

Cuando la identidad de la infancia se encuentra sujeta al pago de la prueba genética. El valor de los apercibimientos previos, claros y sencillos en los procesos de filiación de paternidad extramatrimonial

The prior DNA paternity testing to determinate the identity of the child. The importance of the order of filiation in the Judicial Determination of Out-of-Wedlock Paternity: prior, clear and simple



HUGO RIMACHI HUARIPAUCAR

Segundo Juzgado Especializado de Familia de Tarapoto
(Tarapoto, Perú)

Contacto: hrimachi@pj.gob.pe

<http://orcid.org/0000-0002-4962-336X>

RESUMEN

Con las sucesivas reformas legislativas que regulan el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial, lo que se ha generado es que ante la interposición de la demanda, la única defensa

del supuesto padre demandado es oponerse al mandato de paternidad sometiéndose a la prueba de ADN en el plazo de diez días siguientes de notificado válidamente y pagando su costo ante un laboratorio. De lo contrario, sin más trámite, se declarará su paternidad respecto al niño, niña o adolescente de quien se alega su paternidad. Esta fórmula legislativa, en el caso de aquellos padres que a sabiendas de su paternidad no han reconocido a sus hijos en forma voluntaria y dejan pasar los plazos, operará perfectamente. Sin embargo, en esta investigación se analiza en los supuestos en donde los demandados habiéndose opuesto a la declaración de paternidad no efectivizan las gestiones necesarias para la obtención de la prueba biológica, como por ejemplo la falta de pago de la prueba en el plazo previsto, o habiendo pagado la inicial no pagan el saldo de esta cuando se trata de un pago fraccionado; o, no obstante al inicial compromiso de pago, solicitan contrariamente que se les otorgue el auxilio judicial; entre otros supuestos que muchas veces la norma antes referida no regula expresamente. En muchos de los casos simplemente ha generado que los operadores de justicia opten por soluciones rápidas en desmedro de algunos de los justiciables, como en el caso de que se opte por una solución rápida para declararse inmediatamente la paternidad del demandado sin agotarse en lo posible la realización de la prueba biológica. O también que se opte por un tratamiento lento que priorice los intereses económicos del demandado en desmedro de la tutela urgente, cuando se trata del derecho a la identidad de la infancia que se encuentra en situación de vulnerabilidad.

Por todo lo anterior, y sobre la base de esta problemática, considero que es necesario implementar criterios jurisprudenciales para agotar en lo posible los apercibimientos previos, claros, precisos y sencillos para que se haga efectiva la prueba biológica; o, de lo contrario, ante lo reiterado en la conducta omisiva de los

demandados, hacer efectivo el apercibimiento de declararse su paternidad, lo que sin duda nos otorgará la seguridad jurídica en función de un derecho tan trascendente como la identidad mediante los resultados de la prueba o en su defecto en función de la conducta procesal reiterada del supuesto padre.

Palabras clave: derecho a la identidad, infancia, sector vulnerable, paternidad responsable, prueba biológica de ADN, oposición, apercibimientos, principio del interés superior del niño, seguridad jurídica.

ABSTRACT

This study analyzes some cases when the defendant is obligated to realize the DNA paternity testing into the context to determinate the identity of the child into judicial process.

The different legal reforms in the Extramarital Paternity Judicial Filiation Process have created changes in compliance with the law: now, once again, the plaintiff filed the lawsuit and notified him, ten days later, the DNA test will be paid and performed by the accused. Only this test serves to determine his innocence: if he did not take the test, the court will declare paternity.

However, despite the legal reforms mentioned the problem respect to determinate the paternity persists: opposing the declaration of paternity is insufficient. Cases in which the accused does not take the necessary steps to obtain the biological evidence are analyzed. For example, the failure to pay for the test within the expected period: partial payment when it is a fractional payment or when the defendant reclaims legal aid, and another cases. In other cases, Legal Practices use quick fixes or delay Legal Instruments. In both cases, they created injustice for the accused and did not protect the Child's right to Identity.

Consequently, I believe that it is necessary to create Jurisprudential Precedents that limit this new Legal Design and its Legal Practices. Additionally, it is important to redesign this legal performance to obtain the Biological Test.

Key words: right of identity, biological test, DNA paternity testing, legal certainty.

Recibido: **09/03/2020** Aceptado: **03/05/2020**

1. INTRODUCCIÓN

Buscando favorecer el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes, fundamentalmente a que el progenitor les reconozca su relación filial y asuma sus obligaciones paterno-filiales dentro de una unión en la cual no existe un vínculo matrimonial entre los progenitores, el legislador peruano ha creído conveniente formular el proceso especial de filiación de paternidad extramatrimonial y sus sucesivas modificatorias, entre ellas la Ley n.º 30628, Ley que modifica el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

Así, entre los cambios hechos, encontramos el redactado en el punto al artículo 2 de la Ley n.º 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, y que establece en adelante: «Si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprograma la toma de muestras dentro de los diez días siguientes. Vencido dicho plazo se declara la paternidad».

Si se efectiviza la prueba biológica mediante el pago de la prueba, se podrá establecer la verdadera identidad del niño con el supuesto padre demandado, con el nivel de eficacia científica que nos ofrece este tipo de pruebas. En caso contrario, se tendrá que activar la sanción procesal y se establecerá legal y judicialmente la identidad del infante, aun contra la actitud renuente del emplazado, con su inacción ante la falta de pago de la prueba, ya sea por falta de dinero

para el pago al laboratorio o por su mera voluntad o desinterés. Se dejará en el aire, así, el fin principal que persigue un proceso de filiación: determinar biológicamente la paternidad, convirtiéndose en una afectación no solo respecto al derecho a la verdadera identidad biológica del niño, niña o adolescente, sino también a la cobertura de sus necesidades básicas durante su crecimiento, y sobre todo el desarrollo de su personalidad como ser humano y su proyecto de vida. Estos últimos se desprenden de su verdadera identidad biológica, con la consecuente inseguridad jurídica para los justiciables y para la administración de justicia ante un derecho fundamental de enorme trascendencia para la vida humana.

Ante esta situación, tan delicada, referida al incumplimiento en el pago de la prueba biológica, los operadores de justicia optan por soluciones rápidas en desmedro de algunos de los justiciables, como declarar inmediatamente la paternidad del demandado sin agotarse en lo posible la realización de la prueba biológica o también optar por un tratamiento lento que priorice los intereses económicos del demandado en desmedro de la tutela urgente, tratándose del derecho a la identidad muchas veces de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

En ese sentido, conforme se ha evidenciado desde la práctica judicial, los jueces han hecho uso de los apercibimientos previos y expresos, dentro de su rol de dirección del proceso, para hacer operativa esta norma en función de los fines de este tipo de procesos. Con ello se busca en lo posible la verdad biológica; o resolver con la evidente actitud obstruccionista de los demandados; o, contrariamente, ante la inicial negativa para el pago, se está declarando la paternidad de plano, sin haberse agotado por lo menos algún tipo de advertencia previa al demandado. De este modo se le priva de la oportunidad de llegar a la verdad biológica de dicha paternidad, situación que en determinados casos puede ser contraproducente para los verdaderos fines del proceso y la

seguridad jurídica en los justiciables. Este es el motivo principal por el que presento esta investigación en materia de derecho de familia el cual, su vez, me permite reflexionar sobre esta problemática y buscar algunas alternativas de solución dentro de lo razonable y prudente. Desde nuestra experiencia, se ha evidenciado la existencia de numerosos recursos impugnatorios presentados por los demandados en contra de la sentencia que declara su paternidad, en los que reclaman el hecho de que no se les haya permitido buscar la verdad biológica en primera instancia pese a sus dificultades económicas o que simplemente desconocían o no estaban informados de las reales consecuencias de su actuar omisivo. Ello motivaba, además, que muchos demandados acudieran a la impugnación de paternidad en un proceso de conocimiento o que acudieran a la vía constitucional mediante el proceso de amparo, denunciando supuestamente la violación al debido proceso y al derecho a la identidad biológica.

2. ALCANCES SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL PROCESO DE DECLARACIÓN DE FILIACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

El proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial encuentra su fundamento en la vulneración al derecho a la identidad, a causa de la falta de voluntad de un padre para reconocer legalmente a su hijo, ya sea por dudar del parentesco con el menor o por motivaciones morales o sociales. Esta indisposición del padre se presenta como un obstáculo para que el niño o adolescente ejercite el contenido de su derecho a la identidad.

El derecho a la identidad está consagrado en instrumentos jurídicos supranacionales, a los cuales nos encontramos adheridos, como la Convención Americana de los Derechos Humanos (1989), que en su artículo 18 señala: «Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos.

La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario»; y dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Perú, menciona: «Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad, moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar».

Puesto que el derecho a la identidad es un derecho fundamental que presupone el desarrollo de la personalidad del individuo, que además es un derecho humano inherente a la persona y que hace posible que el ser humano sea reconocido en su existencia individual, familiar y social, ha de exigirse al Estado hacer uso de instrumentos legales, materiales y cuantos sean necesarios, para hacer posible su ejercicio y el disfrute de los atributos y beneficios que se coligen de él.

Antes, cabe definir a qué nos referimos con el derecho a la identidad dentro de un proceso judicial de filiación extramatrimonial y de qué manera las leyes peruanas configuran su ejercicio a favor de los niños y las niñas, sin excepción alguna, dentro de los límites del poder que detenta el aparato estatal a través de sus organismos e instituciones.

Fernández Sessarego (1992), sobre el derecho a la identidad, nos indica que constituye «el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad»; se presenta bajo dos aspectos:

uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarias) y un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se explye en el mundo de la intersubjetividad (pp. 113-114).

Así, en el sentido material del derecho a la identidad, encontramos el derecho al nombre y apellidos, la herencia genética y la nacionalidad como una manera de identificarnos frente al resto de la sociedad desde el nacimiento hasta la muerte, que incluso ha llegado a establecerse expresamente en el artículo 19 del Código Civil Peruano¹.

Así, a lo fijado por la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 7, inciso 1: «El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos», el Código de los Niños y los Adolescentes en el Perú regula en su artículo 6: «El niño y el adolescente tiene derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos».

La partida o acta de nacimiento es el primer documento de identificación con el que contará la persona humana y donde se asentará el «nombre», el cual comprende el nombre de pila y el nombre patronímico. Este último se obtiene de la unión de los primeros apellidos de cada uno de nuestros padres. De manera que se llega a concebir a este documento como el medio por el cual se manifiesta el derecho al nombre, el mismo que forma parte del derecho a la identidad de un menor, y por el que se establece la relación filial.

Esta situación nos lleva a inferir que el contenido del derecho a una identidad, en su aspecto material, se verá satisfecho cuando los apellidos que acompañan al nombre del menor asentado en el acta o partida de nacimiento, correspondan a sus verdaderos progenitores, es decir, el apellido acuñado al menor está compuesto por quienes mediante una unión sexual le dieron vida.

1 Artículo 19.- Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos.

En ese sentido, el compromiso asumido por nuestro país para su reconocimiento ahonda cuando del derecho a la identidad de un menor de edad tratamos, cuando es un infante que a los pocos meses de haber empezado a vivir no cuenta con el reconocimiento explícito de quien figura como su progenitor en el acta de nacimiento suscrita por la madre ante el registrador público; pues es deber del Estado peruano proteger especialmente al menor, como se anota en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.

Ante estas circunstancias desfavorables para el niño o la niña, ha sido instaurado el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial. En este, la madre demandante, como representante legal y con legítimo interés, solicita al juzgador que se declare la relación filial existente entre el padre demandado y el menor, porque si bien el menor lleva el apellido de quien figura como su progenitor en el acta o partida de nacimiento, no se registra la firma del padre como señal de reconocimiento del menor como su hijo.

Dado el estado de vulnerabilidad del niño o la niña, quien se encuentra aún en etapa de crecimiento, y la necesidad de este para alcanzar los beneficios y atribuciones que surgen de la declaración de paternidad, el legislador, con el pasar del tiempo, ha dotado al proceso judicial de ciertas características particulares para su trámite a fin de favorecer al infante.

Entre lo más resaltante, sustantivamente hablando, tenemos que con la modificación hecha con la Ley n.º 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, publicada el 8 de enero de 2005, se reguló un nuevo supuesto para determinar la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial: la falta de contestación de la demanda filiatoria (oposición) o la negativa a realizarse la prueba de ADN pese a ser presentada en su escrito de oposición; el pago de la prueba científica estaba a cargo del demandante. Más adelante, con la modificatoria hecha por la Ley n.º 29715 —Ley que modifica el artículo 2 de la Ley n.º 28457—,

con fecha 21 de julio de 2011, se invierte la carga de la prueba a costa del demandado, pues ahora será el demandado quien asuma el pago de la prueba biológica del ADN, y ante la falta de pago a los diez siguientes días de presentada la oposición, se declarará improcedente y se convierte el mandato en declaración judicial de paternidad. Finalmente, con la última modificación publicada con fecha 3 de agosto de 2017, mediante la Ley n.º 30628, Ley que modifica el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, se otorga al demandado una prórroga de diez días más a la fecha de la audiencia para efectuar el pago de la prueba biológica de ADN y para que se realice la toma de muestras por el laboratorio, pues vencido dicho plazo se declara la paternidad.

En tal sentido, no solo la ausencia de oposición luego de una notificación válida, sino que, además, la falta del pago de la prueba de biológica del ADN por el demandado, traerá como consecuencia que el juzgador declare la paternidad del demandado respecto del menor. Esto quiere decir que por falta del pago de la prueba genética a pesar de la prórroga otorgada por ley, el demandado será declarado como padre del menor, sin mediar prueba objetiva o con la imposibilidad de introducir alguna otra.

3. LA PROBLEMÁTICA EN ESTE TIPO DE PROCESOS ANTE LA FALTA DE PAGO Y DECISIONES DISPARES

Es así que, sobre la base de nuestra experiencia judicial en los procesos de declaración judicial de filiación extramatrimonial, en segunda instancia, en el Segundo Juzgado Especializado de Familia de la ciudad de Tarapoto, bajo una pequeña muestra de dos expedientes, se ha de demostrar que las intenciones legislativas de buscar la verdadera identidad biológica no han sido fructíferas. Por ello, ante el incumplimiento del pago de la prueba de ADN, el órgano revisor opta por soluciones distintas en función de los apercibimientos efectuados al demandado o su ausencia; así tenemos:

- Expediente n.º 00987-2017-0-2208-JP-FC-02. Juzgado de origen: Segundo Juzgado de Paz Letrado de Tarapoto. Sentencia del JPL: declarar fundada la demanda de filiación judicial extramatrimonial, declarándose la paternidad del demandado y fundada en parte la demanda de alimentos materia de la apelación. No se puede vulnerar su derecho a la defensa por el simple hecho de que no tuvo el dinero suficiente para costear la prueba de ADN, pese a haberse opuesto (por el demandado). Sentencia de vista: confirmar la sentencia de fecha 30 de abril de 2018, declarándose la paternidad del demandado. Fundamento: revisados los autos, se observa que el *a quo* ha requerido en dos oportunidades que se cumpla con el pago del costo de la prueba de ADN, habiéndose realizado el pago del ADN posterior a la emisión de la sentencia.
- Expediente n.º 00547-2017-0-2208-JP-FC-02. Juzgado de origen: Primer Juzgado de Paz Letrado de Tarapoto. Sentencia del JPL: declarar fundada la demanda de filiación judicial extramatrimonial, declarándose la paternidad del demandado y fundada en parte la demanda de alimentos materia de la apelación. Una interpretación equivocada de la norma y afectación al debido proceso, pues no resulta suficiente interponer una demanda para declarar la paternidad sin que intervenga medio probatorio alguno que lo acredite, pues contrariamente la declaración de paternidad sería producto de la negativa del emplazado o la no contradicción por falta de recursos económicos (por el demandado). Sentencia de vista: nula la sentencia de fecha 17 de agosto de 2018, disponiéndose expedir nueva resolución. Fundamento: revisados los autos, se advierte que no existe apercibimiento alguno para el demandado en caso de incumplimiento en el pago del costo de la prueba de ADN, no resulta razonable hacerse efectivo, pues no se agotaron los instrumentos legales pertinentes.

Como se anota, en el primer expediente encontramos que el juzgador utilizó el apercibimiento en más de una ocasión. Es conveniente aplicar la presunción, pues se hizo de su conocimiento a través de una notificación válida las consecuencias que acarrearía el impago de la prueba biológica. En el segundo expediente, el *ad quem* verifica que no se agotó el apercibimiento para que el demandado realice el pago de la prueba biológica. Esto no es coherente con el uso de la sanción procesal de la presunción para declarar la relación filial.

| Procesos de filiación judicial de paternidad en el Segundo Juzgado Especializado de Familia de Tarapoto | | | |
|--|--|-------------------------|--------------------|
| N.º de expediente | Juzgado de origen | Causa de la apelación | |
| | | Falta de apercibimiento | Con apercibimiento |
| 00987-2017-0-220-JP-FC.02 | Segundo Juzgado de Paz Letrado de Tarapoto | | X |
| 00547-2017-0-2208-JP-FC-02 | Primer Juzgado de Paz Letrado de Tarapoto | X | |

Si bien la interposición del recurso de apelación por las partes tiene que ver con la sanción procesal de la presunción de la relación filial a causa del impago de la prueba biológica del ADN por el demandado, como se muestra en el cuadro de resumen; con estos ejemplos, podemos inferir también que la ausencia de la prueba biológica del ADN como única prueba de la relación filial, no es una solución eficaz si el juzgador no agota el apercibimiento para procurar en el demandado el pago de la prueba biológica.

Más aun, los efectos de no tener una decisión uniforme sobre el uso del apercibimiento en un proceso de declaración judicial de filiación extramatrimonial, traerán consigo una serie de dilemas y

contradicciones, como una sobrecarga procesal con la interposición de las apelaciones, la afectación al interés superior del niño, al derecho a la identidad del menor, y más específicamente el derecho a la verdad biológica. Escenarios que el órgano jurisdiccional puede evitar aplicando las atribuciones que la ley le otorga.

Teniendo en consideración que el derecho a la verdad biológica es un componente del derecho a la identidad, por el cual se nos permite conocer nuestro origen e identidad filiatoria, es decir, por un extremo, la verdad biológica permite que todo individuo conozca quiénes lo procrearon; por el otro extremo, se crea una relación que vincula a los padres y los hijos ante la sociedad y de la cual derivan consecuencias jurídicas entre ambos. Por ello, la afectación al derecho a la verdad biológica creará en el menor una identidad estática que no es la correspondiente con los autores del hecho biológico que le dio vida, y que traspasa a recrear una identidad dinámica falsa, que será alterada si llega a conocer más adelante la verdad biológica.

Por otro lado, bajo la premisa del interés superior del niño, recogida en el párrafo 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y el artículo IX del título preliminar del vigente Código de los Niños y Adolescentes, ha de entenderse, en palabras de Robert Alexy, que como todo principio resulta ser un mandato de optimización de la protección de los derechos del niño. Bajo este razonamiento, es inaceptable que el Estado, buscando hacer efectivo el derecho a la identidad del menor y pretendiendo asegurarle bienestar durante su desarrollo a través de las obligaciones que surgen de declararse la relación filial, menoscabe el derecho a la verdad biológica con la imposición de una sanción procesal al no interponerse oposición por parte del demandado y, particularmente, al aplicar la presunción de la paternidad del demandado por no haber realizado el pago de la prueba científica del ADN; lo

acorde al rol tuitivo del Estado es procurar en el demandado una actitud proactiva para la búsqueda de la verdad, que solo se verá reflejada con el pago de la prueba científica del ADN.

Dentro de algunas opiniones, podrá verse como una situación diferenciada entre hombres y mujeres, lo cual no resulta del todo cierta, si tenemos en cuenta que es la mujer quien en la mayoría de casos es la única que responde por el cuidado del menor por su condición biológica de llevar en sí el embarazo. En vista de esta situación, se ha regulado también la devolución del importe por el pago de la prueba científica por parte de la demandante en caso de ser negativo el resultado. Es más, con la última modificatoria, se abre la posibilidad de que la parte demandante (la madre) asuma anticipadamente el pago de la prueba científica del ADN, con cargo a ser devuelta por el demandado de ser positivo el resultado.

Y con relación a la sobrecarga procesal, esta se verá originada por no tener un criterio uniforme por el uso de los apercibimientos, ya que las partes harán uso de los recursos impugnatorios para dejar sin efecto la sentencia, y elevarla al superior jerárquico con el objetivo de conseguir un criterio distinto a su favor, recreando una circunstancia donde el derecho a la identidad del niño y las consecuencias jurídicas que resultan de declarar la relación filial, se encuentran afectadas por quien busca protegerlo (el Estado).

Esto lleva al órgano jurisdiccional a formular una nueva práctica judicial a fin de dar una verdadera solución a este escenario de incertidumbre, por lo que a través de la práctica judicial se puede reunir en «un apercibimiento claro, sencillo y reiterado conteniendo las consecuencias de no hacer efectivo el pago junto a la mención de asumir las obligaciones jurídicas de ser declarado como padre».

Es así que para el órgano jurisdiccional, al formular una nueva práctica con el fin de dar una verdadera solución a este escenario de incertidumbre, ha de ser conveniente el uso de «un apercibimiento

claro, sencillo y reiterado conteniendo las consecuencias de no hacer efectivo el pago junto a la mención de asumir las obligaciones jurídicas de ser declarado como padre», como una herramienta que permita al juez procurar en el demandado una actitud colaboradora con el pago de la prueba genética del ADN para encontrar la verdad y de acuerdo con los resultados, declarar la filiación entre el demandado y el menor.

En el derecho procesal, según Cabanellas (2013), el apercibimiento es un requerimiento hecho por el juez para que uno ejecute lo que le manda o tiene mandado, o para que proceda como debe conminándole con multa, pena o castigo si no lo hiciere. En esos términos, la comunicación emitida por el juzgador además advierte de las consecuencias ante el incumplimiento de lo ordenado.

Traído este concepto al proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial con la Ley n.º 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, y sus respectivas modificatorias, si bien no hacen referencia expresa a la forma en que se debe aplicar el apercibimiento al demandado al no presentar oposición al mandato judicial o al no realizar el pago de la prueba genética del ADN, incluso ante una prórroga de diez días a la fecha de la audiencia para la extracción de las muestras biológicas; la redacción del apercibimiento debe ser: a) clara, al señalar con simples palabras lo que debe obligarse a hacer y qué sucedería de no llegar a hacerlo; b) sencilla, con un texto no más extenso del necesario para comprender tanto la orden del juez y las consecuencias inmediatas y mediatas que generarían no cumplirla; y c) reiterada, no solo con la resolución que da a conocer la admisión de la demanda, sino que además, ante el vencimiento del plazo, se deberá realizar un segundo apercibimiento.

4. LA NECESIDAD DEL USO DE LOS APERCIBIMIENTOS PREVIOS Y CLAROS

El apercibimiento:

es una intimación judicial por la que se hace saber al destinatario las consecuencias que se derivarían de su negativa a cumplir, por lo que también comporta un incentivo para hacerlo; por otro lado, ese conocimiento de las eventuales consecuencias jurídicas garantiza que, posteriormente, se puedan aplicar directamente los apremios correspondientes sin que el requerido pueda alegar desconocimiento de las mismas. La regla general es que las intimaciones judiciales contengan un apercibimiento concreto de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse del incumplimiento del destinatario, como un requisito de eficacia de la intimación; dichos efectos deben ser concretos y específicos, no basta una cláusula general que anuncie los apremios de ley, lo cual sería insuficiente e ineficaz, sino que es necesario que se enuncien taxativamente (Ruiz, 2011, p. 327).

La Ley n.º 28457 y sus sucesivas modificatorias no hacen referencia expresamente a la aplicación judicial y práctica de los apercibimientos previos a los supuestos padres hasta antes de declararse su paternidad. Sin embargo, de manera implícita hace referencia a las consecuencias que generaría el hecho, por ejemplo, de no oponerse al mandato de paternidad extramatrimonial en el plazo de diez días de notificado válidamente. Así, nos indica que el juez, sin más trámite, dictará sentencia pronunciándose por la paternidad del demandado y de ser el caso pronunciándose además sobre la pretensión de alimentos; que la oposición presentada oportunamente no generará declaración judicial de paternidad siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica de ADN; o que si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprogramará la toma de muestras dentro de los diez días siguientes, y si vencido dicho plazo no cumple con pagar el costo de la prueba, se declarará su paternidad.

En la práctica estas consecuencias legales en caso de no efectuarse la oposición en el plazo de ley, la falta de sometimiento a la prueba de ADN o la falta de pago del costo de la prueba, han sido asumidas por los órganos jurisdiccionales en la primera resolución que admite la demanda y dicta en simultáneo el mandato de paternidad. Se advierte al demandado, por ejemplo, en el Expediente n.º 566-2018, sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial y alimentos, tramitado ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Tarapoto:

CÓRRASE TRASLADO al demandado don [...], por el plazo de DIEZ DÍAS, bajo apercibimiento de convertirse el presente mandato en Declaración Judicial de Paternidad, a quien se le previene, que en caso de oposición, se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, así como el pago de la misma. Si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprograma la toma de muestras dentro de los diez días siguientes. Vencido dicho plazo se declara la paternidad.

O también como en el Expediente n.º 235-2017, sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial y alimentos, tramitado ante el Juzgado de Paz Letrado de Lamas con el tenor:

DECLÁRESE la paternidad del demandado [...] respecto del menor [...], emplazándose al referido demandado con la declaración que antecede por el plazo de DIEZ DÍAS, desde la notificación de la presente resolución, término durante el cual podrá ejercer su derecho de OPOSICIÓN, conforme a lo previsto por el artículo 2 de la Ley número 28457, modificada por la Ley 30628, en cuyo caso debe obligarse a realizarse la prueba biológica del ADN, indicar el laboratorio que practicará la pericia y asumir el costo de la misma; tomándose muestras del padre, la madre y el presunto hijo, asimismo, se advierte al demandado, que si no formula oposición dentro de los diez días de notificado válidamente con la presente

demanda, en estricta aplicación de lo dispuesto en la glosada ley, el presente mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad a favor del menor [...].

Ahora bien, así redactadas las consecuencias legales en la misma primera resolución que se notifica personalmente al demandado, no logra ser del todo entendible para un demandado ciudadano de a pie; tanto más que muchas veces sus respectivos abogados, quienes reciben las posteriores notificaciones, no cumplen su delicada labor de informarles con la simplicidad que el caso amerita y la previsión prudente de las consecuencias que tiene el obrar u omitir en uno u otro sentido. Incluso en la práctica judicial se han evidenciado casos en donde en lugar de presentar una oposición al mandato de paternidad, se han presentado contestaciones a la demanda sobre la base únicamente de fundamentos de hecho sin el compromiso de someterse a la prueba de ADN; o al poder efectuar una propuesta de pago del costo de la prueba de ADN, han presentado solicitudes de auxilio judicial que al fin y al cabo han resultado infructuosas, habiendo efectuado los pagos del costo de la prueba fuera del plazo legal, inclusive ya una vez declarada su paternidad mediante sentencia, sin que el demandado haya tomado conocimiento oportuno de que si obraba o no obraba en determinado sentido podía ser declarado padre sin que se haya agotado la prueba biológica.

En ese sentido, considero de vital importancia la aplicación previa, simple y clara de los apercibimientos en función de cada supuesto de incumplimiento del presunto padre respecto a lo que tiene que hacer en el proceso. No solo deben limitarse a la expedición mecánica de una resolución, con las advertencias técnicas que en ella se indican, y en forma automática declararse la paternidad sin haberse agotado algún apercibimiento adicional para que se haga posible la actuación de la prueba biológica; o, en su defecto, declararse su paternidad sabiéndose que sí hizo las

advertencias necesarias al demandado; más aún tratándose de un asunto de enorme trascendencia para sus vidas. De lo contrario, las decisiones adoptadas estarán revestidas de una injusticia terrible que los marcará por el resto de sus vidas.

Al respecto, en atención a esta situación que muchas veces se presenta en segunda instancia, se ha tenido la oportunidad de revisar sentencias de declaración de paternidad extramatrimonial, en donde aquellas que no han merecido algún tipo de apercibimiento previo y claro al demandado o que simplemente no se ha podido agotar la actuación de la prueba biológica por falta de pago, han motivado la mayor cantidad de apelaciones por parte de los demandados. Estos han denunciado la poca claridad en las consecuencias de la falta de pago e inclusive demuestran su compromiso de someterse a la prueba de ADN acreditando el pago correspondiente en segunda instancia. Situación que se hubiera podido evitar con un adecuado tratamiento tuitivo y a la vez razonable del conflicto desde la primera instancia, en aras de buscar la solución efectiva al conflicto. Este tratamiento también facilita en gran medida la resolución de estos casos en segunda instancia, en donde se podrá verificar en mayor medida la conducta procesal en este caso del demandado.

5. URGE UN TRATAMIENTO TUITIVO Y A LA VEZ PRUDENTE Y RAZONABLE EN ESTE TIPO DE CASOS

Dentro de mi experiencia judicial, he tenido la oportunidad de revisar un caso de filiación extramatrimonial en el cual con la sola advertencia en el mandato de paternidad de que el demandado se someta a la prueba de ADN y pague el costo de dicha prueba, y no obstante a la oposición de este refiriendo no haber tenido relaciones sexuales con la demandante, se declaró su paternidad con el único sustento de que al oponerse no se había obligado a someterse a la prueba de ADN. En su recurso de apelación, el demandado, a la par de alegar los vicios de motivación, ha

referido que se le declaró padre sin haberle siquiera indicado las alternativas para la realización, fecha y lugar o monto que debería abonar, situación que le ha generado una incertidumbre jurídica. Al resolverse la apelación la jueza de segunda instancia declaró nula la sentencia no solamente en atención a sus defectos de motivación; sino en atención a la finalidad tuitiva de la norma, los derechos en juego, la flexibilización de las normas procesales, el derecho a la identidad y el interés superior del niño. Se ordenó que el juez de primera instancia adopte las medidas pertinentes para que la diligencia de toma de muestras no se vea frustrada. Le hizo saber al demandado, además, que en caso no cumpla con someterse a la prueba indicada u obstruya de alguna manera su realización, esta deberá hacerse bajo su costo, e inmediatamente se procederá a la declaración judicial de paternidad. Luego de lo cual se obtuvo el resultado negativo de la paternidad biológica del demandado respecto al niño de quien se le atribuía la paternidad, y se declaró fundada la oposición e infundada la demanda de alimentos.

Como podrá apreciarse, la fórmula adoptada en un inicio ante el juzgado de primera instancia no fue la más conveniente, pues se realizó mediante una aplicación mecánica y al pie de la letra de la norma procesal, por el simple hecho de que el demandado no indicó en la oposición su compromiso de someterse a la prueba de ADN y pagar su costo. El juez pudo ejercitar las facultades que le asisten en su condición de director del proceso, en función de los fines de este tipo de procesos y facilitar la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva en juego. Imaginemos qué gran injusticia hubiese sido para el demandado y el niño objeto de tutela asumir una paternidad que no les corresponde e incluso una pensión alimenticia.

En ese sentido, considero oportuno citar la 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, Cas. n.º 4664-2010-Puno, en donde se estableció en el precedente judicial vinculante que:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, **el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar** [negritas añadidas], derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y Social de Derecho (Poder Judicial, 2010, p. 29).

Asimismo, al abarcar la función tuitiva del juez en este tipo de procesos se nos indica en el decimoprimer fundamento de dicha casación:

11. El derecho procesal de familia se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al juez una conducta conciliadora y sensible, **que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas** [negritas añadidas], reservando la confrontación como última ratio (Poder Judicial, 2010, pp. 189-190).

Concluye en su decimosegundo fundamento, párrafo segundo:

En consecuencia, la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a

aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, **el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos** [negritas añadidas] (Poder Judicial, 2010, p. 190).

Finalmente, esta adecuación de la actuación tuitiva del juez en función de la naturaleza de los derechos en juego, mediante apercibimientos previos, a fin de procurarse la actuación de la prueba biológica de ADN. O, en su defecto, mediante la decisión basada en la claridad de la advertencia al demandado, y su negativa evidente a someterse a la prueba y su pago correspondiente, deberá también estar revestida de la suficiente claridad y precisión en la comunicación al supuesto padre, para que sean entendidos por cualquier persona de la manera más sencilla y directa posible; la misma que también está relacionada con el entendimiento de su contraparte, vale decir, de la parte demandante, que muchas veces se encuentra en situación de vulnerabilidad.

Para ello debe tenerse en cuenta la regla n.º 58 de las 100 Reglas de Brasilia, referida al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, para quienes ni siquiera les es exigible la participación de un abogado defensor. En dicha regla, referida a la comprensión de actuaciones judiciales, se dice que: «Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que esta pueda comprender su alcance y significado». En tanto que en la regla n.º 59, referida a las notificaciones y requerimientos, se recuerda que:

[...] se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas.

Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias.

Por lo que considero que el camino a la aplicación práctica de los apercibimientos previos, claros, simples y precisos, en función de la adecuación de cada conducta procesal exigible a los justiciables, en este tipo de procesos, se encuentra expedita no solamente de acuerdo con la naturaleza y fines de este tipo de procesos, sino también con criterios de razonabilidad y prudencia, a efectos de lograr decisiones justas que nos otorguen seguridad jurídica. Decirle, por ejemplo, al demandado, ya sea en forma verbal o escrita: «Sr. demandado, se le advierte por última vez que debe pagar el costo de la prueba que asciende a la suma de S/ 1750.00 soles hasta el día tal, de lo contrario nuestro juzgado expedirá sentencia estableciendo su paternidad respecto al niño tal», ayudará significativamente en la comprensión del mandato judicial y de las consecuencias de obrar o no obrar en determinado sentido. Una simple comunicación como esta, desprovista de tantos tecnicismos, nos ayudará a resolver con más seguridad este tipo de procesos que van de la mano también con el ejercicio responsable de una paternidad responsable, tan venida a menos en estos tiempos.

6. CONCLUSIONES

1. Las normas referidas a la determinación de la identidad de las personas, especialmente aquellas relacionadas con los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentran en situación de vulnerabilidad, en donde no media una relación matrimonial entre sus progenitores, son recogidas en el denominado proceso especial de filiación de paternidad extramatrimonial. Mediante este se da una trascendental importancia a la efectivización de la prueba biológica de ADN, para lo cual está previsto que el

demandado, supuesto padre, asuma su pago, y se tiene como consecuencia de la falta de pago, su declaración de paternidad.

2. En el caso de la falta de pago por motivos diversos, urge que la administración de justicia asuma un rol tuitivo, prudente y razonable, mediante el uso de apercibimientos previos, claros, precisos, sencillos. Y, de ser el caso, en forma reiterada en un plazo razonable dirigido a los demandados para el cumplimiento del pago, a fin de que agote en lo posible la realización de la prueba biológica y en su defecto se pueda resolver en función de una conducta omisiva manifiesta e informada del demandado, declarándose su paternidad. Ello nos otorgará mayores garantías de seguridad jurídica tanto para los justiciables y también la solución justa a este tipo de conflictos por parte de la administración de justicia, apelándose, claro está, a esta clase de mecanismos que no son recogidos en el texto expreso de las normas, pero que por el principio de flexibilización del proceso y la adecuación de los procesos a los fines del derecho material son perfectamente válidos.
3. Estos mecanismos de flexibilización, si son aplicados en primera instancia para determinar la paternidad de los demandados, nos permitirán resolver con mayor seguridad en segunda instancia, si se trata de apelaciones derivadas del incumplimiento en el pago de la prueba biológica. Se podrá verificar la conducta procesal asumida por los demandados, ya que se ha advertido, en muchos de ellos, iniciales compromisos de pago para luego alegar su imposibilidad maliciosa; o pedidos también maliciosos del auxilio judicial para no pagar la prueba, e inclusive compromisos de pago fraccionado que es necesario evaluar.

REFERENCIAS

- Cabanellas, G. (2013). *Diccionario jurídico elemental* (15.^a ed.). Lima: Heliasta.
- De la Fuente, R. (2017). Las nuevas modificaciones a la Ley de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. ¿Un retroceso en la investigación de la paternidad y en la protección al principio del interés superior del niño? *Gaceta Civil & Procesal Civil Registral/Notarial*, 51, 29-36. Recuperado de <https://hdl.handle.net/11042/3125>
- Fernández, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.
- Ninahumán, N. (2017). *Aplicación de los derechos constitucionales y su incidencia en el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial en la provincia de Ica*. Recuperado de https://upica.edu.pe/wp-content/uploads/2018/01/4.-03.-Investigaci%C3%B3n-Aplicaci_n_de_los_Derechos_Constitucionales-24-3.pdf
- Poder Judicial del Perú (2010). *Tercer Pleno Casatorio Civil*. Lima: Poder Judicial del Perú.
- Ramírez, B. (2018). ¿Yo soy tu padre?: reflexiones sobre la regulación actual de la paternidad extramatrimonial. *Persona y Familia. Revista del Instituto de Familia*, 1(7), 107-133. Recuperado de <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/1254/1201>
- Ruiz, M. C. (2011). *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*. Barcelona: Atelier.
- Wong, J. J. (2018). El derecho a la verdad biológica de los niños, comentario a la sentencia recaída en la Casación n.º 2245-2014-San Martín. En VV. AA. *Los procesos judiciales en el derecho de familia* (pp. 191-217). Lima: Instituto Pacífico.