos Jurisdiccionales, Jurisprudencia*. Lima Perú
- Mill, J. (1984). *Sobre la Libertad*. Madrid, España: Proyectos Editoriales, S. A.
- Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. (2011). *Código de los Niños y Adolescentes.*, Lima, Perú: Grafica Peruana
- Miranda, M. (2012). *ADN, Como Prueba de la Filiación en el Código Civil*. Lima, Perú: Ediciones Jurídicas
- Morales, J. (2002). *Derecho a la intimidad*. Lima, Perú: Palestra.
- Parra, J. (2008). *Derecho de familia*. Bogotá, Colombia: Temis
- Peralta, A. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*, Lima, Perú: Idemsa
- Plácido, A. (2002). *Manual de derecho de familia*. Lima, Perú: Gaceta jurídica
- Rentería, M. (2010). *Algo más sobre los Alimentos*, Lima, Perú: Ediciones jurídica,
- Rubio, M. (2009). *Para Conocer la Constitución de 1993*. Lima Perú: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú
- Tafur, E. y Ajalcriña, R. (2010). *Derecho Alimentario*. Lima, Perú: Fecat
- Torres, A. (2002). *Código Civil*. Lima, Perú: Idemsa
- Varsi, E. (2010). *Filiación Extramatrimonial*, Lima, Perú: Juristas Editores
- Varsi, E. (1999). *Filiación Derecho y Genética*, Lima, Perú: Fondo de Desarrollo Editorial
- Zumaeta, M. (2015). *Derecho procesal civil*. Lima, Perú: Juristas editores

CUERPOS NORMATIVOS CONSULTADOS

Código de los Niños y adolescentes, aprobado por la Ley N° 27337.

Convención sobre los derechos del niño, 20 de noviembre de 1989, UNICEF.

Código Civil aprobado por D.L. N° 295, 14 de noviembre de 1984

PAGINAS WEB CONSULTADAS

<http://www.slideshare.net/Maxgutierrez/hijos-alimentistas-max-gutierrez-condori?>

<http://www.derechoshumanos.net/> 2012

<http://www.mimp.gob.pe/> Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. Situación del Derecho Alimentario: Avances y Desafíos. Boletín Trimestral N° 3. Hagamos de la familia en mejor lugar para crecer. 23 de Octubre

<http://www.elblogsalmon.com/conceptos-de-economia/que-es-la-piramide-de-maslow>

www.unicef.org/peru/spanish/Recomendaciones_Derechos_del_Nino.do Convención de los Derechos del Niño

<http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/pdf/133.pdf> Defensoría del Pueblo

www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf Caso Atala Riffo

www.geocities.ws/dabogacia/derechoalaintimidad.doc

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>. Caso Magaly Medina y Nell Guerrero

<http://www.temas.cl/el-sentido-de-la-libertad-en-una-sociedad-libre/> Juan Pablo II

Revista Jurídica- Boletín Mexicano del Derecho Comparado
www.juridicas.unam.mx/publica/reu/boletin/cont/90/art6.html

Derecho a la Intimidad Personal y Familiar. Ketid-
temasderechos.blogspot.com/2011/12/derecho-laintimidad-personal-y-html

https://es.wikisource.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi:_Leyes_1_a_50,2013

iusconstifil.blogspot.com/2009/11/el-rol-del-juez-en-un-sistema.htm

<https://www.crin.org/es/biblioteca/publicaciones/principios-rectores-de-la-convencion->

www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

[www.elblogsalmon.com/economistas-notables/economistas-notables-john-stuart-mill-2,](http://www.elblogsalmon.com/economistas-notables/economistas-notables-john-stuart-mill-2)

APENDICE A

LAS DEMANDAS QUE SE DECLARARON FUNDADAS E INFUNDADAS PORLOS MEDIOS
DE PRUEBAEN LOS PROCESOS DEL HIJO ALIMENTISTA

N°	EXPEDIENTE	MATERIA	ESTADO
1	864-98	ALIMENTOS	FUNDADA
2	829-2002	ALIMENTOS	FUNDADA
3	1797-85	ALIMENTOS	INFUNDADA
4	1037-97	ALIMENTOS	INFUNDADA
5	957-98	ALIMENTOS	INFUNDADA
6	3446-96	ALIMENTOS	FUNDADA
7	697-97	ALIMENTOS	FUNDADA
8	495.98	ALIMENTOS	FUNDADA
9	707-2004	ALIMENTOS	FUNDADA