

**UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN - TACNA**  
**Escuela de Posgrado**

**MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y VIOLACIÓN DEL  
DEBIDO PROCESO EN LOS JUZGADOS DE PAZ  
LETRADO DE LA PROVINCIA DE TACNA  
EN EL PERÍODO 2011 - 2014**

**TESIS**

**PRESENTADA POR:**

**MARITZA ELIZABETH GÓMEZ CUTIPA**

**Para optar el Grado Académico de:**

**MAESTRO EN CIENCIAS (*MAGISTER SCIENTIAE*) CON  
MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**TACNA - PERÚ**

**2019**

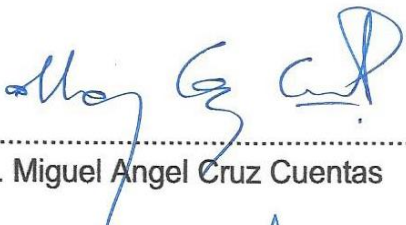
**UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN – TACNA**

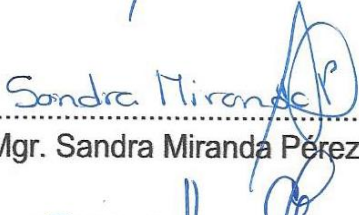
**Escuela de Posgrado**

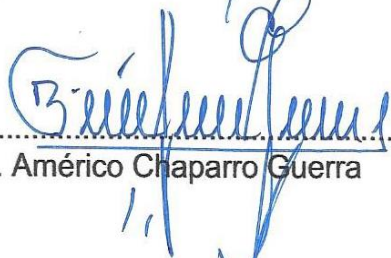
**MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**


**FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y VIOLACIÓN DEL DEBIDO  
PROCESO EN LOS JUZGADOS DE PAZ LETRADO DE LA  
PROVINCIA DE TACNA EN EL PERÍODO 2011-2014**

Tesis sustentada y aprobada el 05 de diciembre del 2017; estando el jurado calificador integrado por:

PRESIDENTE :   
.....  
Dr. Miguel Angel Cruz Cuentas

SECRETARIA :   
.....  
Mgr. Sandra Miranda Pérez

MIEMBRO :   
.....  
Dr. Américo Chaparro Guerra

ASESOR :   
.....  
Mgr. Luis Jorge Escalante Medina

## DEDICATORIA

*A mi madre, por su impulso al trabajo.*

*A mi padre, por su impulso al desarrollo académico.*

*A mi hermano, por enseñarme a desarrollar la lógica.*

*A mi hermana por enseñarme a desarrollar la paciencia.*

*A mi profesora Lucila Carpio Cornejo, por enseñarme las primeras letras,  
las mismas que hoy son pilar fundamental en mi desarrollo profesional.*

## **AGRADECIMIENTO**

*Mi especial reconocimiento a las autoridades de la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann de la ciudad de Tacna, quienes me brindaron esta oportunidad de promover mi desarrollo profesional.*

*Al asesor de este tema, por las orientaciones y apoyo brindado a lo largo de esta investigación.*

## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
DEDICATORIA .....	iii
AGRADECIMIENTO .....	iv
RESUMEN .....	x
ABSTRACT .....	xi
INTRODUCCIÓN .....	01
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1. Descripción de la realidad problemática.....	05
1.2. Definición del problema.....	08
1.2.1. Problema principal.....	08
1.2.2. Problemas secundarios .....	08
1.2.3. Interrogantes teóricas.....	08
1.2.4. Interrogantes empíricas.....	09
1.3. Delimitación de la investigación .....	10
1.4. Justificación, importancia y objetivos de la investigación .....	10
1.4.1. Justificación e importancia de la investigación .....	10
1.4.2. Objetivos generales y específicos .....	12
1.5. Limitación de la investigación.....	12

## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Constitución y debido proceso .....	13
2.1.1. Del carácter vinculante de la Constitución y el debido proceso.....	13
2.1.2. Del derecho al nombre como parte del derecho a la identidad .....	23
2.1.3. Tutela procesal efectiva y el debido proceso.....	28
2.1.4. Criterios para considerar que un proceso es debido .....	38
2.2. Del derecho a la defensa.....	41
2.2.1. Del derecho de defensa .....	41
2.2.2. Conceptos que comprenden el derecho de defensa .....	44
2.2.3. Derecho de defensa en la doctrina del Tribunal Constitucional.....	46
2.3. Del derecho a la prueba .....	49
2.3.1. De derecho a la prueba. Fines y carga de la prueba.....	49
2.3.2. De la actividad probatoria.....	52
2.3.3. La valuación de la prueba .....	54
2.3.4. De la prueba del ADN .....	57
2.4. De la filiación extramatrimonial.....	60
2.4.1. De la filiación extramatrimonial en el país .....	60
2.4.2. Del proceso de filiación extr. regulado en la Ley 28457 .....	71
2.4.3. La filiación extramatrimonial en la legislación extranjera.....	80

### CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo de investigación .....	105
3.2. Método de la investigación .....	105
3.3. Universo de la investigación y muestra .....	106
3.4. Técnicas de recolección .....	106
3.5. Procesamiento y análisis de datos .....	107

### CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Contrastación de hipótesis .....	109
4.1.1. Hipótesis general .....	109
4.1.2. Hipótesis secundarias .....	109
4.2. Variables e indicadores .....	110
4.3. Análisis, interpretación y evaluación de los resultados.....	111

CONCLUSIONES .....	158
--------------------	-----

RECOMENDACIONES .....	160
-----------------------	-----

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA .....	162
--------------------------------	-----

ANEXOS .....	167
--------------	-----

## ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1.	Clasificación de los hijos según el ordenamiento jurídico ...	112
Figura 2.	Consecuencias jurídicas .....	114
Figura 3.	Alcances de la ley 28457 .....	116
Figura 4.	Esta de acuerdo con la ley 28457 .....	117
Figura 5.	La ley citada permite un debido proceso .....	119
Figura 6.	La ley citada permite un debido proceso .....	121
Figura 7.	La ley citada permite el ejercicio efectivo del derecho a la prueba.....	123
Figura 8.	La ley citada facilita el reconocimiento de la paternidad .....	125
Figura 9.	La ley citada es inconstitucional.....	127
Figura 10.	Derechos que vulnera la ley.....	129
Figura 11.	Lo positivo de la ley .....	130
Figura 12.	Lo negativo de la ley .....	132
Figura 13.	Clasificación de los hijos .....	134
Figura 14.	Consecuencias jurídicas .....	135
Figura 15.	Alcances de la ley 28457 .....	137
Figura 16.	Esta de acuerdo con la ley 28457 .....	138
Figura 17.	La ley permite el debido proceso .....	139

Figura 18. Ejercicio efectivo del derecho .....	140
Figura 19. La ley permite el ejercicio efectivo del derecho .....	141
Figura 20. La ley es inconstitucional .....	142
Figura 21. Lo positivo de la ley .....	143
Figura 22. Lo negativo de la ley .....	144
Figura 23. Data analizada .....	146
Figura 24. Culminación del proceso .....	147
Figura 25. Demandados .....	149
Figura 26. Respecto al mandato de declaración judicial .....	151
Figura 27. Respecto a la oposición a la demanda .....	152
Figura 28. Respecto a la prueba de ADN .....	154
Figura 29. Respecto a la apelación .....	156

## RESUMEN

La presente investigación tiene por finalidad demostrar en qué medida la Ley 28457 – Ley de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial afecta el debido proceso, principalmente en sus manifestaciones del derecho de defensa y el derecho a la prueba. Para ello, el presente trabajo se ha estructurado del siguiente modo: El primer título está referido al planteamiento del problema, sus antecedentes y formulación, los objetivos, justificación, importancia y limitaciones de la investigación. El segundo título contiene el marco teórico de esta investigación; así, se considera las garantías constitucionales, teoría del proceso, y propiamente el análisis de la citada ley. El tercer título comprende la metodología empleada en la investigación: el tipo y diseño de la investigación, técnicas e instrumentos, población, muestra, diseño estadístico, etc. El cuarto título es propiamente la contrastación de la hipótesis, así como el análisis de los resultados obtenidos.

**Palabras clave:** Filiación Extramatrimonial, Derecho de defensa, Debido proceso.

## **ABSTRACT**

The purpose of this investigation is to demonstrate to what extent Law 28457 - Law on the Judicial Declaration of Extramarital Affiliation affects due process, mainly in its manifestations of the right of defense and the right to evidence. For this, the present work has been structured as follows: The first title is referred to the approach of the problem, its background and formulation, the objectives, justification, importance and limitations of the research. The second title contains the theoretical framework of this investigation; thus, it considers the constitutional guarantees, theory of the process, and properly the analysis of the aforementioned law. The third title includes the methodology used in the research: the type and design of the research, techniques and instruments, population, sample, statistical design, etc. The fourth title is properly the test of the hypothesis, as well as the analysis of the results obtained.

**Keywords:** Extramarital filiation, Right of defense, Due process.

## INTRODUCCIÓN

En una sociedad como la nuestra, en la que aún subsisten conductas francamente “machistas”, el tema del hijo extramatrimonial es bastante común: de parejas solteras (básicamente enamorados) en las que hay sorpresa por una concepción no planificada o como producto de la infidelidad de uno de los cónyuges y en la que la pregunta del presunto padre es ¿será mío? o con afirmaciones como esta: si estuvo conmigo pudo haber estado con otro y, bueno, nacen todas las “razones”, “dudas” y “justificaciones” para no reconocer a dicho menor y procurar desentenderse de sus responsabilidades, generando con ello una serie de consecuencias que afectan directamente a la prole y en la que salida será inevitablemente la judicial a fin de que se le reconozca en la plenitud de sus derechos que como persona humana le corresponde.

Y es que esta negativa generaba otros inconvenientes para el menor como el pago de los alimentos y otros derechos que nacen de la relación paterno-filial, además de la lógica consecuencia emocional derivada del rechazo paterno; pero de un extremo muy hostil para el menor, se pasa a un extremo muy permisivo para permitir tal reconocimiento, por cuanto se

consigue tal resultado a través de un procedimiento que se considera afecta seriamente el debido proceso, el derecho de defensa y el de prueba.

Frente a este problema, que era muy frecuente<sup>1</sup> y quienes más lo sufrían eran los menores no reconocidos por el padre, se planteó como solución la dación de la Ley 28457 – Ley de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial que establece un procedimiento especial y muy sumario para declarar la paternidad extramatrimonial, el cual tiene como sustento exclusivo la prueba de ADN; sin embargo, para algunos este remedio está resultando peor que la enfermedad, pues se tiene que estaría afectando el debido proceso, toda vez que basta que medie la negativa del padre a someterse a la prueba de ADN para declararse la paternidad, sin que siquiera exista un principio de prueba escrita.

Aun asumiendo la necesidad de plantear soluciones urgentes a un problema que merecía una atención rápida y eficaz, sin embargo, cabe preguntarse ¿esto justifica que se vulneren sendos derechos fundamentales como el debido proceso o el derecho de la defensa?, ¿qué ocurre si no se conoce la dirección del presunto padre o, por el contrario, a sabiendas se señala una dirección falsa?, ¿qué ocurre si el padre se

encuentra en el extranjero?, ¿y si el presunto padre es integrante de una religión en la que está prohibida la extracción sanguínea o de cualquier parte de nuestro cuerpo, cómo plantear la prueba del ADN?, ¿y si el presunto padre ha fallecido, es obligatorio para los ascendientes o colaterales del mismo?

Todas estas preguntas son las que preocupan y a fin de tener respuestas objetivas a las mismas, así como para apreciar *in situ* cómo se viene aplicando el procedimiento establecido en la mencionada ley, es que se ha decidido realizar esta investigación, de tal manera que se pueda plantear, a mérito de los resultados objetivos que se obtengan, soluciones efectivas a este problema social, pero sin afectar el debido proceso ni demás derechos fundamentales de la persona humana.

En tal sentido, se puede considerar que el debido proceso encuentra su legitimación en la medida que es el resultado natural de un proceso en el que se han respetado no solo las reglas previamente establecidas, sino también los derechos fundamentales de las partes litigantes, situación que en el tema materia de investigación se reitera no se da, en la medida que el derecho a la defensa y a la prueba forman parte del catálogo de

derechos elevados a rango constitucional en nuestro sistema jurídico y que de ningún modo pueden ser limitados.

Así, Juan Francisco Linares<sup>2</sup> precisa que el debido proceso: a) En su faz procesal. Constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar cuando en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (Constitución, leyes, reglamentos) regulan jurídicamente la conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismos. b) En su faz sustantiva. Constituye el debido proceso también, y además, un standard o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir, hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo.

## **CAPÍTULO I**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA**

Como se mencionó anteriormente, la Ley 28457 – Ley de Declaración Judicial de filiación extramatrimonial materia de esta investigación, nació como una propuesta del CERIAJUS, que fue acogida por el Congresista Fausto Alvarado Doderó, señalando en su exposición que los motivos de la finalidad de la propuesta son...”enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más graves y extendidos en el país. Casi un millón y medio de personas tienen directa o indirectamente problemas de filiación extramatrimonial. La idea ha sido contar con un procedimiento propio que respetando los derechos de los involucrados, pero utilizando medios coercitivos y eficaces, permita alcanzar justicia de manera oportuna”.

Frente a este problema, que era muy frecuente y quienes más lo sufrían eran los menores no reconocidos por el padre, se planteó como solución la dación de la Ley 28457 – Ley de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial que establece un procedimiento especial y muy

sumario para declarar la paternidad extramatrimonial, el cual tiene como sustento exclusivo la prueba de ADN; sin embargo, se considera y reitera que esta decisión afecta el debido proceso, toda vez que basta que medie la negativa del padre a someterse a la prueba de ADN para declararse la paternidad, sin que siquiera exista un principio de prueba escrita.

Como se observa, en la citada norma prácticamente se ha eliminado toda actividad probatoria y se ha reducido ésta exclusivamente a la prueba de ADN, de manera absoluta, incuestionable, que se reitera –ante la no contestación de la demanda o ante la negativa del presunto padre– este hecho se resuelve en sentido afirmativo a favor de la accionante.

Es de mencionar que el tema no es propio o exclusivo de nuestro país, así en el plano internacional, es de mencionar que un caso importante fue suscitado en noviembre de 1991, cuando Edson Arantes de Nascimento (Pelé), se sometió por disposición de la 6ta. Sala Civil de Justicia de Santos (Sao Paulo), a los exámenes de impresión genética, que determinara su nexo paternal con Sandra Regina Machado (expreso 1991-12-28). Tal es el valor absoluto que ofrece la pauta genética del ADN que la negativa de parte de a su sometimiento puede perfectamente crear una presunción o establecimiento directo de paternidad.

Situaciones judiciales similares al respecto existen. En marzo de 1990, el conocido torero español El Cordobés fue declarado padre de Manuel Benites Velasco por el Tribunal Constitucional Español ante la negativa injustificada a someterse a las pruebas de paternidad; negativa que a criterio de la Alta Corte constituye base suficiente para que el tribunal establezca el nexo causal preciso para llegar a la conclusión de la paternidad reclamada. En octubre de 1992 el cantante Julio Iglesias fue declarado padre del menor Javier Sánchez, al haberse negado este a la prueba de paternidad dictaminada por el 13º Juzgado de Primera Instancia de Valencia (España); la negativa, a criterio del juez fue “un indicio demostrativo relevante” de su paternidad.

Empero, aun asumiendo la necesidad de plantear soluciones urgentes a un problema que merecía una atención rápida y eficaz, sin embargo, cabe preguntarse ¿esto justifica que se vulneren sendos derechos fundamentales como el debido proceso, o el derecho de la defensa o el derecho a la prueba?, consideramos que no, por lo que a través de estas investigaciones se propone algunas soluciones para este problema.

## **1.2. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. Problema principal**

¿Es posible afirmar que la Ley 28457 – Ley de Declaración de filiación extramatrimonial no respeta las garantías de un debido proceso y resulta ser inconstitucional?

### **1.2.2. Problemas secundarios**

- ¿Es posible afirmar que la Ley 28457 – Ley de Declaración de filiación extramatrimonial afecta los derechos fundamentales del derecho de defensa, a la prueba, y al principio de la doble instancia?
- ¿Es posible afirmar que las garantías de un debido proceso también son aplicables al proceso civil como al procedimiento de filiación extramatrimonial?

### **1.2.3. Interrogantes teóricas**

- ¿Cómo se regula la paternidad en la Constitución del Estado?
- ¿Cuál es la protección jurídica que se brinda a la madre gestante y menores de edad?
- ¿Qué consecuencias jurídicas genera el reconocimiento de paternidad?

- ¿Es posible cuestionar judicialmente la paternidad declarada por sentencia previa?
- ¿Tiene la Constitución del Estado carácter vinculante?
- ¿Cuáles son las garantías constitucionales del debido proceso?
- ¿En qué consiste el derecho de defensa y cuál es su contenido constitucional?
- ¿En qué consiste el derecho a la prueba y cuál es su contenido constitucional?
- ¿Cómo define nuestra legislación a los hijos?
- ¿Cómo están normados el matrimonio y la relación paterno-filial en la Constitución del Estado, el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes?
- ¿Cuáles son las características esenciales en la Ley 28457 – Ley de Declaración Judicial de filiación extramatrimonial?
- ¿Cómo se regula la filiación extrajudicial en la legislación extranjera?

#### **1.2.4. Interrogantes empíricas**

- ¿Cómo se efectivizaba el reconocimiento de la filiación extramatrimonial en la legislación anterior?

- ¿Qué diferencias existen en cuanto a costos, tiempo y resultado entre el actual procedimiento y el anterior?
- ¿Cuál es la percepción que tienen los justiciables respecto al nuevo procedimiento?
- ¿Cuál es la percepción que tienen los abogados, especialistas y magistrados respecto al nuevo procedimiento?
- ¿Cómo se viene ejecutando actualmente el nuevo procedimiento de reconocimiento de filiación extramatrimonial?

### **1.3. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

Nuestro campo de investigación se limita a los Juzgados de Paz Letrado del Distrito Judicial de Tacna para el período comprendido desde 2010-2012.

### **1.4. JUSTIFICACIÓN, IMPORTANCIA Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.4.1. Justificación e importancia de la investigación**

Se considera que la presente investigación revela su importancia y encuentra justificación, puesto que el no reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio genera un grave problema social, con todos

los efectos negativos en áreas claves que impiden nuestro desarrollo como país: educativos, nutricionales, psicológicos y hasta de violencia que de hecho se producen a raíz del rechazo y abandono en que se encuentran muchos de estos menores.

Se cree que la dación de la norma en comentario, si bien no se duda de sus buenas intenciones, sin embargo, no se está muy convencido de que ella pueda contribuir a la paz social ni se logre los efectos que supuestamente se busca, sino que viene afectando sendos derechos fundamentales, por lo que es necesario que se pueda conocer sus efectos y, con criterios objetivos, plantear soluciones a este grave problema socio-familiar, pero sin que ello implique, insistimos, en afectar la garantía constitucional del debido proceso.

Se considera, pues, que una adecuada administración del servicio de justicia contribuirá a una mejora de la paz social y en la calidad de vida de la población, contribuyendo a brindar seguridad jurídica y, como consecuencia de ello, una mejora sustancial en la percepción que la sociedad tiene de su sistema judicial<sup>3</sup>.

## **1.4.2. Objetivos generales y específicos**

### **Objetivo general**

Demostrar que la Ley 28457 – Ley de Declaración de filiación extramatrimonial, al afectar el debido proceso, resulta ser inconstitucional.

### **Objetivos específicos**

- Demostrar que la Ley 28457 – Ley de Declaración de filiación extramatrimonial afecta los derechos fundamentales del derecho de defensa, a la prueba, y al principio de la doble instancia.
- Explicar que las garantías de un debido proceso son también aplicables al proceso civil como al procedimiento de filiación extramatrimonial.

## **1.5. LIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

No existe ninguna limitación que impida la realización de esta investigación, toda vez que se tiene los recursos económicos, documentales y de campo que sea necesaria.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. CONSTITUCIÓN Y DEBIDO PROCESO**

##### **2.1.1. Del carácter vinculante de la Constitución y el debido proceso**

Se concuerda con el profesor Castillo Córdova cuando afirma: “Si, como se ha argumentado, la Constitución peruana es norma jurídica fundamental, la consecuencia necesaria es que todo su contenido es normativo y vinculante. Esto, aplicado de las disposiciones de la Constitución que reconocen los derechos de la persona, significa que los derechos constitucionales vinculan tanto al poder político como a los particulares. Es decir, que los derechos constitucionales son categorías jurídicas plenamente vigentes y que deben ser respetadas por sus destinatarios.”<sup>4</sup>

Y es que actualmente es pacífico sostener que la Constitución es una verdadera ley suprema que –a través de sus normas– vincula a todas las personas e instituciones de un Estado. En otras palabras: ninguna ley, persona natural o entidad pública o privada puede sentirse superior o

intocable ni ajena a sus disposiciones. Ello se basa en la supremacía que se merece la persona, en el respeto a su dignidad y de su libertad que le va a permitir realizar y alcanzar su proyecto de vida.

Precisamente, el fundamento de los derechos humanos (esto es, el por qué) radica en la dignidad humana, ya que no es posible hablar del ser humano sin dignidad, como tampoco es posible hablar de una vida digna sin libertad, igualdad, integridad, honor; el reconocimiento de los derechos humanos es la única manera de garantizarle al individuo una vida digna y, por tanto, su condición de ser humano.<sup>5</sup>

De este modo, la Constitución ha dejado de ser una quimera, un catálogo de buenas intenciones o aspiraciones futuras a lograr, para convertirse en una verdadera ley suprema cuya ejecución se exige y es aplicable de modo inmediato, de tal manera que se haga realidad la vigencia plena de los derechos fundamentales.

El derecho, a través del aparato normativo, se halla al servicio del hombre coexistencial, para asegurarle el libre desenvolvimiento de su libertad creando situaciones propicias de justicia y seguridad, de todo lo que dinamizará la paz. El hombre, que es un ser libre, requiere, pese a los

enormes condicionamientos a que está sometido en su vida, a realizarse según el llamado de su vocación personal, única e intransferible. Para ello exige, necesita poseer los medios adecuados, culturales, económicos, de salud, etc. El derecho, a través de las normas, debe coadyuvar a obtener todo de ello. El derecho es así, debe ser así, liberador. La principal función del derecho es asegurar, mediante la justicia y la seguridad, el que cada hombre, y con él la comunidad toda, se realice y no se frustre.<sup>6</sup>

De su parte, De Asís Roig,<sup>7</sup> sostiene que el papel de los derechos fundamentales en una sociedad moderna es claro. Estos derechos constituyen la base de todo sistema político que postule como fin fundamental el desarrollo de la dignidad humana y, por otro lado, constituyen las exigencias, necesidades y pretensiones vitales de los hombres. El conocimiento de su significado, de su importancia, de la posibilidad de su ejercicio, es fundamental no solo para toda persona sino también para el porvenir de la humanidad. Podemos así afirmar, con Eusebio Fernández, que la defensa de los derechos humanos fundamentales se presenta como un auténtico reto moral de nuestro tiempo, la piedra de toque de la justicia del Derecho y de la legitimidad del Poder y el procedimiento garantizador de la dignidad humana contra todo tipo de alienación y manipulación.

Bastante ilustrativa y pedagógica es la sentencia dada por el Tribunal STC - Exp. N.º 00030-2005-AI/TC – Congresistas de la República, en la que expuso:

*“A partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución y asume que su lealtad a la ley se desvanece cuando ésta contraviene los postulados constitucionales, sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional. Esta verdad elemental niega mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias.*

*Es por ello que el artículo 45º de la Constitución dispone que el poder del Estado emana del pueblo y todo aquel que lo ejerce lo debe hacer con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Consiguientemente, velar por el respeto de la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 2º del Código Procesal Constitucional) no son funciones que competan de modo privativo al*

*Congreso de la República, sino que las comparten, ‘in suo ordine’, todos los poderes públicos.*

*43. De ahí que el artículo 38º prevea el poder-deber de los jueces de preferir la Constitución a las leyes, en caso de que exista incompatibilidad insalvable entre ambas (control difuso); y de ahí que los artículos 200º, inciso 4; 201º; 202º, inciso 1; 203º, y 204º hayan regulado el proceso de inconstitucionalidad ante el TC, confiriendo a éste la capacidad de expulsar del ordenamiento jurídico las leyes viciadas de inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarlas de conformidad con la Constitución (control concentrado). Las sentencias emitidas en este proceso tienen efectos generales, vinculan a todos los poderes públicos y adquieren calidad de cosa juzgada (artículo 81º y 82º del Código Procesal Constitucional).*

*44. De este modo, la jurisdicción constitucional es el elemento de equilibrio que garantiza el no retorno al absolutismo parlamentario, en el que, so pretexto de representar a “la mayoría”, se culmina por instaurar el dominio autocrático frente a quienes, ajenos al poder, no participan de los idearios del gobierno de turno.*

*45. Este poder de la jurisdicción constitucional (control difuso y concentrado de las leyes) conlleva el deber de los jueces de comprender el mensaje normativo, tanto de la Constitución como de las leyes, a través de la interpretación, a efectos de determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre ambas.”*

Es pues, que en la búsqueda de tomar precauciones contra los excesos de poder, es que la Constitución se convierte en una norma política y jurídica vinculante, tanto para los ciudadanos como para todas las autoridades, quedando sometida así la política al Derecho, en la forma del Estado de Derecho.<sup>8</sup>

Se debe tener en cuenta que todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas desde y conforme con la Constitución. La vinculación al poder político queda expresamente manifestada cuando el constituyente peruano ha manifestado que el poder político emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (artículo 45 CP).

Mientras que la vinculación a los particulares se concluye del artículo 38 cuando se establece que todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución. Que la Constitución es norma fundamental significa que es la norma primera o la norma madre de todo el ordenamiento jurídico. Todo el conjunto de normas que configuran este ordenamiento tiene por base a la Constitución y serán válidas en la medida que no la contradigan, ya sea en el fondo como en la forma.<sup>9</sup>

En consecuencia, “La Constitución es una norma jurídica vinculante y los derechos que reconoce pueden ser directamente aplicados. Al respecto, este Tribunal ha declarado que la Constitución” (...) no es solo “una” norma, sino, en realidad, un “ordenamiento”, que está integrado por el Preámbulo, sus disposiciones con numeración romana y arábica, así como por la Declaración sobre la Antártida que ella contiene. Toda ella comprende e integra el documento escrito denominado ‘Constitución Política de la República del Perú’ y, desde luego, toda ella posee fuerza normativa (...). (Caso sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1, 2, 3, y la primera y segunda disposición final y transitoria de la Ley N° 26285 (Exp. N° 005-2003-AI/TC, fundamento 21).

Ahora bien, ¿dónde nace o cuál es el fundamento de ese carácter

vinculante que se le reconoce a la Constitución del Estado? Pues en el artículo 1 de la Constitución Política ha establecido que *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*, este concepto configura en la realidad una protección tanto *subjetiva* como *objetiva* de los derechos fundamentales ante cualquier arbitrariedad de parte de cualquier autoridad, funcionario o persona.

El concepto de derechos fundamentales comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana, sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, siendo instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.<sup>10</sup>

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (que comúnmente se hace y contiene la Norma Fundamental) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación

ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo, conforme a lo normado en el artículo 1 de la Constitución.

Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución Política del Estado, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1) y de enumerar buena parte de ellos en su artículo 2, prevé en su artículo 3 que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter *social* y *económico* reconocidos en el Capítulo II y los *políticos* contenidos en el Capítulo III), “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

De esta manera, se puede señalar que es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional, no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que

servieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales. Consecuentemente, el catálogo de los derechos fundamentales incorporados en la Constitución, se complementa con aquel constituido por los derechos innominados, cuyo reconocimiento corre por cuenta de los jueces y, en especial, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, por el Tribunal Constitucional.

Así lo ha hecho, por ejemplo, entre otros casos, cuando ha definido los alcances del derecho a la verdad (STC 2488-2002-HC/TC, caso Genaro Villegas Namuche), del derecho al agua potable (STC 6546-2006-PA/TC, caso César Augusto Zúñiga López), del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (STC 0007-2006-PI/TC, caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari), del derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos (STC 0168-2005-PC/TC, caso Maximiliano Villanueva Valverde), del derecho al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas (STC 02432-2007-PHC/TC, caso Rolando Apaza Chuquitarco), entre otros.<sup>11</sup>

Como se puede apreciar, en todo Estado constitucional democrático, la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales; es decir, en observancia de los principios,

valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce. Esto así porque la Constitución –se reitera– a partir del derecho de supremacía constitucional, sienta las bases constitucionales sobre las cuales se edifican las diversas instituciones del Estado; a su vez, dicho principio exige que todas las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico deben ser acordes con lo que la Constitución señala.<sup>12</sup>

En esta línea de pensamiento, no debe dudarse que todas las leyes, el sistema jurídico del país (Civil, Tributario, Administrativo, etc.) debe encontrarse conforme con la Constitución.

### **2.1.2. Del derecho al nombre como parte del derecho a la identidad**

El artículo 1 de la Constitución de 1993, al lado del respeto a la persona humana, enuncia también el deber de la sociedad y del Estado de respetar su dignidad. La “dignidad” es una calidad inherente a la persona, en cuanto esta es simultáneamente libre e idéntica a sí misma. La libertad y la identidad sustentan la dignidad del ser humano. El ser humano posee dignidad porque, siendo libre, es un ser espiritual, y además, por el hecho de que, a pesar de que todos los seres humanos son iguales, no hay dos idénticos. Es esta dignidad inherente a su ser el

sustento de los derechos fundamentales de la persona humana. Los derechos fundamentales de la persona tienen como finalidad la protección unitaria e integral de la persona en cuanto es un ser que posee dignidad. Es esta dignidad la que justifica y explica los derechos fundamentales de la persona y le sirve de fundamento.<sup>13</sup>

Sin embargo, el contenido esencial de un derecho fundamental no puede ser determinado a priori. Es de relieves que dicho contenido esencial es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, por lo que su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, y en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

El derecho a la identidad, contenido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución del Estado<sup>14</sup>, ha sido definido por nuestra doctrina nacional como el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en sociedad.<sup>15</sup> La identidad del ser humano consigo mismo hace que cada persona sea “ella misma y no otra”. La identidad, como apunta Fromm, es la experiencia que permite a

cada persona decir soy “yo”<sup>16</sup>. Es decir, “yo soy el que soy y no otro”. La singularidad o mismidad de cada persona determina el que cada una posea su “propia verdad personal”. Se “es como se es”, con atributos, calidades, virtudes, defectos, vicios, perfil psicológico, características, apariencia exterior, nombre, ideología, profesión, creencias filosóficas y religiosas, convicciones políticas, conductas o acciones que corresponden exclusivamente a cada cual, deméritos. Cada persona posee su propio pasado y su personal proyecto de vida enderezado al futuro.<sup>17</sup>

Actualmente, es pacífico sostener que la identidad, constituyendo un concepto unitario, posee una doble vertiente. De un lado, aquella estática, la que no cambia con el transcurrir del tiempo. La otra, dinámica, varía según la evolución personal y la maduración de la persona. La primera de ellas, la estática, ha sido la única que se consideró jurídicamente, hasta no hace mucho, como la “identidad personal”. Se le designaba comúnmente como “identificación”. Entre los elementos estáticos de la identidad personal que no varían, que son estables a través de la existencia, se encuentran, entre otros, el código genético<sup>18</sup>, el lugar y la fecha del nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, el contorno somático, el nombre. Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo

exterior por lo que a la persona se le identifica, de modo inmediato, mediante estos atributos.

En términos similares se pronuncia el TC peruano en el Exp. No.02273-2005-PHC/TC – Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, en donde expone que:

*“El derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución Política del Perú comprende un doble carácter de rasgos, por un lado es objetivo (nombre, seudónimo, registros, herencia características corporales, etc.) y por el otro de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.), pudiendo ser en muchos casos mucho más relevante este último. En este sentido este derecho implica distinguir a una persona frente a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas pudiendo requerir de referentes más complejos tales como puede ser el caso de costumbres, o creencias, por consiguiente este derecho se concibe de una manera integral (FJ 21-23).”*

Pero es en el artículo 19 del Código Civil en donde expresamente se dispone que: “Toda persona tiene el derecho y el deber<sup>19</sup> de llevar un nombre. Este incluye los apellidos.” Evidentemente que es un derecho toda vez que forma parte de la identidad de la propia persona, lo que le permite diferenciarse e individualizarse de los demás seres humanos, pero también es un deber en la medida de su mantenimiento, es decir, no cambiarlo; salvo por razones debidamente justificadas y por autorización judicial.<sup>20</sup>

Pero el nombre también implica la de los apellidos, en la medida que lo vincula con sus padres, a partir del cual también nacen otras relaciones jurídicas como las de prestarse alimentos, sucesión hereditaria, entre otros. Sobre el tema, la Corte Suprema en la Cas. No.2747-98-Junín<sup>21</sup>, sostuvo que:

*“El derecho al nombre, que es parte del derecho a la identidad, implica el derecho que tiene toda persona de poder conocer su origen y quiénes son sus progenitores, por lo que mal se puede sostener que se está protegiendo la identidad de una persona al mantenerla en la creencia, a través de un documento oficial, que su padre es una persona que legalmente no tiene tal calidad.”*

En la STC recaída en el Exp. No.4444-2005-PHC/TC – Caso Gladys Purificación Espinoza Joffre, el máximo intérprete de la Constitución sostuvo que:

*...“toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos–, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica.”*

Siguiendo a Enrique Varsi<sup>22</sup> se puede decir entonces que la procreación natural es un acto biológico tan humano que implica la participación conjunta (procrear). Fueron dos quienes engendraron a uno. Ese “uno” necesita conocer a esos “dos”, o a uno de los dos. Mis orígenes, mis padres, mis raíces, nada como sentirse identificado con sus

ascendientes, quienes nos dieron “la vida”. Bosch ilustra esta posición y sostiene que: “La necesidad de conocer de manera precisa sus orígenes, estuvo siempre latente en el hombre, la búsqueda de quienes fueron sus ancestros era importante para consolidar el grupo. Hasta el siglo XIX la descendencia de los reyes no era un asunto que hacía a la intimidad. Se encontraba de por medio el trono, el destino del país. Establecer los vínculos parentales deja de ser un tema personal, propio de cada quien, convirtiéndose en una situación de Estado, en la que debía asegurarse la legitimidad del trono, la corona y el poder.

El nombre, en consecuencia, permite: i) la identificación e individualización de la persona frente a los demás miembros de una comunidad; ii) establece relaciones de parentesco y demás con consecuencias jurídicas, como las de brindarse mutuamente alimentos, sucesión hereditaria, entre otros.

### **2.1.3. Tutela procesal efectiva y el debido proceso**

Es reconocido en el ámbito académico que entre los diferentes autores no hay uniformidad en los conceptos de tutela procesal efectiva y debido proceso,<sup>23</sup> para algunos, uno se subsume o es una parte del otro; pero esta aparente contradicción nace de la interrelación existente entre

ambas<sup>24</sup>. La tutela judicial efectiva es un derecho y garantía que constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la idea de debido proceso legal. La tutela jurisdiccional efectiva constituye la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables. De aquí se evidencia la posibilidad de desdoblar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en tres ámbitos: a) el derecho de acceso al proceso, en virtud del cual el ciudadano puede incoar una pretensión procesal; b) el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho; y c) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

En la doctrina española, Román Puerta<sup>25</sup>, por su parte, sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva o derecho a la jurisdicción es – como ha declarado el Tribunal Constitucional– el derecho a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones formuladas (STC No.19/1981).

No hay duda de que en un Estado que se precie de social y democrático de derecho, no sólo se debe reconocer, sino hacer realmente efectiva las garantías procesales que la Constitución y las leyes conceden al procesado, asumiendo incluso la posibilidad de que se absuelva a un

culpable, pero que no se condene a un inocente.<sup>26</sup> En tal sentido, se comparte plenamente la afirmación de Jaén Vallejo<sup>27</sup> cuando sostiene que en un Estado democrático de Derecho, el Juez nunca tiene ante sí a un delincuente, sino a un ciudadano inocente, al menos hasta que se dicte una sentencia condenatoria, que incluso debe ser firme.

De otro lado, se comparte con el profesor Aníbal Quiroga<sup>28</sup> cuando afirma que el debido proceso legal es la institución del derecho constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso penal jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia, razonabilidad y legitimidad de resultado socialmente aceptable. Si ello no se cumple, se estará – entonces– ante un proceso que afecta los derechos fundamentales de una persona y devendría en arbitrario.

Este derecho fundamental implica el conocimiento previo del conjunto de reglas con los cuales se va a juzgar a una persona y que, sólo así, concluirá en una sentencia –absolutoria o condenatoria– válidamente emitida. De ello se infiere lo que en doctrina se reconoce como los dos aspectos que comprende: procesal y sustantivo. El primero se refiere al respeto de las normas preestablecidas, y el segundo encierra

una connotación ética, el ideal de justicia, que consolida su validez al emitir una sentencia sin afectación de los derechos fundamentales.

Enrique Bernal<sup>29</sup>, afirma que el debido proceso... “en la actualidad no sólo es considerado como un derecho constitucional sino como derecho fundamental; vale decir, uno de los derechos humanos exigibles al Estado moderno de derecho. (...) Es por ello que la garantía del debido proceso ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. (...) Mediante el debido proceso se garantiza que las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia, se lleven a cabo respetando las garantías constitucionales y legales vigentes.”

Se reiteramos que Juan Francisco Linares<sup>30</sup> precisa que: a) En su faz procesal. Constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar cuando en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (Constitución, leyes, reglamentos) regulan jurídicamente la conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismos. b) En su faz sustantiva. Constituye el debido proceso también, y además, un estándar o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo

(administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir, hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo. Queda convertida así la limitación o garantía procesal en una garantía genérica de la libertad individual.

Esta doble expresión del debido proceso reconocido en la doctrina, también fue recogida por el Tribunal Constitucional, conforme puede verse en el Exp. No. 3282-2004-HC/TC – Caso César Almeida Tasayco, en la que se lee: “[...]El debido proceso<sup>31</sup> tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; mientras que en su faz sustantiva se relaciona con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.”

Concepto que se reafirma en el Exp. 8125-2005-HC/TC – Caso Jeffrey Immelt y otros, en donde se dice: “[...]”El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el

procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido estas dos manifestaciones del debido proceso en sus sentencias recaídas en los expedientes N° 2192-2002-HC/TC (F.J. N° 1), N° 2169-2002-HC/TC (F.J. N° 2) y N° 3392-2004-HC/TC (F.J. N° 6).

Respecto a lo que debe considerarse como pautas de lo que es un debido proceso, el Tribunal Constitucional, ante una caso de *hábeas corpus* planteado contra un juez en un proceso de extradición, Exp. 230-95-HC/TC – Caso William Toledo Almeida,<sup>32</sup> sostuvo inicialmente lo siguiente: “De autos ha quedado acreditado que la detención del actor responde a un procedimiento de extradición iniciado a instancia del Gobierno Suizo, al imputarle la comisión del delito de tráfico de estupefacientes. En el referido procedimiento (...) no se ha detectado ninguna anomalía procesal, al haberse observado los trámites y plazos que señala la ley (...) e inclusive el interesado ha hecho uso de los derechos que la ley procesal le franquea” (...)

Posteriormente, en el Exp. No. 0258-2003-HC/TC – Caso Percy Rodríguez Carvajal, “El Tribunal Constitucional ha señalado que el

derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, forma parte del “modelo constitucional del proceso”, cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse como debido.”

“En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando éste participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera sea la materia que en su seno se pueda dirimir.”

“De esta forma, el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que “no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, ‘justo’ sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia”[...]

Ampliando más sobre el tema, el Tribunal Constitucional, en el Exp. No. 3283-2003-AA/TC – Caso Taj Mahal Discoteque, sostiene que: “El procedimiento<sup>33</sup> será calificado como regular cuando la autoridad judicial

competente para el caso concreto –por razones de turno, materia, función, cuantía y territorio– resuelva, previo cumplimiento de todos los actos judiciales señalados por la ley, dentro del orden y la sucesión previamente establecidos. La irregularidad se presenta cuando la decisión judicial no ha sido emitida conforme a las formalidades procesales exigidas por la ley. Debe ser de tal magnitud que comprometa decididamente la tutela procesal efectiva, y que, por ende, desnaturalice el resultado natural del proceso.”

“En ese sentido, la irregularidad procedimental consistiría en impedir o restringir a una de las partes intervinientes en un proceso el ejercicio pleno de las garantías de la administración de justicia, consagradas en el artículo 139 de la Constitución, así como de los demás derechos referidos al debido proceso y la tutela judicial efectiva derivados de los convenios internacionales de los cuales el Estado peruano es suscriptor. A guisa de ejemplo, un procedimiento irregular sería aquél en que se condena en ausencia, se vulnera el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, se impide o limita el derecho de defensa, se incumple el deber de motivar las resoluciones judiciales, se cercena el derecho a la instancia plural, se desconocen los efectos de la cosa juzgada, se vulnera el principio de

predeterminación del juez natural, se aplica una ley por analogía en el ámbito penal, no se aplica la disposición más favorable al reo, [...]

En el mismo sentido y como conclusión, se puede afirmar que [...] “El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso. Por ello, según lo señala la sentencia del Expediente N° 200-2002-AA/TC, esta tutela:

(...) implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable,”... (Exp. N° 6712-2005-HC/TC – Caso Magaly Medina Vela).

Como se mencionó anteriormente, no existe uniformidad en lo que se concibe como tutela procesal efectiva y debido proceso, siendo que cierto sector de la doctrina aún lo consideran como conceptos equivalentes. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha asumido que son instituciones jurídicas distintas, tal como lo expresa en el Exp. N° 3282-

2004-HC/TC – Caso César Almeida Tasayco, en la que hace una clara diferenciación entre tutela judicial efectiva y debido proceso – concepción que también es la predominante en la doctrina peruana y que se comparte– de este modo: “[...]Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento del derecho dentro del que se produjo la crisis de cooperación que da nacimiento al conflicto que el órgano jurisdiccional asume para su solución a quienes intervienen en él.”

Del mismo modo se reafirma esta posición en el Exp. N° 8125-2005-HC/TC – Caso Jeffrey Immelt y otros, en donde se dice: “[...] “Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas

esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.”

#### **2.1.4. Criterios para considerar cuándo un proceso es debido**

Se compartimos el criterio de que el proceso judicial es una herramienta del derecho para hacer efectivos los derechos establecidos en las normas materiales, cuya finalidad abstracta es lograr la paz social con justicia y la finalidad concreta es resolver los conflictos de intereses y eliminar las incertidumbres jurídicas, ambas con relevancia jurídica, conforme se señala en el título preliminar del Código Procesal Civil.

Es de tener en cuenta que el proceso no tiene sustento por sí solo, sino en el cumplimiento de sus fines y en la realización de los derechos sustantivos. Como lo señala Giuseppe Chiovenda<sup>34</sup>, el proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley; aún, en la posición de Gian Franco Ricci<sup>35</sup>, el proceso requiere de las normas sustantivas, las que se aplican en los procesos con sentencias declarativas, constitutivas cuando hay violación de la norma material, y en los casos que no hay violación también la actividad jurisdiccional se remite al dato normativo para efectuar el juzgamiento.

Enrique Vescovi<sup>36</sup> al referirse a las funciones y fines del proceso, concluye que parece, lo más aceptable es entender que la función del proceso es jurídica, aunque se origina en un problema social, Lo que no puede ser de otro modo, puesto que el derecho tiene por fin regular la convivencia humana (social), y que la actividad procesal se dirige a imponer el derecho objetivo. La finalidad última es, por consiguiente, la realización del derecho (sería admisible afirmar que la actuación de la ley), para, en definitiva, asegurar la paz social y la justicia.

Todo proceso judicial viene a constituir una herramienta un instrumento para el cumplimiento de un fin, sea concreto o abstracto, es así que el proceso no justifica su existencia sino en el cumplimiento de su propósito, de su objetivo final, el que tiene directa vinculación con la existencia de un sistema de derecho estructurado en principios, normas, leyes de carácter material o sustantivo. Es así que la legitimidad para obrar del demandante y del demandado se determina por la relación que debe existir entre quien demanda o quien es demandado, con la persona abstracta a quien la norma sustantiva le establece el derecho o la obligación sometida a controversia.

Es así que el sustento legal de una pretensión de alimentos se encuentra en la norma material contenida en los art. 472, 423.1, 424 y 415 del CC (según el caso de hijos mayores y menores de edad, y de hijos alimentistas), estableciendo el art. 474 quienes tienen derechos a los alimentos y quiénes son los obligados a prestarlos; el sustento de una pretensión reivindicatoria se encuentra en el art. 923 CC referido al derecho de propiedad que comprende el derecho a reivindicar el bien.

En el caso de la pretensión de filiación el sustento legal se encuentra en el art. 386, 387, 407, 406 y 402 CC, a los que se recurren para determinar quiénes son los hijos extramatrimoniales, cómo se puede obtener el reconocimiento cuando no es voluntario, quiénes pueden demandar, quiénes pueden ser demandados y el supuesto a probar para que sea amparada la pretensión, la que actualmente se tramita en un procedimiento especial, todo lo cual trastoca lo que en doctrina y reiterada jurisprudencia se denomina el debido proceso en sus manifestaciones del derecho de defensa y derecho a la prueba que seguidamente se analizará en los siguientes capítulos.

## **2.2. DEL DERECHO A LA DEFENSA**

### **2.2.1. Del derecho de defensa**

Respecto al derecho de defensa, Bernales Ballesteros,<sup>37</sup> dice que este: ...”es esencial en todo ordenamiento jurídico. Mediante él se protege una parte medular del debido proceso. Las partes en juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. (...) Se pueden consignar, entonces, hasta tres características del derecho de defensa: a) Es un derecho constitucionalmente reconocido, cuyo desconocimiento invalida el proceso. b) Convergen en él una serie de principios procesales básicos, a saber: el principio de la inmediación, el derecho a un proceso justo y equilibrado, el derecho de asistencia profesionalizada y el derecho de no ser condenado en ausencia. c) Un punto central es el beneficio de gratuidad en juicio, que surge como consecuencia del principio de equidad. El juzgador debe garantizar que las partes en un proceso tengan una posición de equilibrio entre ellas; es decir, sin ventajas.”

De su parte, Carocca Pérez, citado por San Martín Castro<sup>38</sup>, advierte... “las dos dimensiones del derecho de defensa: a) como derecho subjetivo; y, b) como garantía del proceso. En lo que respecta a la primera

dimensión, es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes en el proceso, cuyas notas características son su *irrenunciabilidad* (la parte no puede decidir que no se le conceda la oportunidad de defenderse) y su *inalienabilidad* (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle substraído ni traspasado a terceros). En cuanto a su segunda dimensión, de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del juicio.”

Sobre el tema, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 462-2003-AA/TC – Caso Compañía Distribuidora SA, sobre el tema, sostiene que:

*“[...] como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos, el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción en caso de indefensión, y como principio de contradicción de los actos procesales cuando éstos pudiesen repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso”...*

Así también se lee en la STC recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC – Caso Marcelo Tineo Silva, en donde el Supremo Tribunal se pronunció sobre el contenido y alcances del derecho de defensa, así como sobre el

carácter subjetivo y objetivo de este derecho y el de ser asistido por un abogado de su elección, en los siguientes términos:

*“El Tribunal Constitucional ha señalado que uno de los derechos constitucionales procesales más relevantes es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del artículo 139 de la Constitución. «Por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión.”(Caso Tineo Cabrera, Exp. N° 1230-2002-AA/TC).”*

*“Sin embargo, como expresa el mismo inciso 14) del artículo 139° de la Constitución, no solo se trata de un derecho subjetivo, sino también de un principio constitucional que informa la actividad jurisdiccional del Estado, a la vez que constituye uno de los elementos básicos del modelo constitucional de proceso previsto por nuestra Norma Fundamental.”*

Del mismo modo, en la jurisprudencia comparada, se encuentra que el Tribunal Constitucional español (la N° 33/1992), en una sentencia atinente concretamente referido a los medios probatorios, ha señalado que:

*(...) es indiscutible la existencia de una relación entre denegación indebida de pruebas e indefensión, pero no existe indefensión de relevancia constitucional cuando aun existiendo alguna irregularidad procesal, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, porque no exista relación entre los hechos que se querían probar y las pruebas*

*rechazadas. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos [.....]*

Seguidamente agrega el Tribunal Constitucional español:

*[...] debe enfatizarse que, si bien ha de procurarse la rapidez y la prontitud para llegar a una resolución en todo proceso judicial, inclusive penal, y más aun en uno sumario, ello no puede desvirtuar la protección de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución). Todo acto de celeridad debe tener como propósito esencial el respeto del derecho a la tutela procesal efectiva. Tal sentido fluye de lo dispuesto por el artículo 125º del Código de Procedimientos Penales, el mismo que determina que si el inculpado invoca hechos o pruebas en su defensa, estos deben ser verificados por el juzgador en el plazo más breve.”*

### **2.2.2. Conceptos que comprenden el derecho de defensa**

Pero, ¿qué comprende o contiene el derecho de defensa? Si bien algunas que a continuación se indican se refieren exclusivamente al proceso penal, sin embargo, no dejan de ser exigibles también en cualquier proceso civil, administrativo o incluso privado sancionador, como anteriormente se señaló al explicar sobre los alcances del debido proceso legal.<sup>39</sup>

Así, es importante recordar que el artículo 8.2 de la Convención Americana establece un conjunto de *garantías mínimas*<sup>40</sup> que permiten asegurar el derecho de defensa. Estas son:

- a. Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete (artículo 8.2.a).
- b. Derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada (artículo 8.2.b).<sup>41</sup>
- c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (artículo 8.2.c).
- d. Derecho del inculpado a defenderse por sí mismo o a través de un defensor de su elección o nombrado por el Estado (artículos 8.2.d y 8.2.e).
- e. Derecho del inculpado de comunicarse libre y privadamente con su defensor (artículo 8.2.d).
- f. Derecho de defensa del inculpado respecto a los testigos y peritos (artículo 8.2.f).<sup>42</sup>

Otros derechos relacionados intrínsecamente con el derecho a la defensa, toda vez que permiten un efectivo ejercicio del mismo, son:

- a. El derecho a la doble instancia o instancia plural, pues permite que lo resuelto en un primer momento sea revisado por una instancia superior.
- b. El derecho a ejercer los medios impugnatorios que la ley procesal franquea a las partes.
- c. El derecho a que las resoluciones expedidas por los órganos jurisdiccionales se encuentren debidamente fundamentadas en derecho y en lo actuado en el proceso.
- d. El derecho a proponer, a que se actúen y valoren los medios probatorios que hagan valer las partes.

### **2.2.3. El derecho de defensa en la doctrina del Tribunal Constitucional.**

En el Exp. N° 010-2002-AI/TC – Caso Marcelo Tineo Silva, el Supremo Tribunal se pronunció sobre el contenido y alcances del derecho de defensa, así como sobre el carácter subjetivo y objetivo de este derecho y el de ser asistido por un abogado de tu elección, en los siguientes términos: “El Tribunal Constitucional ha señalado que uno de los derechos constitucionales procesales más relevantes es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del artículo 139 de la Constitución. «Por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de

sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión.”(Caso Tineo Cabrera, Exp. N° 1230-2002-AA/TC).”

“Sin embargo, como expresa el mismo inciso 14) del artículo 139 de la Constitución, no solo se trata de un derecho subjetivo, sino también de un principio constitucional que informa la actividad jurisdiccional del Estado, a la vez que constituye uno de los elementos básicos del modelo constitucional de proceso previsto por nuestra Norma Fundamental.”

En consecuencia, debe considerarse que el derecho de defensa: i) tiene protección constitucional en el artículo 139 inciso 14 de la CE; ii) forma parte del contenido del derecho al debido proceso, considerando a este último como derecho continente.

Derecho de defensa que fue objeto de pronunciamiento también en la sentencia recaída en el Exp. N°1147-2010-PA/TC – Lima – Luis Enrique Orezza Neyra:

*“15. Este Colegiado en reiterada jurisprudencia ha señalado que el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en*

*estado de indefensión en ningún estado del proceso. Este derecho tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso (Cfr. STC N° 06260-2005-HC/TC).*

16. *De igual manera este Tribunal en constante jurisprudencia ha precisado que el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; pero no cualquier imposibilidad de ejercer estos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Este hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos (Exp. N° 0582-2006-PA/TC; Exp. N° 5175-2007-HC/TC, entre otros)."*

## **2.3 DEL DERECHO A LA PRUEBA**

### **2.3.1. Del derecho a la prueba. Fines y carga de la prueba.**

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,<sup>43</sup> por lo que la carga de la prueba recae en las partes.<sup>44</sup> Por prueba se debe entender que es todo aquello que permite probar las afirmaciones que hacen las partes en un proceso, siempre que se sujeten a los requisitos para su admisión, actuación y valoración.

La prueba, entonces, tiene como fin el comprobar o verificar (no averiguar o investigar) las afirmaciones que las partes han expuesto tanto en la demanda como en la contestación. Esto no significa que se verifica la veracidad de los hechos sino de las afirmaciones que de ellos hacen las partes. Por ello, se sostiene que la finalidad es llegar a una verdad procesal porque no puede afirmarse que siempre se alcance la verdad real. Esta verdad procesal es la que lleva al juez al convencimiento y es la que tiene que trasladar a la sentencia como fundamento de su decisión, indicando las pruebas que la soportan.<sup>45</sup>

De otro lado, cabe mencionar -como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 010-2002-AI/TC – Caso Marcelino Tineo Silva, 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 139º, inciso 3), de la Constitución Política del Perú.”

Asimismo, en el Exp. N° 6712-2005-HC/TC – Caso Magaly Medina Vela y otro, el Tribunal Constitucional sostiene que: “Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188 del Código Procesal Civil establece que 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. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios

probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.”

Igualmente, el derecho a la prueba fue objeto de pronunciamiento también en la sentencia recaída en el Exp. N° 1147-2010-PA/TC – Lima – Luis Enrique Orezza Neyra, en la que se expone:

*“10. Respecto del derecho a probar, como se ha expuesto en la demanda, la vulneración de dicho derecho se habría producido al condenársele sobre la base de la pericia contable que fue materia de tacha, respecto de la cual la Corte Suprema con abierta violación al debido proceso, omitió emitir pronunciamiento.*

*11. Este Supremo Colegiado ha establecido que el derecho a la prueba es un derecho complejo cuyo contenido comprende ”(...) el*

*derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, [el derecho] a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito [...]” (Cfr. STC 06712-2005/HC/TC, fundamento 15).*

*12. Por lo que se refiere al ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la prueba y particularmente en lo referido a la oportunidad en que los medios pueden ser ofrecidos, de manera que tengan que ser aceptados, salvo que sean impertinentes o improcedentes, este Colegiado considera que, en principio, su protección comprende aquellos que hayan sido ofrecidos dentro del plazo legalmente estipulado, en la medida en que se trata de un derecho fundamental de configuración legal.”*

### **2.3.2. De la actividad probatoria**

Es de advertir que tampoco existe una absoluta libertad en el acopio de pruebas, sino que la actuación de las mismas están también regidas por criterios de oportunidad, utilidad, idoneidad y pertinencia respecto a

los hechos denunciados, sea para acreditar o no la comisión del ilícito (si el hecho se cometió o no) y responsabilidad (si el denunciado es el autor o no del mismo).

Al respecto, San Martín Castro<sup>46</sup> sostiene que: “En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos.”

Desarrollando el tema, el máximo Tribunal en la mencionada sentencia recaída en el Exp. N° 6712-2005-HC/TC, da las siguientes características respecto a los medios probatorios:

“Así, entre otros, el medio probatorio debe contar con:

***Pertinencia:*** Exige que el medio probatorio tenga una relación *directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.*

***Conducencia o idoneidad:*** *El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.*

***Utilidad:*** *Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso*

*de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.*

***Licitud:*** *No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.*

***Preclusión o eventualidad:*** *En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.”*

### **2.3.3. La valuación de la prueba**

Toda decisión judicial necesita de un soporte que lo sustente, es decir, tiene que basarse en las pruebas que confirman las afirmaciones de las partes respecto a los hechos expuestos en sus respectivas posiciones jurídicas. Ello implica, pues, una valuación de las pruebas ofrecidas y actuadas en el proceso, significa explicar por qué acepto una y descarto

otras, todo ello a través de una exposición objetiva y razonada que se debe materializar en la motivación de la sentencia.

Conforme se aprecia, entre la valoración de las pruebas y la motivación de las resoluciones judiciales existe mutua correlación, por lo que su infracción genera una grave vulneración de estos derechos fundamentales. El derecho a la prueba tiene por finalidad lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional, si éste no valora o toma en consideración los citados resultados probatorios, está frustrando el aludido derecho, convirtiéndolo así en garantía ilusoria y meramente ritualista.<sup>47</sup>

Y es que es en el área de la prueba donde ha de asegurarse la primacía de la verdad objetiva, sin que nada excuse la indiferencia de los jueces en su misión de dar a cada uno lo que le corresponde, por lo que el prescindir de las pruebas decisivas en la acreditación de un extremo fáctico determinante para la litis, implica una injuria que, provocada por el reclamo de una de las partes, debe concluir en el acogimiento de la pretensión invalidante de la sentencia.<sup>48</sup>

El propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 4831-2005-PHC/TC – Caso Rubén Silvio Curse Castro ha señalado que:

*“Los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el juez: en primer lugar, la exigencia del juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.*

*Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso.*

Es pertinente tener en cuenta que el máximo intérprete de la Constitución, en un pronunciamiento encomiable recaído en el Exp. N° 1014-2007-PHC/TC – Caso Luis Federico Salas Schultz, ahondando en la línea antes señalada, ha establecido que:

*“Uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables (vid. STC 4831-2005-PHC/TC, FJ 8). Por*

*ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del debido proceso”.*

Como se observa, en el ámbito penal se sostiene que la no actuación de pruebas que deben sustentar la responsabilidad penal o no de un procesado constituye una grave afectación al principio de Presunción de inocencia, así como al derecho de defensa y el derecho de prueba del procesado. Se debe recordar que por el principio constitucional de presunción de inocencia que protege a la persona, toda sanción se impone en función a la prueba de cargo actuada de manera suficiente y debidamente acreditada, sin que ello importe omitir la prueba de descargo relevante, y que favorece al procesado; lo contrario, es caer en arbitrariedad en la apreciación de la prueba, inadmisibles en un sistema judicial que se precie de responder a un Estado social y democrático de derecho.<sup>49</sup>

#### **2.3.4. De la prueba de ADN**

Hoy se reconoce que el Derecho Genético está íntimamente vinculado con el Derecho Civil puesto que su aplicación tiene como fin a la persona humana. De allí que el derecho de las personas (el inicio de la

vida, la teoría del concebido, la cesión de sustancia orgánicas, el Derecho de Familia (la filiación) y el Derecho de Sucesiones (la transmisión hereditario del hijo póstumo en la inseminación *post mortem*) se halla influenciados por esta parte de la ciencia biológica. Producto de esta relación ha surgido el llamado Derecho Genético Civil. En este sentido, el Derecho Genético a través de estudios genoma humano y específicamente del ADN, regula la investigación biopositiva indispensable para el Derecho pues se ha utilizado en la indagación de los problemas criminológicos como de paternidad.

Actualmente, el ADN ha revolucionado las técnicas de identificación, por lo que se presenta como un colaborador indispensable para el Derecho; pues se utiliza en la indagación como se ha dicho anteriormente en los problemas criminológicos como de paternidad. Su aplicación en el campo jurídico al comprobarse que la utilización práctica del ADN serviría como medio de identificación personal y para determinar la paternidad con absoluta certeza. De allí que sea importante para el Derecho y en el futuro de indispensable utilización su ámbito de aplicación está dada esencialmente, en el campo penal y civil.

Sin embargo, este asunto no es tan pacífico como se pretende. Así, la distinguida profesora Ariana Deho<sup>50</sup> sostiene que: “Estamos pues ante una nueva fase en la historia del Derecho probatorio peruano: regresamos a la prueba plena legal. Ergo, ya no más apreciación conjunta y razonada de la prueba, ya no más motivación del por qué se resuelve en un sentido o en otro, pues quien decide es el laboratorio.” Agrega después que: “Hemos, pues, entrado en una nueva era. Una era en la que bajo la máscara de la infalibilidad de la ‘prueba del ADN’ se ha regresado a una suerte de prueba ordálica, en donde el juicio de Dios es reemplazado por el juicio del más terrenal (y ‘científico’) laboratorista”.

Incluso es de señalar que el propio Versi Rospigliosi<sup>51</sup>, defensor declarado de la Ley en comento, sostiene que lo que se puede alegar en la apelación de la sentencia declarativa del juez de primera instancia es por el ...”margen de subjetividad en la apreciación científica” o en la ...”inexactitud de la filiación por prácticas de procreación asistida”, todo lo cual lleva a la lógica conclusión que tal prueba de ADN no es lo absolutamente infalible como se trata de explicar, razón por la que se considera que la prueba del ADN debe ser analizada en el contexto y de manera conjunta con todo el caudal probatorio que se haya acompañado a la demanda.

Se debe dejar en claro que no es la intención el pretender negar la validez científica de esta prueba, siempre que esta se realice con las previsiones y requisitos que le otorguen validez, pero sí se cree que únicamente la prueba de ADN es insuficiente para la declaración de paternidad, conforme se aprecia en la legislación extranjera.

## **2.4 DE LA FILIACIÓN EXTRAJUDICIAL**

### **2.4.1. De la filiación extrajudicial en el país**

El tema que hoy se trata está en el debate permanente de la comunidad jurídica, es el tema de la filiación<sup>52</sup> extramatrimonial, que es aquel hijo procreado fuera del matrimonio<sup>53</sup>, debiendo resaltarse el hecho de que uno de los derechos de los niños es el de conocer quién es su progenitor y que se le reconozca como tal para ejercer sus derechos así como asumir las obligaciones que le corresponden, los mismos que derivan de su condición de persona humana y el respeto a su dignidad.

En el derecho familiar peruano se regula la relación paterno-filial distinguiendo entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales; pero esto no fue así desde un inicio. El Código Civil de 1852 hizo una diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos, subclasificando a los segundos en naturales y

no naturales. Luego estaban los adulterinos, quienes no tenían ningún derecho reconocido a los ilegítimos. Posteriormente, durante la vigencia de la Constitución de 1933, el Código Civil de 1936 distinguía entre hijos legítimos, legitimados e ilegítimos, quienes tenían diferente tratamiento con detrimento para los hijos ilegítimos<sup>54</sup>, los que incluso para efectos hereditarios recibían en proporción a la mitad de lo que recibía un hijo legítimo<sup>55</sup>.

El cambio en el tratamiento legal diferenciado de los hijos se produce con la Constitución Política de 1979, que en su artículo sexto estableció la igualdad entre los hijos, precisando: “Todos los hijos tienen iguales derechos, está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”; norma que subsiste en la Constitución vigente de 1993.

De este modo, el Código Civil de 1984 en concordancia con la Constitución Política de 1979 y la Constitución de 1993, regula la relación paterno filial distinguiendo entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, teniendo la condición de hijos matrimoniales los nacidos durante la vigencia del matrimonio de los padres o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, y extramatrimoniales los concebidos y nacidos

fuera de una relación matrimonial, entiéndase cuando los padres no están unidos por vínculo conyugal, es decir por matrimonio civil.

Tal reconocimiento es un acto voluntario pues, como se sabe, al hijo nacido dentro del matrimonio se presume matrimonial<sup>56</sup>. Las personas que pueden reconocer al hijo extramatrimonial son el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos si son casados; esa es la regla general, la excepción es que los padres se encuentren incursos en algunas de las causales de incapacidad absoluta o relativa o se encuentren desaparecidos o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último caso, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo para lo cual debe considerarse que existen tres formas de reconocimiento:

- a. El efectuado ante el mismo registro de nacimientos. En este caso el reconocimiento en el registro puede hacerse en el momento de inscribir el nacimiento o en declaración posterior, mediante acta firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente. Es de recordar e insistir en que el reconocimiento del hijo extramatrimonial debe practicarse por ambos, y no solamente por el padre, como se acostumbra.

- b. Por escritura pública, cuando se reconoce al hijo extramatrimonial ante un notario de manera voluntaria por medio de escritura pública, debiendo el notario incorporarlo a su protocolo notarial. Típico ejemplo de este caso es cuando el padre del hijo extramatrimonial se encuentra en el extranjero, por lo que también –en la medida de que el Cónsul actúa como notario– este reconocimiento puede practicarse ante la sede consular del país en que se encuentre.
- c. Por testamento otorgado en vida por el causante y en la que debe respetarse las formalidades señaladas en la ley para este documento y sus diversas modalidades.

También puede reconocerse al hijo que ha muerto dejando descendientes. Es de resaltar, que el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable, ya que se está ante un hecho trascendental que no puede estar sujeto a modalidad, por lo que una vez realizado no puede ser revocado, por la estabilidad y seguridad jurídica que necesita el menor.

Igualmente, el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. Siempre bajo la regla general que los hijos nacidos dentro del matrimonio se presume del marido.

El hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro, esto se debe a que es lógico pensar que puede crear conflictos con el otro cónyuge, por el ingreso de una persona foránea a su matrimonio y producto de una infidelidad.

Es de mencionar que el reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace derechos sucesorios ni derecho a alimentos, sino en caso que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento, pues puede deberse a un interés patrimonial o de otro tipo.

De otro lado, tal reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo. El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto. Este es el caso que uno de los cónyuges esté ausente por diversos motivos, como el de enfermedad, viaje, negocios, etc., para lo cual tendrá noventa días desde que tuvo el conocimiento de tal acto.

A su vez, el hijo menor o incapaz puede, en todo caso, negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad, es decir una persona que no considera que la persona que lo ha reconocido sea su padre o madre, cuando tenga diecinueve años o si es mayor de edad y cesa su incapacidad, puede negar dicho reconocimiento.

La declaración judicial de filiación extramatrimonial, surge cuando la persona presuntamente padre o madre niega que es progenitor de ese menor, por lo que se tiene la posibilidad que se le reconozca como hijo suyo en la vía judicial. El artículo 402 del Código sustantivo señala los supuestos en que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada, así se tiene:

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 posesión constante del 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 sí, hacen vida de tales. Al respecto, en la Cas. N° 328-96-Lambayeque<sup>57</sup>, la Corte Suprema sostuvo que:

*...“hay concubinato cuando un varón y una mujer hagan vida de casados sin ser tales, siempre que exista carácter de permanencia o habitualidad en dicha unión, sin ningún otro requisito adicional; en consecuencia, las relaciones sexuales esporádicas son insuficientes para configurar el concubinato y para servir de base a una declaración judicial de paternidad fundada en dicho dispositivo.”*

4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable, como podría ser lo que familiarmente se le llama la pedida de mano, publicaciones de los edictos, etc.
6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. Es decir, si el marido no niega que este menor no es su hijo, el presunto padre biológico

o verdadero no podrá declararse como tal por filiación judicial extramatrimonial.

Sin embargo, es de resaltar que estos supuestos, que tienen la calidad de presunciones, sí admiten prueba en contrario; por lo que el juez desestimaré los mismos cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza, es decir la prueba del ADN, a la que la ley le concede una veracidad absoluta, conforme ya se verá al tratar en específico la norma.

El titular de la acción de filiación extramatrimonial es el hijo; pero es la madre, aunque sea menor de edad, la que puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste, es decir como representante. El tutor y el curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia.

Pero esta acción no puede ser materia de sucesión, es decir, no pasa a los herederos del hijo. Sin embargo, sus descendientes sí pueden continuar el juicio que dejó iniciado, por ser una acción personalísima.

Es también de mencionar que la maternidad extrajudicial puede ser declarada judicialmente, siempre que se pruebe el hecho del parto y la

identidad del hijo. Así, en la Cas. N° 2657-98-Lima, la Corte Suprema<sup>58</sup> resolvió del siguiente modo:

*“La presunción de paternidad en la filiación matrimonial sólo es aplicable si es que se cumple con los siguientes requisitos: a) el matrimonio de los progenitores y el nacimiento del hijo dentro del matrimonio y, b) que la cónyuge sea la madre biológica del menor, para que sea aplicable la presunción de maternidad es requisito necesario el parto de la mujer casada y la identidad del hijo en cuestión por el alumbramiento.”*

La sentencia que declara la paternidad o la maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento; empero, en ningún caso confiere al padre o a la madre derecho alimentario ni sucesorio. Con respecto a la prueba de ADN ya lo veremos en específico más adelante.

Otro asunto de sumo interés es el hecho de poder iniciar un nuevo proceso de declaración judicial de paternidad que se sustente en prueba científica, si ya anteriormente se inició uno que concluyó con cosa juzgada. Se considera que en este hipotético caso se debe tener en cuenta lo siguiente:

- i) El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño – aprobada en el país por Resolución Legislativa N° 25278 y

ratificada el catorce de agosto de mil novecientos noventa—, que dispone que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos;

*ii)* Asimismo, norma que los países que forman parte de la Convención sobre los Derechos del Niño velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera. A su turno, según lo dispuesto por el artículo 3 de la misma Convención, 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 el artículo.

*iii)* En igual sentido, el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes establece que el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a

conocer a sus padres y llevar sus apellidos, mientras el artículo IX de su Título Preliminar señala que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

*iv)* Por ello, a la luz de los preceptos citados, la cosa juzgada no puede constituirse en un límite para la interposición de un nuevo proceso de paternidad sustentado en el análisis genético, siempre que en el anterior proceso no se haya hecho uso de todas las pruebas, y en atención a la supremacía de los intereses involucrados en la determinación de la paternidad sobre los principios de orden procesal. Así, tales intereses se sobreponen al instituto de la cosa juzgada, por lo que no encuentra justificación ningún impedimento al libre acceso a la justicia, de cara al establecimiento de la filiación, como derecho de niños y adolescentes que –por ser la Convención sobre los Derechos del Niño que lo consagra un tratado de derechos humanos–, tiene rango constitucional .

Es decir, son postulados reconocidos en la Constitución y en la Convención prenombrada, que la filiación, la maternidad y la familia son derechos sociales, que el derecho a la identidad guarda relación implícita con la filiación y la investigación de la paternidad y que el derecho a conocer el propio origen biológico tiene un correlato en la legalidad constitucional de la aplicación de pruebas biogenéticas para verificar una relación filial, por lo que debe estarse –entonces– al carácter vinculante de la Constitución del Estado.

#### **2.4.2. Del proceso de filiación extramatrimonial regulado en la Ley 28457**

Los defensores a ultranza de la Ley 28457 sostienen que en ella se establece un proceso monitorio, empero, sobre este tema es necesario efectuar algunas precisiones.

Efectivamente, es de tener presente que el proceso monitorio tiene su origen en la Edad Media en la Península Itálica, se crea por la necesidad de un proceso rápido que respondiera con eficiencia a los requerimientos comerciales y económicos de la época, permitiendo la creación de un título ejecutivo que hiciera factible pasar rápidamente a la ejecución del crédito; en la actualidad este proceso se aplica con éxito en

Alemania, permitiendo la elevación de los mandatos de pagos incluso su producción por medios informáticos; como señala Domingo Kokish,<sup>59</sup> en el año 1993, la cifra de mandatos de pago emitidos en todo el país se elevó hasta 7,4 millones, de los cuales más de un 5 % (3,74 millones) se tramitaron por ordenador (en 1976 se simplificó aun más este procedimiento para sentar las bases para un tratamiento informático de él).

De acuerdo a la definición de Juan Pablo Correa Delcasso<sup>60</sup> el proceso monitorio se define como un proceso especial plenario, rápido, que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictor, a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la Ley. Señala Domingo Kokish que en este proceso “el Juez no emite en todos los casos un pronunciamiento sobre el fondo; en determinadas ocasiones ni siquiera lleva a cabo un mínimo de examen probatorio y tal siquiera lo hace él, sino uno de sus auxiliares, como sucede hoy día en Alemania con el *Rechtspfleger*.”

Para entender mejor este proceso hay que distinguir las dos clases que existen:

- a. **Proceso monitorio puro.** En este proceso se emite una orden condicionada de pago sobre la base de la afirmación unilateral y no

probada del acreedor, orden condicionada en razón de que la sola oposición del deudor la vuelve ineficaz, siendo en un proceso contradictorio que se debe establecer sobre la fundabilidad de la pretensión de pago.

- b. **Proceso monitorio documental.** En este proceso el mandato de pago se emitirá en base a la probanza con documentos del crédito demandado, la oposición del deudor produce el efecto de iniciar un juicio de cognición en contradictorio donde se resolverá sobre la falta de amparo del mandato de pago o si este persiste a pesar de la oposición y pruebas del emplazado.

El proceso monitorio puro y documental sirve básicamente para pretensiones patrimoniales, siendo útiles para obtener una sentencia de condena de pago de suma de dinero. Aplicar el proceso monitorio para pretensiones de naturaleza distinta a la patrimonial, es decir, para acciones personales, conlleva a la afectación del derecho de los justiciables quienes requieren una vía procesal cognoscitiva que brinde las seguridades y garantías para la determinación de sus derechos y/o obligaciones, conforme así está sucediendo en los tribunales, pues en este tipo de pretensiones no se da el equilibrio entre la efectividad del proceso con el ejercicio de los derechos de los justiciables.

Al respecto, Rafael Prado<sup>61</sup> tiene una definición del proceso monitorio de la que se puede verificar su finalidad y que su aplicación es efectiva cuando se trata de pretensiones de dar sumas de dinero. Así, él sostiene que tal proceso: *“Es un procedimiento especial provisto de cognición plena eventual y sumarización en el procedimiento, que se emplea para aquellas pretensiones de dar sumas de dinero, que se presumen no van a ser contestadas por el deudor; en donde, a partir de la expedición de un mandato inicial de pago, sumado a una técnica procedimental consistente en la inversión de la iniciativa del contradictorio, se tiende a la rápida creación de un título ejecutivo”*.

La finalidad de este proceso, entonces, es la creación o formación rápida de un título ejecutivo, siendo el sustento del proceso la inversión de la carga de la iniciativa del contradictorio, en que requerido el emplazado es su inactividad la que va a producir cosa juzgada; empero, no se le perjudica el derecho de defensa pudiendo ejercer el contradictorio, que en un caso –proceso monitorio puro– ocasionará la ineficacia del mandato, y en un segundo caso –proceso monitorio documental– provocará la suspensión del mandato hasta que se defina en un proceso ordinario; como se observa, se desplaza la iniciativa de la apertura del contradictorio

del demandante al demandado, pues recae en este último la carga de instaurar el contradictorio que dé inicio a la fase cognitiva, o que en defecto, se logre la creación de un título ejecutivo, para así dar inicio a la fase de ejecución.<sup>62</sup>

Se insiste, pues, en que el proceso monitorio funciona en determinado tipo de acciones, básicamente en las de carácter patrimonial de pago de sumas de dinero, en que se emite un mandato de condena; por lo que no se cree que resulte viable para otro tipo de pretensiones en las que se van a emitir resoluciones declarativas o constitutivas de derechos.

En tal sentido, de la simple lectura de la ley 28457 se puede sostener que ésta señala un proceso similar (monitorio) para una pretensión declarativa sobre derechos subjetivos, buscando una supuesta efectividad pero a costo de las garantías de la administración de justicia y seguridad jurídica.

Se puede sostener que la ley, inicialmente, se da como un proceso monitorio puro, puesto que se resuelve en base al simple pedido de la parte interesada, no obstante no se da la secuencia, toda vez que el

mandato no cae en ineficaz por la simple oposición del demandado, sino que exige una oposición sustentada en el sometimiento a la prueba del ADN, quedando el mandato subsistente hasta resolver la oposición y en caso de ser desamparada se vuelve en declaración judicial de filiación, es un proceso monitorio *sui generis*.<sup>63</sup>

Como se aprecia, no se exige que la acción se encuentre sustentada en medios de prueba consistentes en documentos (principio de prueba escrita), no se está ante un proceso monitorio documental en que la emisión del mandato (de pago) se encuentra supeditada a que el crédito se encuentre probado con documentos, en donde la oposición del deudor no hace caer sin más el mandato de pago, pero tiene, en cambio, el efecto de abrir un juicio de cognición en contradicción en el cual el tribunal, valorando en sus elementos de derecho y de hecho las excepciones del demandado, debe decidir si éstas son tales que demuestren la falta de fundamento del mandato de pago o si por el contrario, éste merece, a base de las pruebas escritas ya proporcionadas por el actor, ser mantenido y hecho ejecutivo.<sup>64</sup>

Básicamente, este proceso presenta las siguientes características:

- a. El proceso se dirige y lo ve un Juez de Paz Letrado y no uno de Familia, lo que ha generado severas críticas. Así, la procesalista

Ariano Deho alude que: “Es muy probable que se le haya atribuido la competencia al juez de paz letrado por el noble argumento de ‘facilitar el acceso’ y el, no tan noble, de ‘evitar la casación’, es decir, para que el asunto muera en línea de tendencia ante el propio juez de paz letrado o, a lo más, ante el juez de familia (artículo 5) sin perturbar ni un poco con estas cuestiones ni a las Salas de la Corte Superior ni, por cierto, a las Salas de la Corte Suprema. Ergo, por implícito, el legislador descarta que este tema pueda dar lugar a problemas de ‘nomofilaquia’ que precise de la intervención de la Corte Suprema. Lo que es todo decir”.<sup>65</sup>

- b. La nueva ley permite a “quien tenga legítimo interés” poder accionar por paternidad a favor de un tercero, que se justifica en “una acción iniciada en defensa de los intereses del menor”.<sup>66</sup>
- c. Es un proceso basado en la efectividad del ADN. Este proceso se fundamenta, es decir, tiene su *ratio essendi*, en la fuerza y contundencia de los resultados genéticos que pueden obtenerse del ADN (99,99 % de efectividad).<sup>67</sup>
- d. Se basa principalmente en la actividad procesal de la demandante, y que se evidencia en un fácil acceso a la justicia, que en un país como el nuestro representa un gran cambio y por el cual su gran aceptación en la sociedad, sobre todo si se considera que los

anteriores procesos se seguían según las reglas del proceso de conocimiento, de más larga duración.

- e. Efectivamente, la demanda se inicia por la sola solicitud, sin que se promueva mayor actividad probatoria, excepto la del ADN. Así, si el demandado en diez días no se opone se expide el mandato de paternidad<sup>68</sup>, lo que evidentemente genera un problema cuando no se conoce el domicilio real del emplazado o cuando intencionalmente se indica otra dirección, pues ni siquiera el acudir al RENIEC es una solución, habida cuenta de que sus datos muchas veces no son actualizados por los propios interesados y no puede dar fe plena del domicilio actual del demandado, por lo que el emplazamiento resulta ser la llave para la vulneración de los derechos fundamentales.<sup>69</sup> El emplazado sólo puede oponerse si se somete a la prueba del ADN, es decir, no hay ninguna otra posibilidad de poder actuarse otras pruebas, el ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo. Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad. Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será

condenado a las costas y costos del proceso. Por el contrario, si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso. La declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El juez de familia resolverá en un plazo no mayor de diez días, sin embargo, cabe preguntarse ¿cuál o cuáles serían los argumentos que pueden sostener válidamente una apelación? ¿tal vez otra prueba pericial de ADN habida cuenta que la primera estuvo mal hecha?

En consecuencia, no se puede decir que en el proceso especial previsto en la ley 28457 se dé la posibilidad de pasar a un juicio de cognición en contradicción, al haber prescindido de etapas procesales fundamentales, como son el saneamiento –para verificar la validez de la relación procesal, asimismo, el emplazado no tiene la posibilidad de cuestionar la relación procesal ni formular excepciones– el saneamiento probatorio y actuación de medios de prueba –el demandado no tiene libertad para ofrecer sus medios de prueba, tampoco puede formular cuestiones probatorias, ni puede negarse a practicarse la prueba de ADN– tampoco tiene posibilidad de ser oído –no se le permite alegar y

aunque lo hiciera no va a ser oído, pues el Juez solo va a resolver en base al resultado de la prueba de ADN-. En consecuencia no se está ante un proceso monitorio puro, ni documental; por lo que se considera que el proceso previsto en la ley 28547 es uno diferente que rompe el equilibrio que debe existir entre un proceso eficaz y rápido con el pleno ejercicio del derecho de defensa del emplazado.

### **2.4.3. La filiación extramatrimonial en la legislación extranjera**

#### **Brasil**

Por Ley N° 8560, del 29 de diciembre de 1992, se regula la investigación de oficio de la paternidad de los hijos extramatrimoniales, estableciéndose que todo registro de nacimiento debe indicar el nombre del padre a fin de permitir su indagación. En doctrina brasilera existen tres tipos de reconocimiento: el voluntario, el administrativo y el judicial. Esta Ley tiene como objetivo facilitar el reconocimiento de los hijos imponiendo en su oportunidad las responsabilidades debidas a los padres biológicos.

Parte del texto que interesa para fines del presente tema dice:

*Art. 2° Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim*

*de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação. § 1º O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída. § 2º O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.*

*§ 3º No caso do suposto pai confirmar expresamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.*

*§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.*

El aporte de este trámite es:

- a. En casos de nacimiento con maternidad establecida se remitirá al juez los datos del supuesto padre para que inicie la investigación.
- b. Intervención de la madre y notificación al supuesto padre.

c. Respeto a la intimidad y cautela de los intereses personales con la reserva del proceso.

d. Fomento de la conciliación para el reconocimiento de la paternidad y abreviación del proceso.

e. Si el supuesto padre no contesta en 30 días, el juez requerirá al fiscal para que inicie investigación del nexo filial.

Esta ley ha permitido que en Brasil se tienda a una reducción de los hijos sin padre, carentes de reconocimientos, que en cifras es desbordante como lo recuerda la profesora Ana Liési Thurler al indicar los cerca de 800 mil niños nacidos anualmente en Brasil quedan sin reconocimiento.

### **Costa Rica**

En este país es la Ley N° 8101 de Costa Rica, denominada Ley de paternidad responsable, del 27 de abril de 2001. Esta ley dispone un proceso administrativo a través del cual se busca dar solución a un problema tan real y humano como es la filiación, incorporándose mediante el artículo 1 una modificación a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil (que es una norma similar al Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de identificación y Estado Civil del Perú).

De forma esquemática, la ley citada trata del acto de inscripción de los hijos extramatrimoniales de la siguiente manera:

1. Si la declaración de nacimiento es realizada por ambos padres, dejarán constancia de sus datos.
2. En caso de ausencia del padre, la madre firmará el acta indicando el nombre de aquel. Para estos efectos:
  - a) El registrador le informará las consecuencias y responsabilidades si señala como padre a quien, luego de someterse a las pruebas biológicas, sea descartado.
  - b) Se considera la efectividad de la prueba de ADN y su carácter obligatorio.
3. El niño será inscrito con los apellidos de la madre.
4. Se requiere al presunto padre para que en el plazo de diez días, manifieste su posición, bajo apercibimiento de declararse la paternidad mediante reconocimiento administrativo de filiación.
  - a. La no aceptación de la paternidad conlleva la realización de exámenes genéticos.
  - b. El no apersonamiento o la negativa a la prueba genética determina la presunción de paternidad; en este caso se inscribe con los apellidos de ambos progenitores, siempre que la madre y el niño se hubieren practicado la prueba.

- c. La declaración administrativa de paternidad genera el vínculo propio de la paternidad.
- 5. Contra la declaración administrativa de paternidad:
  - a. No procede recurso administrativo, ni incidente de suspensión de ejecución, ni medida cautelar que busquen enervar sus efectos.
  - b. Procede judicialmente un proceso de impugnación, el que no suspenderá la inscripción del menor.
- 6. En cuanto a la realización de la prueba, la ley indica que los laboratorios del Seguro Social:
  - a. Realizarán gratuitamente la prueba; y,
  - b. Custodiarán la prueba y comunicarán al Registro Civil los resultados.

### **Estados Unidos de Norteamérica**

El esclarecimiento de la filiación tiene las siguientes características: en el caso de que los progenitores no sean casados, se necesita que ambos firmen un Reconocimiento o Declaración de Paternidad (Acknowledgement of Paternity). En muchos casos estos firman en el hospital el día del nacimiento, en su defecto se puede recurrir a: El Departamento Demográfico Local (Bureau Of Vital Statistics), Oficinas de Ayuda al Niño (Child Support Division) o cualquiera de las Oficinas de

Bienestar Público. Se tiene que formalizar la declaración, pagar una cuota para agregar el nombre del padre a la partida de nacimiento y enviarla al departamento de Servicios Sociales.

Si el supuesto padre no quiere reconocer voluntariamente la paternidad, la madre puede pedir a la Corte que la ayude al esclarecimiento de la filiación del menor; es obligación de la Oficina del Procurador de cada Estado velar para que cada niño tenga un padre. Para este fin se realizará una serie de preguntas personales a la madre para conseguir la mayor información posible sobre el supuesto padre y el tipo de relación que mantenían (cartas, regalos, fotografías, testimonios que confirmen la relación entre ambos).

En la mayoría de situaciones las pruebas genéticas son necesarias para decretar con exactitud la paternidad y son ordenadas por las cortes para identificar al padre. Todos los Estados norteamericanos reconocen – aparte de los célebres *blood test*– la prueba de ADN como evidencia de paternidad. Si una de las partes disputa el resultado de las pruebas, esta tiene derecho a requerir, bajo costo personal, un segundo análisis de ADN.

## **Chile**

El 5 de julio de 2005 se publicó en Chile la Ley 20030 que “Modifica el Código Civil” en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad y a la valoración de los medios de prueba”. La ley elimina el reconocimiento judicial mediante la confesión de paternidad o maternidad prestada bajo juramento la que tenía un trámite de aplicación excepcional, siendo el procedimiento dispuesto el ordinario.

Se unifican las vías voluntaria y contenciosa en un proceso único de reconocimiento de filiación que debe adecuarse a las normas procesales dispuestas en la Ley N° 19968 (2004-08-30), que crea los Tribunales de Familia. Se mantiene el inciso 1 del artículo 188 del Código Civil que contempla el reconocimiento sin la intervención del progenitor a quien se le atribuye la filiación, bastando que se solicite la consignación del nombre al momento de la inscripción del nacimiento.

El artículo 199 del Código Civil chileno queda modificado manteniéndose el inciso 1 referido a que las biopruebas serán practicadas por el servicio médico legal o por laboratorios idóneos designados por el juez. El costo es asumido por el Estado si son ordenadas judicialmente.

Las partes tendrán derecho, por una sola vez, a solicitar un informe pericial biológico.

Lo novedoso de esta ley radica en la incorporación de los incisos 2, 3, 4, y 5 en el artículo 199 del Código Civil. Por vez primera, en Chile, se otorga a las biopruebas valor suficiente para establecer la filiación extramatrimonial o excluirla. Antes de su vigencia no se les otorgaba tal carácter, solo se permitía la presentación de toda clase de pruebas para el esclarecimiento de la filiación, las que podían ser decretadas de oficio o de parte, el solo testimonio es insuficiente (Cfr. artículo 198). Se consagra el principio de inmediación disponiéndose que “(...) El juez recabará por la vía más expedita posible, antes de dictar sentencia, los resultados de las pericias practicadas que no hubieren sido informados al Tribunal”, se mantiene el sistema abierto en cuanto a la presentación de pruebas pero con el matiz que la prueba del ADN prevalece sobre las demás.

Respecto de la negativa a someterse a la prueba científica se dispone la presunción en caso sea injustificada (es decir, citada dos veces, bajo apercibimiento de aplicarse la presunción de filiación, no concurre a su realización). De esta forma, se establece una presunción *iuris tantum*, lo que se deduce de una lectura sistemática del artículo 220

del Código Civil que indica la no procedencia de la impugnación de una filiación declarada por sentencia firme, salvo lo dispuesto por el artículo 320 del Código (al presunto padre o madre o hijo no le será oponible la sentencia de filiación, pudiendo iniciar la acción de filiación correspondiente).

En esa medida se desvirtuará la presunción si se demuestra que la filiación declarada judicialmente (por negativa injustificada a la prueba pericial biológica) no coincide con la realidad. Además, se agrega el artículo 199 al Código Civil que dispone: si interpuesta la acción de reclamación de filiación el demandado reconoce su paternidad, el procedimiento termina. Si no comparece, o niega o manifiesta dudas acerca de su paternidad el juez ordenará la práctica de la bioprueba.

Con ello se alcanza el objetivo de contar con un procedimiento único de reconocimiento de la paternidad o maternidad que unifique las vías voluntaria y contenciosa, lo que está en concordancia con la derogación de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 188 del Código Civil, tal como se adelantara. Asimismo, se dispone la subinscripción del acta que establece el reconocimiento judicial. Esto se establece con el fin que el juez no emita sentencia de reconocimiento si el demandado reconoce

voluntariamente. En este caso el Tribunal remitirá al Registro Civil copia auténtica.

## **España**

Es de anotar que en la Constitución española –de manera específica– no hay norma que recoja el derecho a la identidad de la persona ni al nombre; sin embargo, se cree que este es un derecho implícito que –a su vez– se desprende del principio/derecho de dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad que se encuentran contenidos en los siguientes artículos:

### **Artículo 10**

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

### **Artículo 27**

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

### **Artículo 39**

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

El Código Civil español es el que establece que la filiación puede ser matrimonial o no matrimonial, es decir, aquellos nacidos fuera del matrimonio, pero les otorga los mismos derechos que los hijos matrimoniales. En general, sus disposiciones son muy similares a lo expuesto sobre filiación en nuestro país, por lo que solamente se comentará lo referente al proceso de filiación extramatrimonial en este país y sus jurisprudencias a fin de tener una mejor visión del mismo.

Así, se establece que en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas; con lo cual ya se está estableciendo una gran diferencia con lo expuesto en nuestra normatividad. Es más, de manera expresa sostiene que “El Juez no admitirá la demanda si con ella

no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.” Es decir, aun cuando se propusiera como prueba la biológica de ADN, siempre se requerirá el principio de prueba escrita.

Como se aprecia, en el sistema español el proceso judicial para la filiación extrajudicial tiene notables y grandes diferencias con lo actualmente normado por el sistema peruano, el cual se considera abiertamente inconstitucional en tanto que –conforme se explicó en puntos anteriores- atenta contra el debido proceso: derecho a la defensa y derecho a la prueba.

Por la contundencia de la argumentación, se reproduce en extenso los fundamentos jurídicos recaídos en la STC 1407/1992, en donde el Tribunal Constitucional<sup>70</sup> ampara la demanda al sostenerse en la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, pero siempre que exista principio de prueba escrita y señala las pautas en las cuales podría aplicarse tal solución, de este modo:

*1. El presente recurso de amparo nace de un proceso civil de filiación extramatrimonial, entablado por la madre soltera de una menor contra quien ella afirma que fue su progenitor. La demandante alega que la sentencia que, en grado de casación, revocó la declaración de paternidad pronunciada por la Audiencia Provincial vulnera varios de sus derechos fundamentales y de su hija, al dejar sin efecto la reparación de la desigualdad por razón de nacimiento extramatrimonial padecida por ésta. Por el contrario, el demandado sostiene que la desestimación de la demanda de filiación no vulnera ninguno de los derechos alegados, y preserva los derechos de él mismo a la intimidad personal y familiar y a la integridad física.*

*El núcleo de la controversia, tanto en el litigio civil como en el proceso constitucional, gira en derredor de la negativa del varón a someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, que había sido decretada por los órganos judiciales. De las alegaciones de las partes, y de las actuaciones judiciales obrantes ante este Tribunal, se desprenden varios datos de especial relevancia.*

*La demanda civil de filiación, que había sido presentada acompañada con varias actas notariales de manifestaciones y fotografías, fue admitida a trámite por el Juzgado. Personado el demandado, que no pidió la reposición de la resolución de incoación del proceso, se llevaron a cabo diversas pruebas documentales y testificales. Junto a ellas, el Juzgado acordó por providencia de 30 mayo 1988 que se practicara la prueba biológica de paternidad, que había sido solicitada por la parte demandante y por el Ministerio Fiscal, designando como perito oficial al Instituto Nacional de Toxicología. El demandado no recurrió la decisión judicial; su representación procesal presentó escrito el siguiente día 15 junio, negándose a someterse a la prueba biológica. Alegó dos razones: porque la diligencia probatoria carecía de apoyo en el art. 135 Código Civil, al no existir hecho alguno sobre el que pudiera sustentarse la atribución de paternidad; y en virtud del derecho constitucional que le asistía, recogido en los arts. 15 y 18 CE, pues la prueba de paternidad atacaba frontalmente su intimidad.*

*El Juzgado se limitó a tener por efectuadas tales manifestaciones, y la prueba quedó sin practicar. Posteriormente, en grado de recurso de apelación, la Audiencia Provincial atendió la solicitud deducida por la madre demandante, y dispuso de nuevo que se practicara la prueba biológica de filiación de la menor. En su Auto de 11 mayo 1989, la Sección se fundó en que su resultado era de una trascendencia indudable, fuesen cuales fuesen sus resultados; y dispuso que se citara al demandado a comparecer ante el Magistrado ponente, poniéndole de manifiesto tanto la seria trascendencia de la prueba, como las posibles consecuencias legales en el caso de que reiterase su negativa. A la segunda citación compareció el demandado en persona, acompañado por su Abogado, el 11 julio 1989. En el transcurso del acto reiteró su negativa, declarando que no había ninguna razón por la que tuviera que someterse a este tipo de prueba, y que en uso de sus derechos constitucionales se negaba a ella.*

*Estos son los hechos que han dado lugar a las sentencias recaídas en el previo litigio civil, de sentido antagónico acerca de la filiación extramatrimonial reclamada. Como consta con más detalle en los antecedentes de esta sentencia, la clave de la divergencia entre los Tribunales del orden civil estriba en la valoración que efectuaron de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad: la resolución de la Audiencia entendió que esa negativa, sumada a las pruebas practicadas en autos, permitían alcanzar la convicción de que el demandado era padre de la menor; mientras que, por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo declaró que, en ausencia de la prueba biológica, dicha paternidad no había quedado probada.*

*Las cuestiones de alcance constitucional que suscita el presente recurso de amparo son fundamentalmente dos: A) Los derechos fundamentales alegados por el varón demandado para negarse a la práctica del reconocimiento médico; y B) Los efectos que ha podido tener la valoración judicial de dicha negativa en los derechos fundamentales de la demandante, y de su hija.*

*2. El demandado se negó, tanto en el curso de la instancia como luego en el recurso, a colaborar en la práctica de la prueba biológica. Dicha colaboración consiste en permitir que se le extraiga un pequeño volumen de sangre, que según el tipo de comprobación a realizar oscila entre 5 cc y 10 cc. Los resultados de los distintos análisis que pueden llevarse a cabo con esas muestras, junto con las suministradas por los restantes interesados, son de una elevada fiabilidad. La ciencia biológica y la jurisprudencia muestran que el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad; y, cuando es positivo, los laboratorios de medicina legal señalan grados de probabilidad del 99 por 100 [SSTS 30 junio 1989, 5 abril 1990, 2 enero y 11 julio 1991].*

*Las razones ofrecidas por el demandado para justificar su negativa se fundaron en sus derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal, reconocidos por los arts. 15 y 18.1 CE. Pero ni una ni otra de tales razones eran válidas.*

*En efecto, el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada*

*razonadamente por la Autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación. Así lo ha declarado este Tribunal en los AATC 103/1990, fundamento jurídico 4, y 221/1990, fundamento jurídico 3, en donde hemos resaltado que en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares.*

*3. El aspecto decisivo no es, a la luz de esta jurisprudencia constitucional, el sometimiento del varón a la práctica de la prueba biológica; lo decisivo es el sometimiento a la resolución judicial que acuerda la realización de dicha prueba, bien aceptando la propuesta de la parte en ese sentido, bien mediante diligencia para mejor proveer (arts. 566 y 340.3 LECiv). La resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, cuando reúne los requisitos delineados por nuestra jurisprudencia al interpretar los arts. 18.1 y 15 CE:*

*A) Primero, consistir en una intromisión en el ámbito protegido del ciudadano que no es, por sí sola, inaceptable [STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7 y 8, in fine]. Es indudable que no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre*

*no constituye, per se, una injerencia prohibida [STC 103/1985, fundamento jurídico 3]. Y la extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo con la STS 14 noviembre 1987, no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona (ATC 221/1990, fundamento jurídico 3).*

*B) En segundo lugar, debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia. En este caso, no solamente el art. 127 del Código Civil [redactado por la Ley 11/1981, de 13 mayo] da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas de investigación de la filiación; dicho precepto no es más que la instrumentación de un terminante mandato constitucional. El art. 39.2 CE declara que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad», e inscribe esta prescripción en la idea de «protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación». Lo cual conecta directamente con el art. 14, en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento. Y, por añadidura, la Constitución establece directamente un deber: «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio» (art. 39.3 CE). La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica, como ha destacado la doctrina del Tribunal Supremo.*

*Así pues, las resoluciones judiciales que disponen la investigación de la filiación sirven directamente fines constitucionales; y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando ésta es desconocida.*

*C) En tercer lugar, las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos*

*para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos.*

*D) En ningún caso puede disponerse por el Juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud. En cualquier caso la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos.*

*E) Por último, la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7.3 y 8, párr. 3 a 5). Ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial.*

*Ninguna de las partes cuestiona desde este punto de vista el Auto por el que la Audiencia Provincial, a diferencia del Juzgado de Primera Instancia, acordó motivadamente la realización de la prueba. Por lo demás, basta con leer los razonamientos de las tres sentencias dictadas en el litigio previo para advertir, sin género de duda, la gran trascendencia que su práctica tenía para permitir el esclarecimiento judicial de la paternidad de la menor.*

*4. Desde estas coordenadas, el demandado en un proceso de filiación no matrimonial sólo podría legítimamente negarse a someterse a unas pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye (STC 37/1989, fundamento jurídico 8.3), o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud. Pero para salvaguardar el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas frívolas o torticeras, la ley ya establece dos precauciones:*

*A) La primera, que «el Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda» (art. 127.2 CC). Es cierto que la jurisprudencia interpreta este requisito con criterio amplio, precisamente para no reducir las posibilidades de investigación. Pero es igualmente cierto que se establece una barrera*

*a demandas carentes de todo fundamento; y, sobre todo, que el demandado puede pedir la reposición de la admisión, discutiendo en la fase liminar del proceso la seriedad de la demanda de filiación [STS 15 marzo 1989]. B) La segunda, y decisiva, salvaguardia legal se sitúa en el acto mismo de decidir la realización de las pruebas biológicas: éstas solo proceden si no son «impertinentes o inútiles» (art. 566 LECiv). Criterio legal que, unido a la trascendencia de este tipo de prueba, y a la posibilidad que tiene el órgano judicial de decidir sobre su práctica al final del período probatorio, o incluso después, mediante diligencia para mejor proveer (arts. 569 y 340.3 LECiv), conduce a que la autoridad judicial sólo disponga la realización de pruebas biológicas cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulte del todo necesario para esclarecer una paternidad posible, no meramente inventada por quien formula la acción de filiación, como ha declarado la Sentencia de casación de 24 mayo 1989.*

*En estas dos fases –la admisión de la demanda, la admisión de la prueba biológica– el demandado puede oponerse, y ofrecer sus razones en contra de su práctica. Ahora bien una vez decidido por el Juzgado que es preciso realizarla porque no pueda obtenerse la evidencia de la paternidad a través de otros medios probatorios, el afectado está obligado a posibilitar su práctica. No sólo por deberes elementales de buena fe y de lealtad procesal, y de prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE); sino por el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE). Deber que puede verse defraudado cuando se niega la paternidad sin razón, con el solo objeto de eludir las responsabilidades y obligaciones derivadas de la misma.*

*5. En conclusión, por tanto, los límites que los arts. 18.1 y 15 CE pueden imponer a la investigación de la filiación no justifican, en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil precedente a someterse a la práctica de las pruebas que habían sido decretadas por el Juzgado, primero, y por la Audiencia Provincial, luego. Su oposición sólo hubiera sido lícita, desde la óptica de tales derechos fundamentales, si se fundara en la inexistencia de razones que justificasen la decisión judicial de realizar la prueba. Inexistencia*

*que no es en modo alguno aceptable, dada la motivación ofrecida por el Auto de 11 mayo 1989 que ordenó la práctica de la prueba, y a la vista de los indicios que fueron puestos de manifiesto tanto en la sentencia de instancia como en la de apelación, aun cuando fuera con resultados divergentes. Las discrepancias puestas de manifiesto entre los diversos Tribunales del orden civil que han conocido del litigio recaen sobre la valoración de la prueba acerca de la paternidad, no, desde luego, sobre la pertinencia de la prueba biológica.*

*Las serias dudas suscitadas por la demanda presentada en interés de la menor hacía indudablemente necesaria la práctica de la prueba biológica, como informó en su día el Ministerio Fiscal. Y las discrepancias y vacilaciones de los Tribunales civiles, al pronunciarse sobre una cuestión de tal importancia para el interés público como es la filiación de un menor de padre desconocido, acreditan elocuentemente que dicha prueba debía haberse practicado, clarificando en términos difícilmente rebatibles el conflicto y haciendo posible una declaración judicial apoyada en elementos de convicción sólidos y fiables.*

*Lo cierto es que, sin embargo, la negativa del demandado produjo como resultado que no se llevara a cabo la práctica de la prueba. El Tribunal Supremo, aun reconociendo que la negativa a la investigación de la paternidad, que establecía nuestro Código Civil al influjo del Código napoleónico, contradice la terminante prescripción del art. 39 CE y del art. 127 del CC, sostiene que la investigación de la paternidad no puede imponerse obligatoriamente, en cuanto al sometimiento de las pruebas biológicas, porque ello quizás vulneraría el art. 10.1 CE, pero añade que ante la voluntaria y obstinada negativa a prestar su colaboración el hipotético padre biológico interesado por injustificadas causas, tal negativa a la colaboración del presunto padre no puede considerarse como ficta confessio, siendo necesario por ello la presentación en forma incontrovertible de otras pruebas no biológicas absolutamente definidas, habiendo quedado así la demanda sin un soporte serio de prueba, al haber quebrado la posibilidad de una contrastación biológica.*

*En la demanda se afirma que al actuar de esta manera, la sentencia de casación impugnada en este recurso ha sumido en indefensión a la madre y a la hija demandantes, vulnerando el art. 24.1 CE, y ha*

*permitido que prevalezca una discriminación por razón del nacimiento no matrimonial, desconociendo lo dispuesto por los arts. 14 y 39 CE, y dejando burlado el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la filiación, que de modo terminante establece el ap. 2 de dicho art. 39. Pretende por ello que anulemos la sentencia del Tribunal Supremo y, en consecuencia dejemos firme la sentencia de la Audiencia Provincial que reconoció a la recurrente su derecho a la filiación.*

*La recurrente centra su pretensión, por tanto, en que se determinen en la presente sentencia las consecuencias concretas, en el terreno probatorio, de la negativa a someterse a la prueba biológica. Pero la respuesta a esta pretensión, tal como está planteada, requiere precisiones adicionales.*

*6. Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad, la prueba biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación.*

*Como hemos declarado en la STC 227/1991, fundamento jurídico 5.º, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha*

*parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa [STC 98/1987, fundamento jurídico 3, y 14/1992, fundamento jurídico 2]. Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991, fundamento jurídico 3).*

*En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE [STC 227/1991, fundamento jurídico 3, 14/1992, fundamento jurídico 2, y 26/1993, fundamento jurídico 4], colocándola en una situación de indefensión.*

*7. En el presente caso no se trata, pues, de que se corrijan en la sentencias las valoraciones de hecho efectuadas por los Tribunales de procedencia —actuación que está vedada a este Tribunal, a tenor de lo establecido en el art. 44.1 b) de su Ley Orgánica reguladora—, sino de enjuiciar la conducta de aquéllos, a la luz de las exigencias impuestas por el art. 24.1 CE, que perviven a todo lo largo del devenir del proceso, también en su fase probatoria.*

*La tutela judicial constitucionalmente garantizada viene calificada por su efectividad, y esta característica, aunque no imponga necesariamente el éxito de la pretensión ejercitada –como se ha afirmado en doctrina de este Tribunal tan abundante que excusa su cita–. En lo referente a la actividad probatoria, sí exige de Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica en este caso, son idóneas, casi insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión; que son accesibles, en las condiciones antes examinadas, y cuya necesidad había sido reconocida por el propio Tribunal sentenciador en su resolución ahora impugnada.*

*Sin desconocer la conveniencia –apreciada por los Tribunales de las distintas instancias– de una intervención legislativa específica que despeje las dudas al respecto, la legislación vigente, tanto penal como procesal, proporciona al Juez los medios suficientes para actuar con esa diligencia que le exige el mandado constitucional, y, por todo lo dicho, resulta imperativa su utilización. Ello porque afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante, y –legitimando la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa– fallar sobre la base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial, que se ampara en la aplicación de reglas formales (las que distribuyen la carga de la prueba ex art. 1214 CC), que en un contexto como el presente devienen formalistas provocando la infracción de las obligaciones que al juzgador impone el mencionado art. 24 CE.*

*Lo anterior aparte, en este caso la infracción constitucional se ve agravada desde el momento en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el art. 39.1 CE, desconociéndose a su vez el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad, lo que exige una interpretación de los correspondientes preceptos procesales finalista y adecuada para hacer posible la práctica de la prueba cuya obligatoriedad no es constitucionalmente cuestionable. Como señalamos con anterioridad, la investigación judicial de la filiación sirve directamente a fines*

*constitucionales, enunciados en términos claros y rotundos por el art. 39 CE, y, por ende, la actuación de los Tribunales ve acentuado el rigor de la exigencia anteriormente enunciada, a fin de procurar que los padres cumplan sus deberes respecto a sus hijos menores, venciendo las resistencias injustificadas de aquéllos.*

*8. Procede, pues, otorgar el amparo solicitado. Ahora bien, la necesidad de que se haga efectivo también el derecho a un proceso sin indebidas dilaciones, tal como viene consagrado en el art. 24.2 CE aconseja perfilar el fallo de tal modo que anule sólo aquellas resoluciones judiciales que de forma directa e inequívoca han infringido el derecho fundamental. Y es claro que este defecto se hace patente en la resolución del Tribunal Supremo impugnada. No así en la de la Audiencia Provincial de Madrid que, corrigiendo las infracciones constitucionales apreciadas en la sentencia de instancia, utilizó medios válidos y antes empleados por el mismo Tribunal Supremo para salvaguardar los derechos del menor y de la madre. En concreto, considerando la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como un indicio, tanto más consistente cuanto más reiterado, que en conjunción con las restantes pruebas aportadas por la demandante, que no corresponde valorar a este Tribunal en su conjunto contribuyó a zanjar con un medio de prueba apto en derecho –la prueba de presunciones ex art. 1253 CC– la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa del demandado, dando, en el presente caso, adecuada respuesta con las técnicas probatorias existentes en nuestro Derecho, a los problemas ocasionados por la conducta obstruccionista del demandado.”*

Se tiene también una interesante Sentencia de fecha 14-02-2005, en la que el Tribunal Constitucional español, reiterando su doctrina jurisprudencial, sostiene que la mera negativa a someterse a la prueba biológica no puede conducir a la afirmación judicial de aquella y sostiene que se vulnera el derecho a la tutela judicial la sentencia del TS que se

aparta, aislada y ocasionalmente, de la línea jurisprudencial consolidada que sostiene el acopio de otras pruebas y su valoración conjunta. Véase:

*...“la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia recurrida en amparo, al atribuir al ahora demandante la paternidad reclamada con base única y exclusivamente en la negativa de éste a someterse a la prueba biológica, prescindiendo del resto de la prueba practicada en el proceso y de la valoración conjunta de aquella y ésta, se ha separado de manera aislada y ocasional de una consolidada línea jurisprudencial, de la que son exponentes, entre otras muchas, las Sentencias que se citan en la propia Sentencia impugnada y las que, además, invoca el demandante de amparo, que no sólo se venía manteniendo con normal y total uniformidad antes de adoptar esta decisión divergente ahora recurrida en amparo, sino que también se ha continuado con posterioridad y persiste en la actualidad. Doctrina jurisprudencial según la cual, como ya hemos tenido ocasión de reflejar, la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es base para suponer una ficticia confessio, aunque representa o puede representar un indicio valioso que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a aquéllas en sí mismas y por sí solas no sean suficientes para estimar probada una paternidad que de por sí es de imposible prueba absoluta (por todas, SSTS 8 de marzo de 1995; 11 y 28 de mayo de 1999; 26 de junio de 1999; 2 de septiembre de 1999; 17 de noviembre de 1999; 22 de mayo de 2000; 22 de noviembre de 2000; 24 de mayo de 2001; 3 de noviembre de 2001; 27 de diciembre de 2001; 17 de julio de 2002; 7 de julio de 2003; 11 de marzo de 2003; 11 de septiembre de 2003; 1 de octubre de 2003; 29 de junio de 2004; 2, 6, 7, 9, 15 y 16 de julio de 2004; 1 de septiembre de 2004).”*

## **CAPÍTULO III**

### **MARCO METODOLÓGICO**

#### **3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

Esta investigación es básicamente de carácter descriptivo-explicativo, pues busca explicar que la Ley 28457 – Ley de Declaración Judicial de filiación extramatrimonial vulnera el debido proceso, así como los derechos fundamentales de la defensa, a la prueba y al principio de la doble instancia, por lo que resulta ser inconstitucional, generando problemas jurídicos y hasta socio-económicos, entre otros, a fin de plantear soluciones que se puedan presentar ante las autoridades competentes.

#### **3.2. MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN**

Se utilizó los métodos analítico, deductivo-inductivo, y descriptivo-explicativo en la investigación, a fin de utilizar con propiedad los datos obtenidos sobre las variables de estudio.

### **3.3. UNIVERSO DE LA INVESTIGACIÓN Y MUESTRA**

Se tomó como población materia de estudio: los procesos especiales establecidos por la Ley 28457, así como los justiciables y los denominados operadores de derecho que desempeñan sus funciones en los Juzgados de Paz Letrado de Tacna, abarcando el período 2010-2012. Se toma una muestra del treinta por ciento (30 %) del total de dichos procesos, de manera aleatoria, pues se considera que tal porcentaje da un alto nivel de seguridad en el análisis de los resultados. Igualmente, se consideró entrevistas y encuestas a magistrados, abogados y justiciables.

### **3.4. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN**

La recolección de datos estuvo dado por:

- a) Fichaje de bibliografía y de resumen que se obtuvieron sobre el tema con carácter general y especializado, así como los que se obtuvieron de la biblioteca de la Facultad y de los que se adquirió por la compra o expedición de copias por cuenta propia.
- b) Análisis documental respecto de la doctrina a considerar en la presente investigación, así como de las teorías y de las normas relacionadas al tema, para lo cual se utilizó las fichas obtenidas.

- c) Se estudió casos relacionados con el tema de investigación, escogidos aleatoriamente, para lo cual se visitó a los diferentes juzgados del distrito judicial mencionado.
- d) Encuestas que se elaboraron en función del problema planteado, las hipótesis y variables identificadas, precisando las preguntas más adecuadas en un cuestionario, siguiendo criterios científicos, y para la toma de las muestras se visitó a los diferentes juzgados del distrito judicial mencionado.
- e) Entrevistas con los distintos operadores de derecho que laboran en la sede judicial mencionado, de conformidad a los porcentajes y distribución planteados con anterioridad, para lo cual se visitó en dichos lugares.

### **3.5. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS**

Obtenidos los datos de la investigación, se procedió a su procesamiento y análisis del siguiente modo:

- a) Selección y representación de variables, es decir, se seleccionaron las respuestas de las encuestas y entrevistas de acuerdo a las variables formuladas.
- b) Matriz tripartita de datos, en la que se almacenaron provisionalmente la información obtenida y que previamente había sido seleccionada.

- c) Pruebas estadísticas en función de las diversas técnicas: tablas cruzadas, distribución de frecuencias, asociación y correlación entre variables.
- d) Uso del procesador sistematizado que facilitó la labor estadística: básicamente aquellos contenidos en el Programa Windows 2007.

**CAPÍTULO IV**  
**RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE LA**  
**INVESTIGACIÓN**

**4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

**4.1.1. Hipótesis general**

Si la Ley 28457 – Ley de Declaración de filiación extramatrimonial no respeta las garantías constitucionales de un debido proceso, entonces, la norma resulta ser inconstitucional.

**4.1.2. Hipótesis secundarias**

Si la Ley 28457 – Ley de Declaración de filiación extramatrimonial no respeta las garantías constitucionales de un debido proceso, entonces, se afecta el derecho de defensa, a la prueba y al principio de doble instancia del demandado.

Si las garantías constitucionales de un debido proceso son aplicables a todo proceso, entonces, también son aplicables al proceso civil como al procedimiento de filiación extramatrimonial.

## **4.2. VARIABLES E INDICADORES**

### **Relacionados con hipótesis principal**

- a) Variable independiente: Ley 28457 – Ley de Declaración de filiación extramatrimonial no respeta las garantías constitucionales de un debido proceso.
- b) Variable dependiente: norma resulta ser inconstitucional

### **Relacionados con hipótesis secundaria**

- a) Variable independiente: Garantías constitucionales son aplicables a todo proceso.
- b) Variables dependientes: i) afectación al derecho de defensa, a la prueba y al principio de la doble instancia; ii) las garantías constitucionales también son aplicables al proceso civil y al procedimiento de filiación extramatrimonial.

#### **4.3. ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS RESULTADOS. ESTADÍSTICA**

**De las encuestas a magistrados y abogados se tiene los siguientes resultados**

Previamente, es de mencionar las dificultades que se tuvo al momento de la entrevista a los magistrados y abogados, muchos de los cuales se excusaron de atender aduciendo razones de diligencias o tiempo, pareciera que tuvieran cierto temor a las encuestas en tanto que se verían expuestos en sus conocimientos, a pesar que se les dijo que eran anónimas.

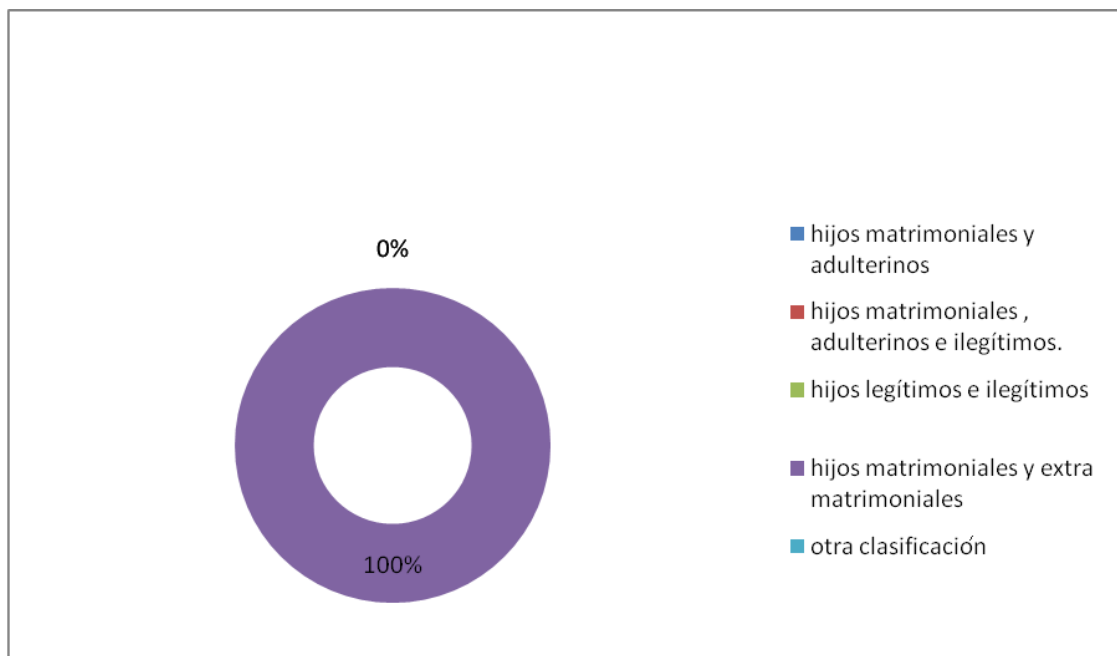


Figura 1. Clasificación de los hijos según el ordenamiento jurídico

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Se debe recordar que en nuestro sistema jurídico, hasta el Código Civil de 1936, existía una clasificación muy variada respecto a los hijos, resaltándose –sin embargo- aquella que dividía entre hijos legítimos e ilegítimos, lo que generaba un gran problema en la prole no solo respecto al vínculo paterno-filial y todas las consecuencias jurídicas que ello genera, sino incluso de carácter afectivo-emocional.

Con la Constitución de 1979 y posteriormente con el Código Civil de 1984 tal situación cambió y hoy solo hay aquella clasificación entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales y la obligación adicional, dirigida al funcionario público, de que en la partida no se debe hacer mención al estado civil de los padres; por lo que las consecuencias jurídicas que genera la relación paterno-filial es igual para todos los hijos (alimentos, sucesión, patria potestad, etc.) independiente de su condición si fue nacido dentro o fuera del matrimonio. Es algo en que los profesionales en derecho hay unánime consenso, en atención a las entrevistas tenidas con los especialistas en la materia de Familia.

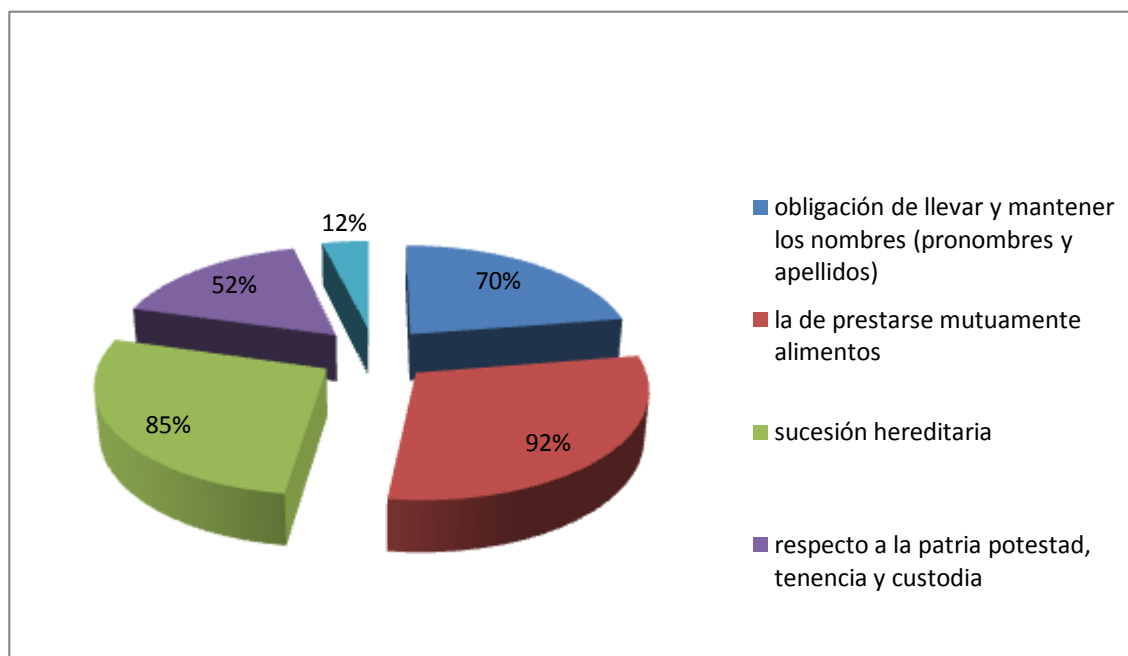


Figura 2. Consecuencias jurídicas

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

En principio, es de aclarar que los datos que aquí se señalan se refiere a lo que para los encuestados era el de mayor recordación, lo que implicaba –en el fondo– la verdadera razón para plantear una demanda de declaración de paternidad, no significa, pues, la prioridad o exclusividad de uno sobre otra consecuencia jurídica de la relación paterno-filial.

Así, es de observar que la obligación alimentaria marca la verdadera razón por la que se interpondría una demanda de declaración de

paternidad, seguida del derecho de sucesión, lo que indicaría que hay un fuerte interés económico que persigue la declaración de filiación, lo cual tampoco debe ser motivo de reproche, puesto que ello forma parte de las consecuencias jurídicas de la relación paterno-filial. Luego viene la obligación de llevar y mantener los nombres (incluyendo los apellidos), así como los referidos a la patria potestad, tenencia y custodia y consejo de familia.

Como se puede deducir, y en atención a que la crianza de un hijo significa no solo el reconocimiento por saber su origen o tener sus apellidos, sino –sobre todo– en contribuir a su manutención que es obligación de ambos padres. Precisamente, la declaración de paternidad va a generar la obligación del padre para acudir con el pago de la pensión alimenticia de su menor hijo, así como los demás derechos u obligaciones que nacen de esa decisión judicial. No se puede estar más de acuerdo con este asunto, más aún si se considera los muchos casos de niños que se encuentran en situación de abandono, se insiste en que debe aplicarse una política más agresiva –por parte del Estado– sobre el significado de la paternidad y maternidad responsable.

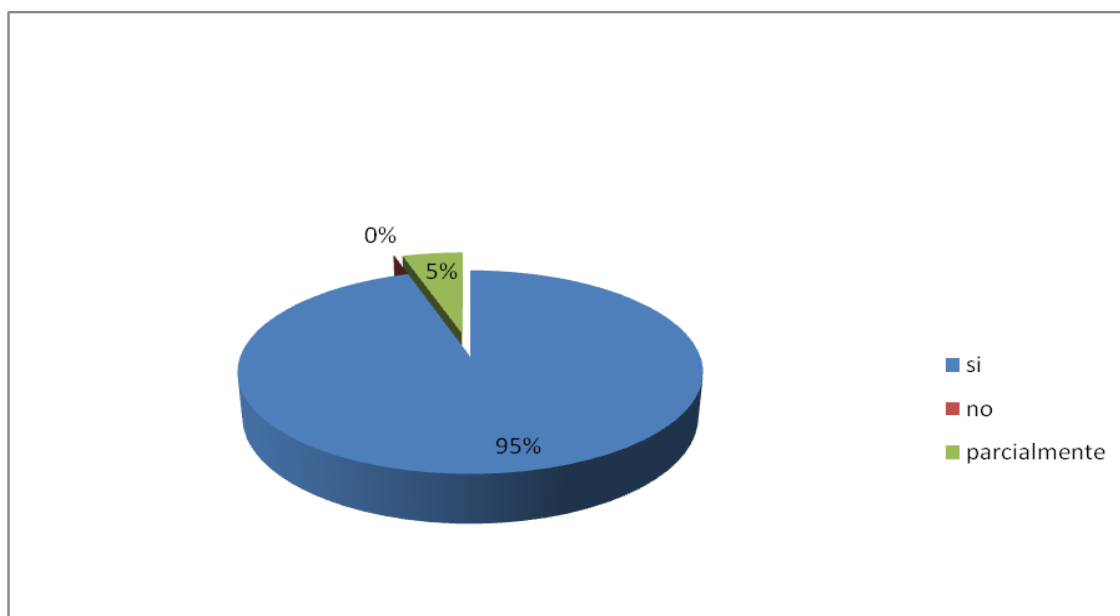


Figura 3. Alcances de la ley 28457

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Con esta pregunta se buscaba verificar si los operadores de derecho entrevistados habían leído la ley materia de esta investigación, en tal sentido todos los entrevistados sostuvieron conocer la Ley materia de análisis, excepto uno que sostuvo no era de la especialidad y que acudía a los Juzgados de Paz Letrado para apoyar a un colega.

Sin embargo, conforme se apreciará posteriormente, tal conocimiento no significa que sean coherentes en su posición, pues si bien sostienen la importancia y tal vez eficiencia en la ley para solucionar un grave problema social, empero, no escatiman en aceptarla aun a pesar que reconocen afecta el debido proceso.

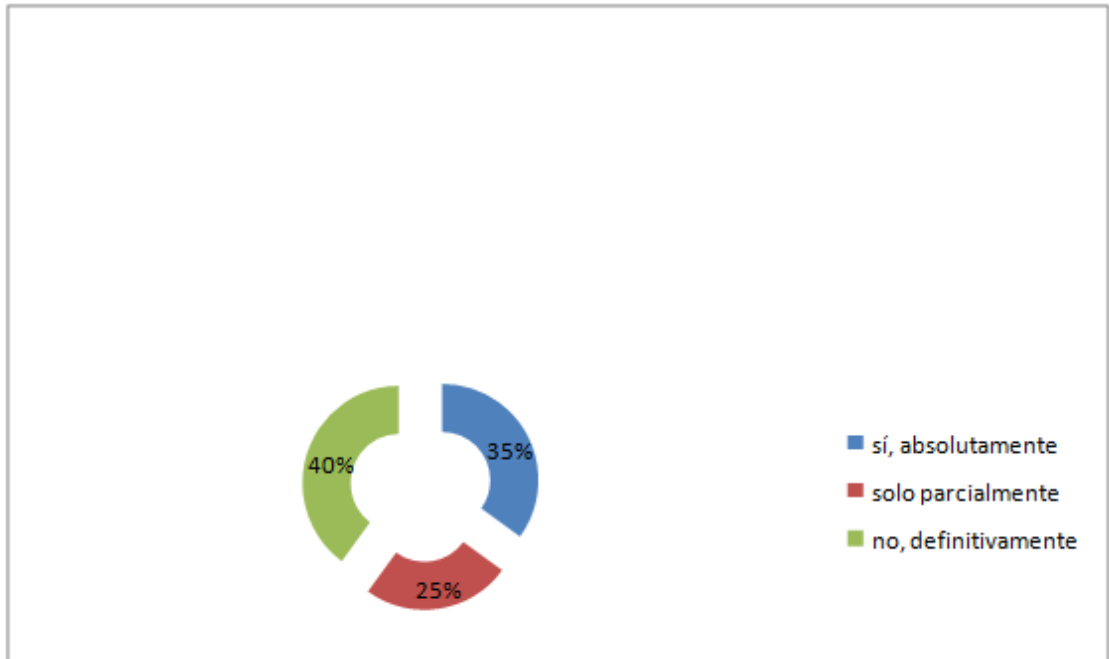


Figura 4. Esta de acuerdo con la ley 28457

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Este cuadro revela lo dividida que se encuentra la judicatura y los abogados respecto a las bondades de esta Ley, sobre todo los especialistas en la materia y que fueron entrevistados, prácticamente por tercios se encuentran divididos entre quienes la apoyan y justifican abiertamente, en tanto que era necesaria para resolver un grave problema social, mientras que otros sostienen su rechazo también abierto basado en razones de afectación de derechos fundamentales, mientras que hay un buen porcentaje que se mantiene expectante.

Y es que el problema de la paternidad es uno que genera mucho apasionamiento en una sociedad aún “machista” como la nuestra, y en la que los menores se ven perjudicados por la irresponsabilidad de sus progenitores, por lo que esta ley se presenta como la solución a tal situación, aun a costa de la afectación a sendos derechos fundamentales.

Los siguientes cuadros no hacen más que confirmar esta fractura existente en la judicatura, abogados y especialistas.

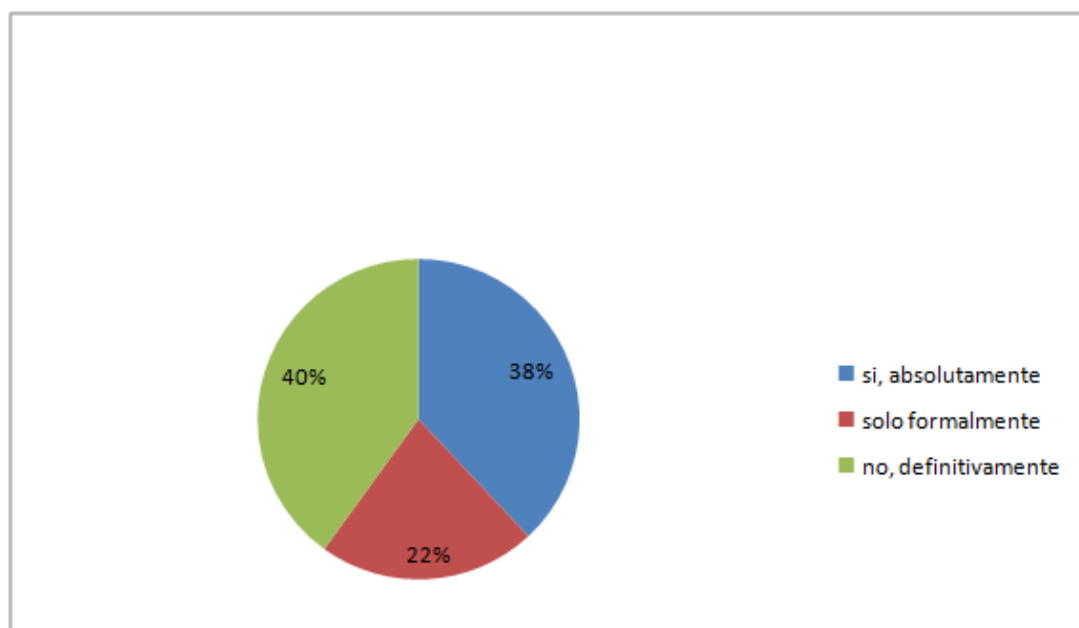


Figura 5. La ley citada permite un debido proceso

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Lo que se comentaba anteriormente, estos resultados no hacen más que confirmar que la ley en comento resulta atentatoria al debido proceso, pues hay un 62 % que se inclina porque tal norma no permite un debido proceso o que este es solo de carácter formal. En consecuencia, ¿es posible mantener la vigencia de una norma sabiéndose que afecta sendos derechos fundamentales? Si la respuesta es únicamente porque – supuestamente– resulta favorable para el menor y no se tiene en cuenta

las otras aristas mencionadas, entonces, se puede opinar que no se promueve la paz social y solo se estaría generando una alarma innecesaria en la población.

Por lo tanto, esta norma debe armonizarse en los loables fines que persigue la ley en cuestión –con la que se está de acuerdo– con lo señalado en la norma *nomarum*, pues de lo contrario se vaciaría de contenido los derechos fundamentales en función de un supuesto fin superior que lo justificaría (la paternidad del menor), algo que es absolutamente inaceptable en una sociedad que se precie de social y democrática.

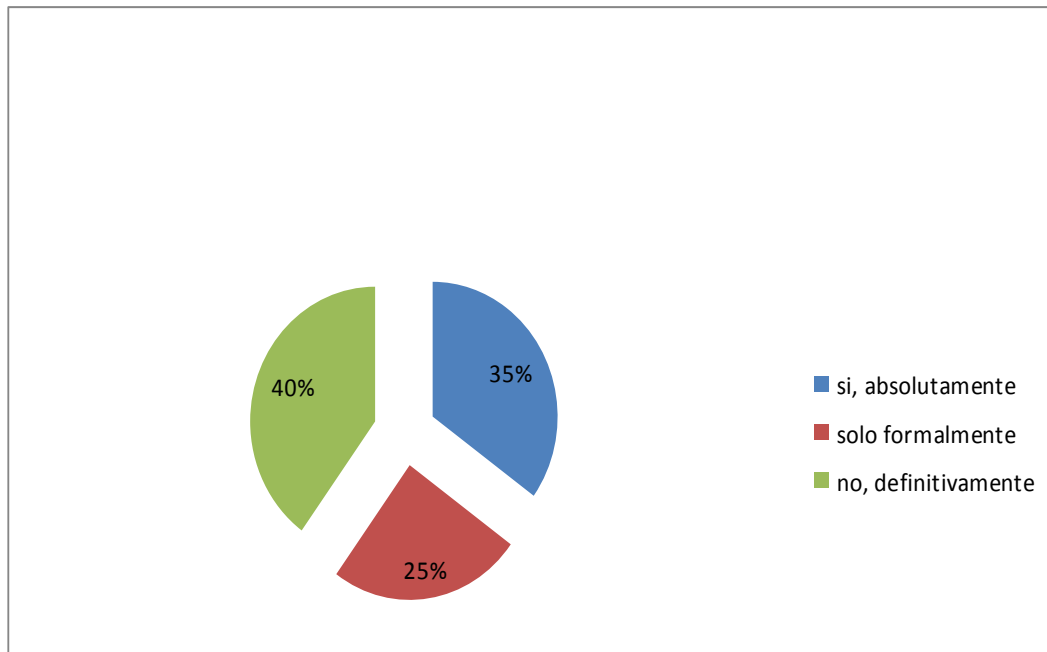


Figura 6. La ley citada permite un debido proceso

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Siendo el derecho de defensa una de las más grandes conquistas del ser humano, ¿es posible que se vea afectado en función de un supuesto fin superior que vendría a ser el reconocimiento de la paternidad?, se reitera que no se considera así. En conversaciones con los entrevistados y especialistas, se advierte que el tema más álgido de la ley referido específicamente al derecho de defensa, es que se puede dictar resolución declarando la paternidad sin tener la absoluta certeza de que el demandante o supuesto padre haya sido debida y efectivamente emplazado con la demanda, pues esta ley permite el cedulón, que en la práctica no resulta ser la más adecuada, máxime cuando –no se debe

olvidar— que la declaración de paternidad genera a su vez sendas consecuencias jurídicas que no se pueden soslayar tan fácilmente, un 65 % de los entrevistados opina que esta norma afecta el derecho de defensa.

Se considera que se debe corregir tal disposición a efectos de que no se recorte y garantizar el efectivo derecho de defensa del emplazado a lo largo del proceso y no limitarse a únicamente un solo acto y prueba de ADN. La exégesis del proceso es el debate y contrastación de posiciones, afirmaciones, pruebas, argumentos... entonces, ¿cómo se puede afirmar un sistema jurídico si se vulnera un importante y clave derecho fundamental?

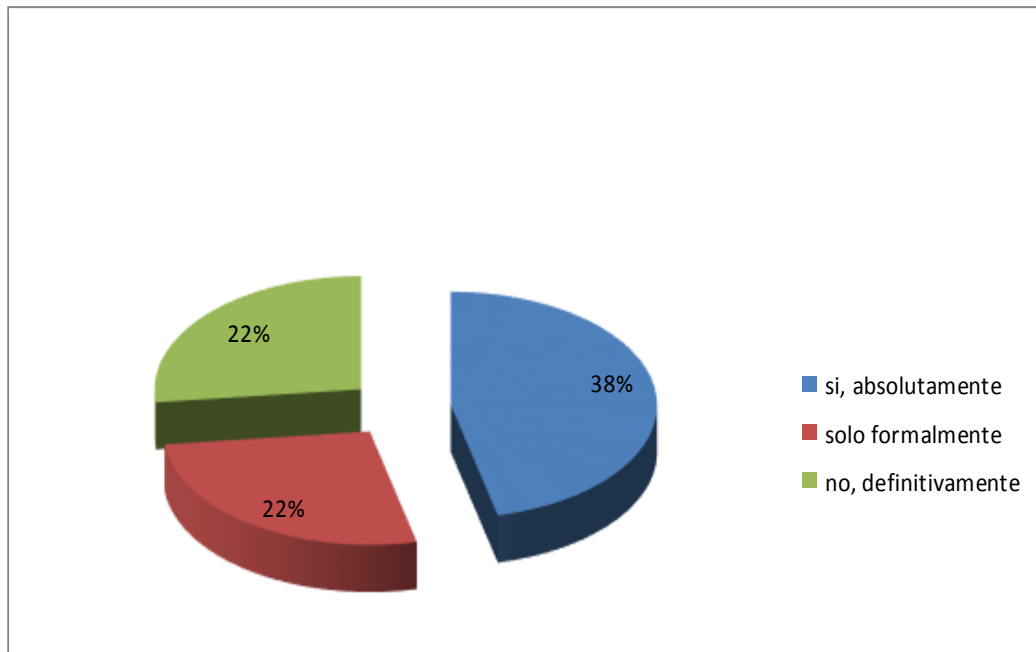


Figura 7. La ley citada permite el ejercicio efectivo del derecho a la prueba  
Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

La sentencia o decisión final del juez debe basarse en la actividad probatoria promovida y actuada por ambas partes y valorada en su conjunto, descartando unas y aceptando otras. Sin embargo, como ya se advirtió al desarrollar el marco teórico de esta tesis, la ley en comento establece un procedimiento muy especial, *sui generis*, en la que se señala como prueba tasada, con credibilidad absoluta a la prueba de ADN, sin que se disponga la posibilidad de poder oponerse o cuestionarse su validez o que exista principio de prueba escrita.

Esta es también para los especialistas en derecho de Familia uno de los puntos más cuestionados de la ley, aunque también es de mencionar que prácticamente se encuentran divididos entre quienes sostienen que no se afecta el derecho a la prueba y otros sostienen lo contrario, en tanto que todo se limita a la actuación de una prueba científica que incluso no va a ser materia de evaluación por el juez, puesto que ya tiene un valor absoluto, inmaculado, con lo que –prácticamente– no hay proceso estrictamente hablando. La bibliografía sobre este punto, es muy contradictoria, pues se adopta una posición u otra.

Entre los abogados litigantes se mantiene estos grandes tercios, pero es manifiesto el reconocimiento de que la ley respeta el derecho a la prueba solo de manera formal, con lo que implícitamente reconocen –nuevamente– que esta ley afecta el debido proceso.

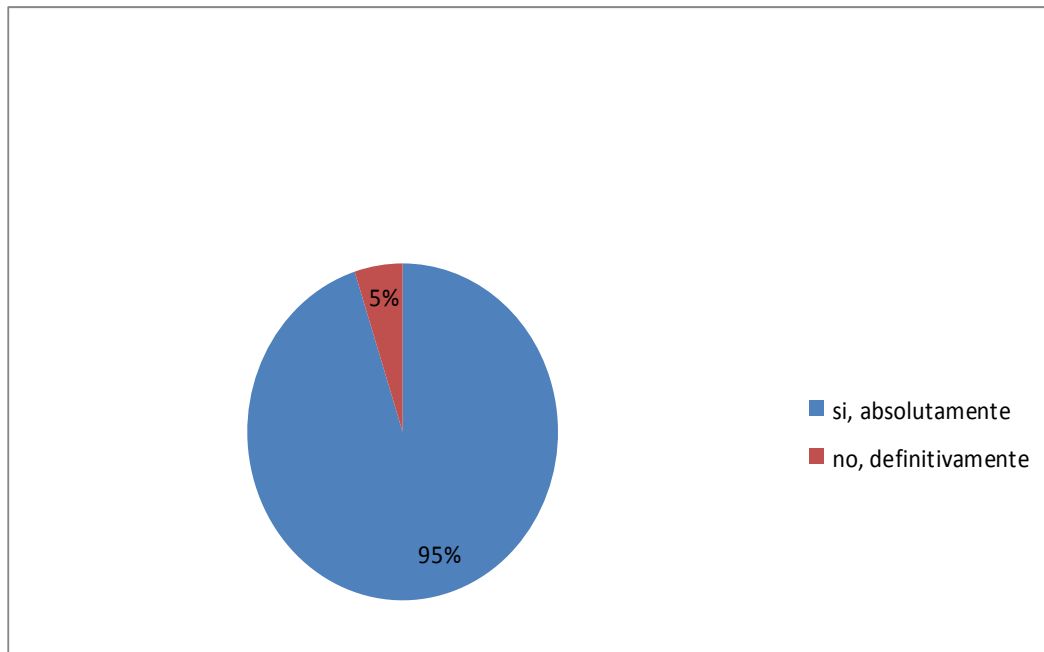


Figura 8. La ley citada facilita el reconocimiento de la paternidad

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

La respuesta a esta pregunta no hace más que confirmar la razón de la ley, la de facilitar el reconocimiento del hijo extramatrimonial y solucionar un grave problema social y sobre el cual, se reitera, no hay objeción alguna, pues hay consenso de que se reduce drásticamente el tiempo, facilita el procedimiento y los costos mismos del proceso, tanto desde el punto de vista del Estado (la carga procesal se resuelve rápido) como del propio justiciable, excepto por el valor de la prueba de ADN que aún sigue siendo un poco alta.

Empero, se considera que tan noble empeño no puede ser óbice para que tal objetivo se cumpla en armonía con otros derechos fundamentales de la persona humana de igual o misma trascendencia, como es el respeto al debido proceso, el derecho a la defensa y a la prueba.

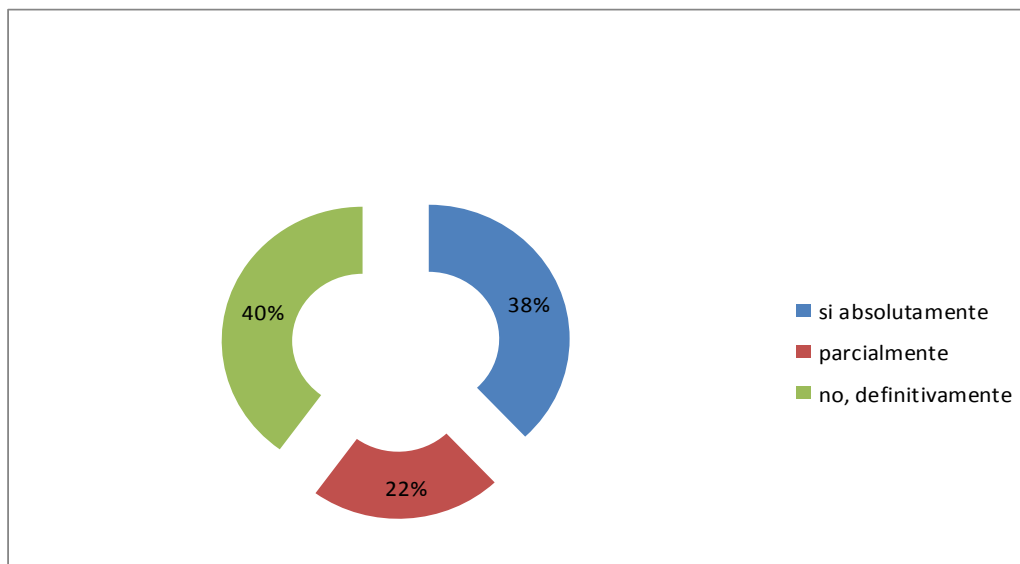


Figura 9. La ley citada es inconstitucional

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Sigue evidenciándose los tercios, pero estos resultados confirman la percepción inicial y la razón de esta investigación, es decir, que la Ley 28457 – Ley de Declaración Judicial de filiación extramatrimonial vulnera los principios-garantías del debido proceso, derecho de defensa y derecho a la prueba, por lo que resulta inconstitucional. Hay un 60 % que sostiene esta posición y el 40 % lo contrario, a pesar de que en las entrevistas reconocen que esta ley respeta el derecho de defensa y la prueba solo de manera formal y no efectiva, lo que –en nuestra opinión– es una grave contradicción y que en sí mismo deshace el sustento de esta norma pues, se insiste, no se puede afectar sendos derechos fundamentales por justificar un fin por más noble que sea.

Como seguidamente se verá en el siguiente cuadro, es interesante anotar que los entrevistados sostuvieron que esta ley no solo vulnera el debido proceso, derecho de defensa y prueba, sino también el de tutela procesal efectiva, a la intimidad e incluso al de presunción de inocencia.

Se puede estar de acuerdo con los primeros mencionados, puesto que en la práctica se considera que se recorta el derecho del emplazado a apersonarse al proceso (tutela judicial efectiva), en la medida de que no hay certeza en la notificación y desconoce el emplazamiento efectuado; empero, por esta negativa o rebeldía, ya se expidió el auto que declara la filiación extrajudicial, decisión que es fácil de comprender, incluso va a repercutir en su entorno personal y familiar, por lo que también se podría estar hablando de una intromisión en la intimidad del emplazado.

Ahora bien, no se considera que se afecte el derecho a la presunción de inocencia toda vez que tal institución jurídica no es aplicable al proceso civil, aun cuando se sostenga que la sentencia a expedirse sea condenatoria, pues solo se refiere a un hacer civil, pero que no tiene implicancia penal. La presunción de inocencia está para proteger al imputado del arbitrio del *ius puniendi* estatal, en el proceso civil hay dos partes con iguales pretensiones cuyo amparo es decidido por un tercero neutral que es el juez.

Todo lo expuesto anteriormente se observa en el siguiente cuadro:

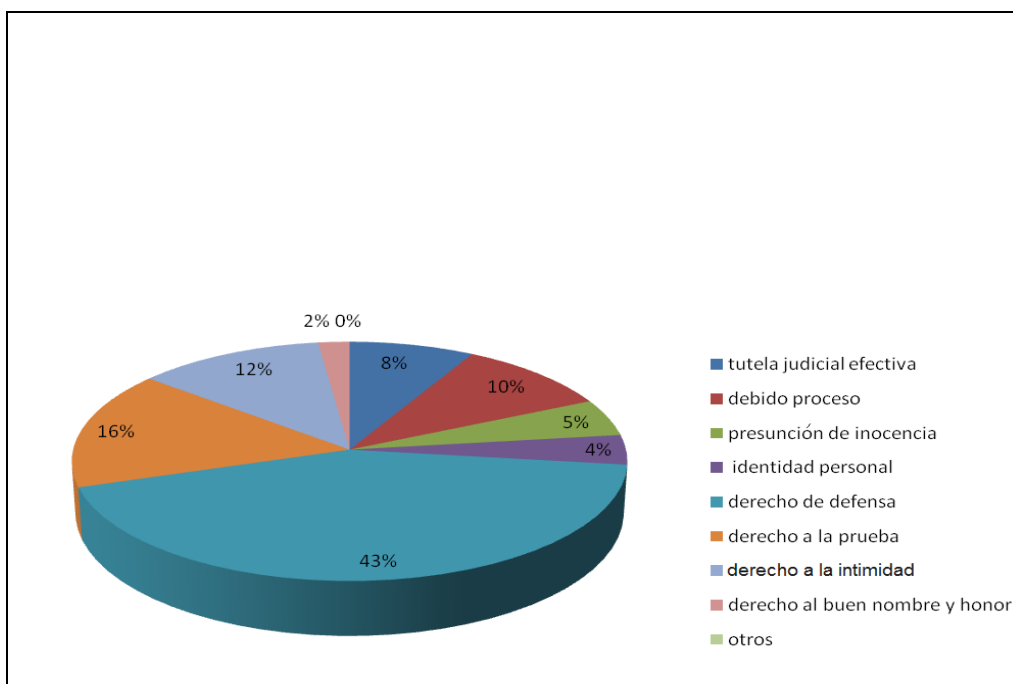


Figura 10. Derechos que vulnera la ley

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Como ya se explicó con anterioridad, los entrevistados sostienen que el derecho más vulnerado es el de acceso a tutela jurisdiccional efectiva, a partir del cuestionamiento que se hace al acto de notificación, puesto que si ello se realiza mal o mediando acto de corrupción con el notificador, y en base a ello se deduzca la rebeldía del emplazado, ya es posible el dictado de una resolución declarando su paternidad y, por ende, nacen las consecuencias jurídicas del mismo, sin que el demandado haya tenido oportunidad de defenderse.

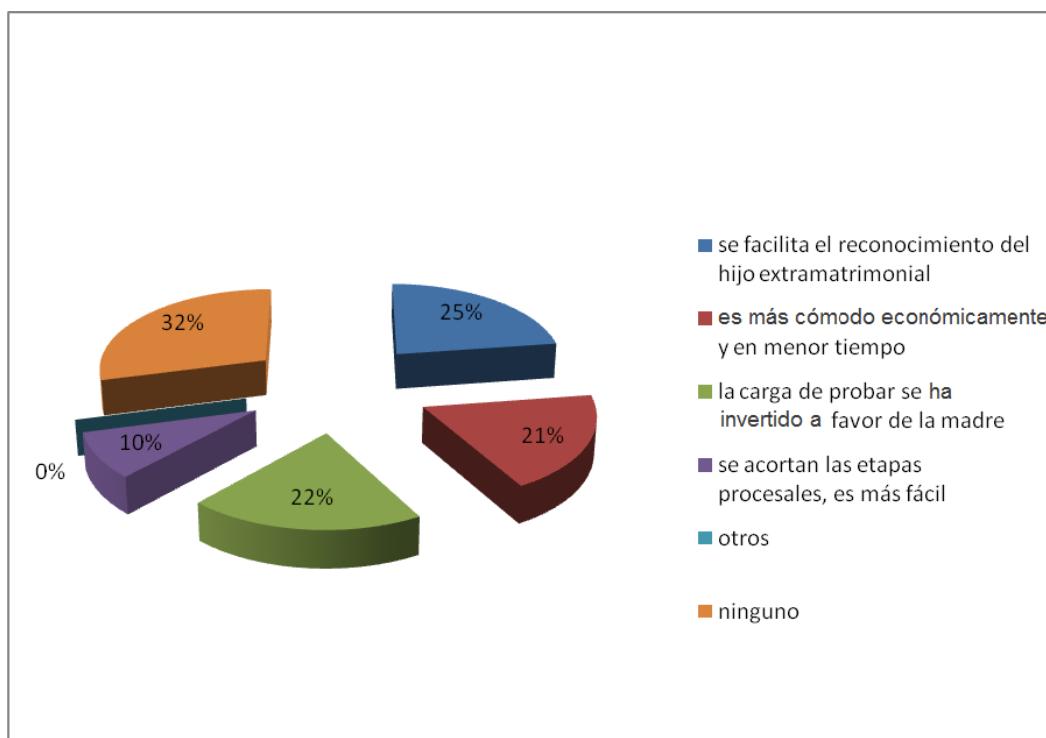


Figura 11. Lo positivo de la ley

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

No se puede negar que la norma ha tocado un tema neurálgico en nuestra sociedad, razón por la que entre los que están a favor de ella no dudan en expresar que la misma favorece el reconocimiento del hijo extramatrimonial en tanto que es menos oneroso en tiempo y en economía, además de que la carga de la prueba se ha invertido a favor de la madre, quien sólo necesita confirmar su versión de las relaciones extramatrimoniales sostenidas con el padre de su hijo, a través de la prueba de ADN –sin que exista el requisito de prueba escrita indiciaria

como existe en otras legislaciones— así como también se acortan sustancialmente los tiempos y etapas procesales.

El 32 % que responde ninguno proviene de aquellos que se oponen abiertamente a la norma y no encuentran nada positivo en ella, parece una respuesta más hepática y que no aporta nada para la solución del grave problema social que representan los hijos no reconocidos.

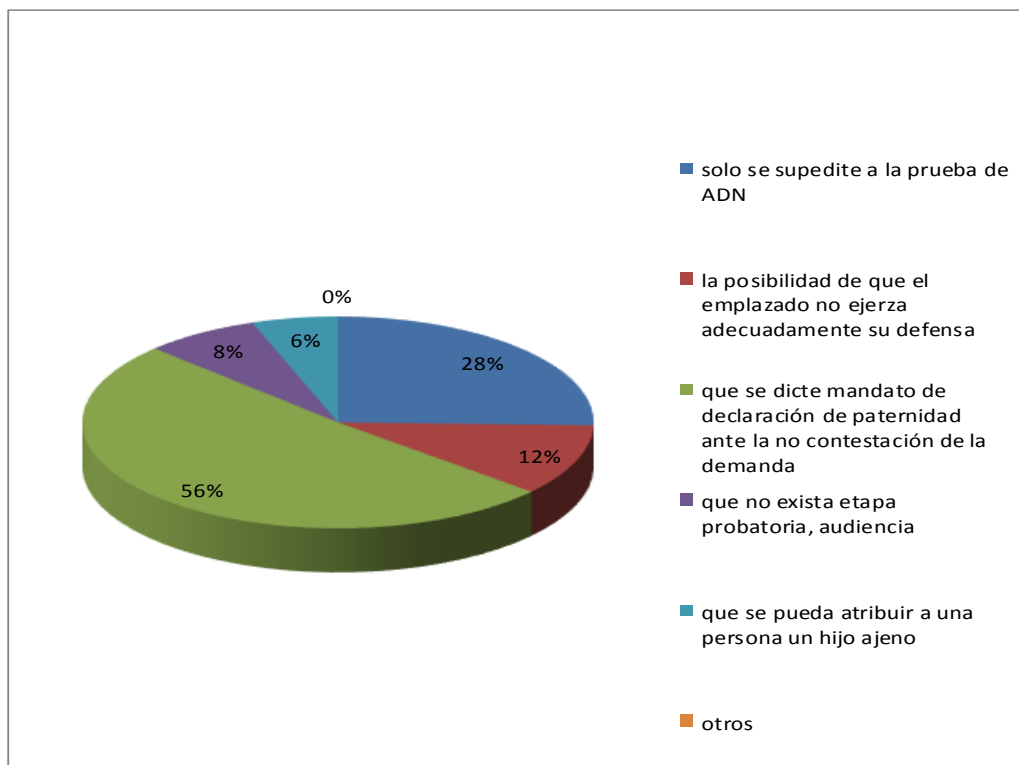


Figura 12. Lo negativo de la ley

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Se reconoce que entre los abogados, especialistas y magistrados existe la percepción de que el aspecto más negativo de la norma es aquella que se refiere a la expedición del mandato de declaración de paternidad únicamente por la no contestación oportuna de la demanda, ello porque no se puede tener la certeza en la notificación por cedulón, con lo que la percepción que se tiene es que finalmente se tenga que reconocer a un hijo ajeno. Del mismo modo se exponen la posibilidad de

que el emplazado no ejerza oportuna ni adecuadamente su defensa y lo referido a la actividad probatoria.

Adicionalmente se sostiene, que lo peor de todo la norma es que no exige la prueba de ADN basado en la existencia del principio de prueba escrita –como pudiera ser una carta, una fotografía o cualquier otro indicio– y que pudiera dar una mayor certeza de la relación que pudieran haber tenido la accionante con el emplazado para la declaratoria de paternidad.

Se considera que estos son los puntos que merecen un pronunciamiento y que sustentan que la norma analizada sea modificada a fin de armonizar los fines nobles del reconocimiento de la paternidad con la vigencia efectiva de los derechos fundamentales como el debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la prueba.

De las encuestas a justiciables se obtuvo los siguientes resultados.

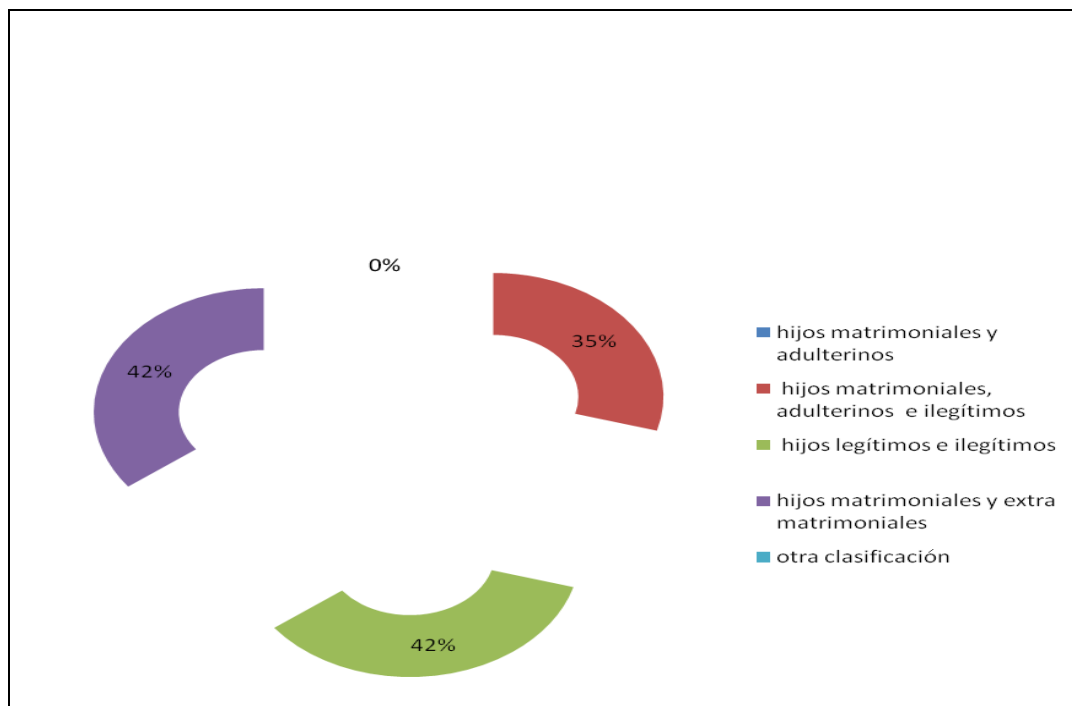


Figura 13. Clasificación de los hijos

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Se considera que estos resultados reflejan simplemente el desconocimiento jurídico de los justiciables y que no tienen por qué saberlo, no están en la obligación, máxime si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos son personas de escasos recursos económicos.

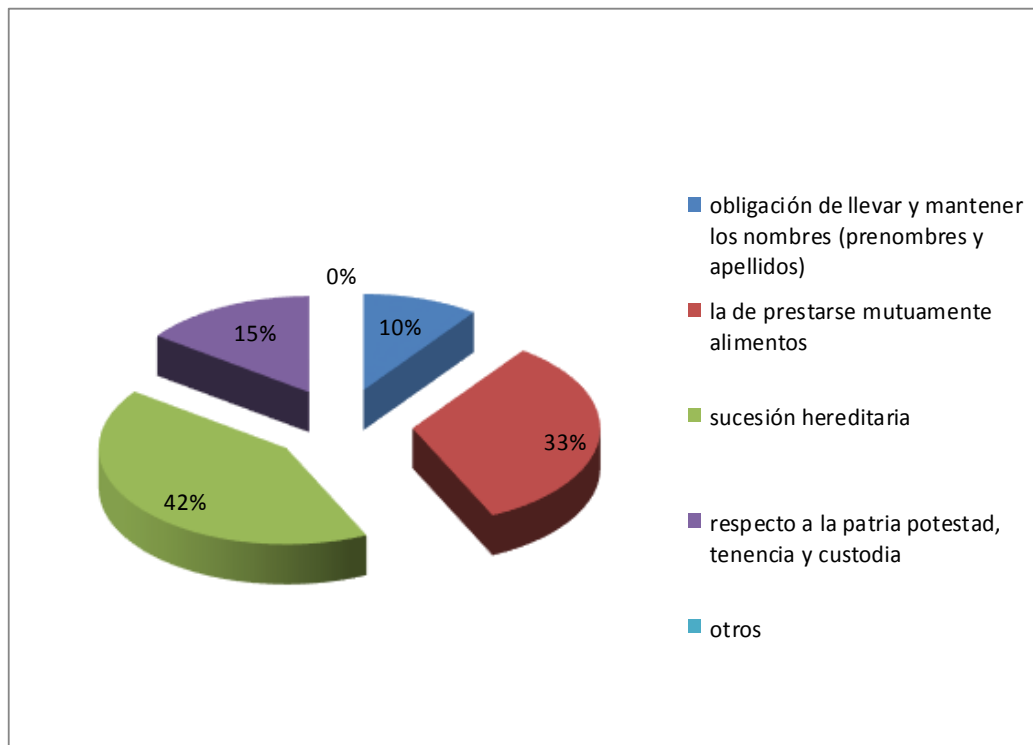


Figura 14. Consecuencias jurídicas

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Resultado que confirma el interés patrimonial existente en el reconocimiento de filiación extramatrimonial, puesto que el 75 % confirma su pretensión futura de alimentos y derecho sucesorio, lo que se considera no está mal, no es reprochable, toda vez que ello es una consecuencia jurídica de la sociedad paterno-filial y no hay nada que reprochar. Nuestros actos tienen consecuencias y hay que asumir las responsabilidades que ello acarrea.

Empero, sí es una razón a considerar para que una norma establezca mejores estándares o exigencias y que no sea tan fácilmente vulnerable en sus fines, razón además que justifican la modificación de la norma a fin de corregirla.

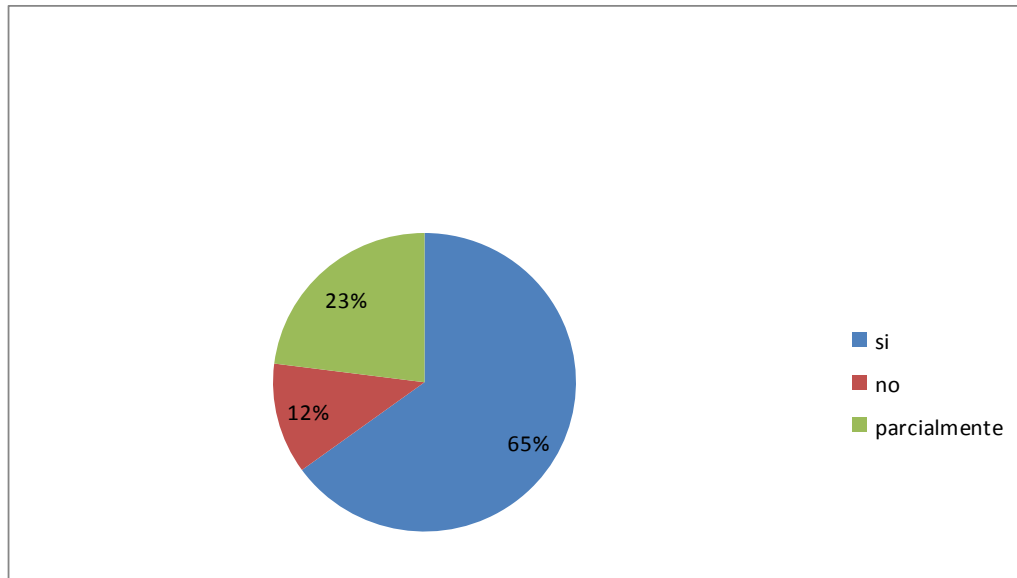


Figura 15. Alcances de la ley 28457

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Sí es pertinente anotar la difusión que se ha hecho de esta norma por los medios de comunicación, en donde tuvo acogida y se resaltaron únicamente las virtudes de la misma. La polémica sobre sus beneficios o no, o sobre su inconstitucionalidad, se ha dado a nivel de conferencias, artículos e incluso textos dirigidos a los operadores de derecho.

Aquellos que indican no conocer o conocen parcialmente la norma son acompañantes de los interesados en el proceso de filiación, pues en la investigación se ha notado que –mayoritariamente– las partes no van ni se presentan solas o únicamente con su abogado(a), sino con por lo menos un familiar más cercano.

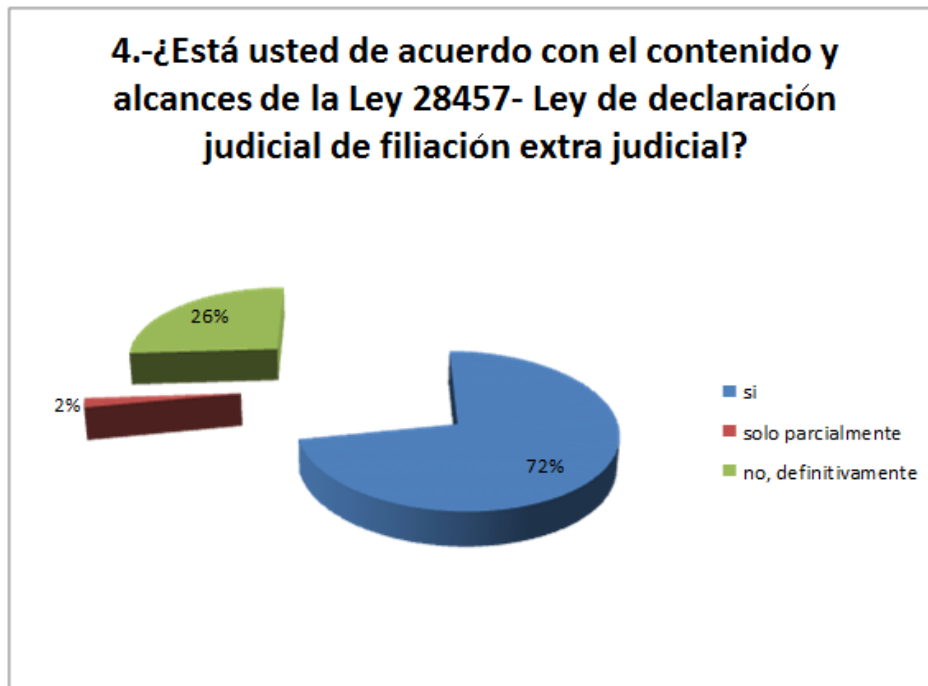


Figura 16. Esta de acuerdo con la ley 28457  
Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Es evidente y justificable el apoyo manifiesto que los justiciables brindan a la norma materia de investigación. Se insiste en que los resultados menores responden a los acompañantes de los interesados y que no tienen mayor conocimiento de dicha ley.

Los siguientes resultados reflejan el apoyo a la norma, no necesariamente porque se conozca o se tenga un criterio jurídico formado, sino simplemente que responde a las apetencias de los justiciables, en tanto que responde a sus expectativas de alcanzar pronta solución a tan álgido problema.

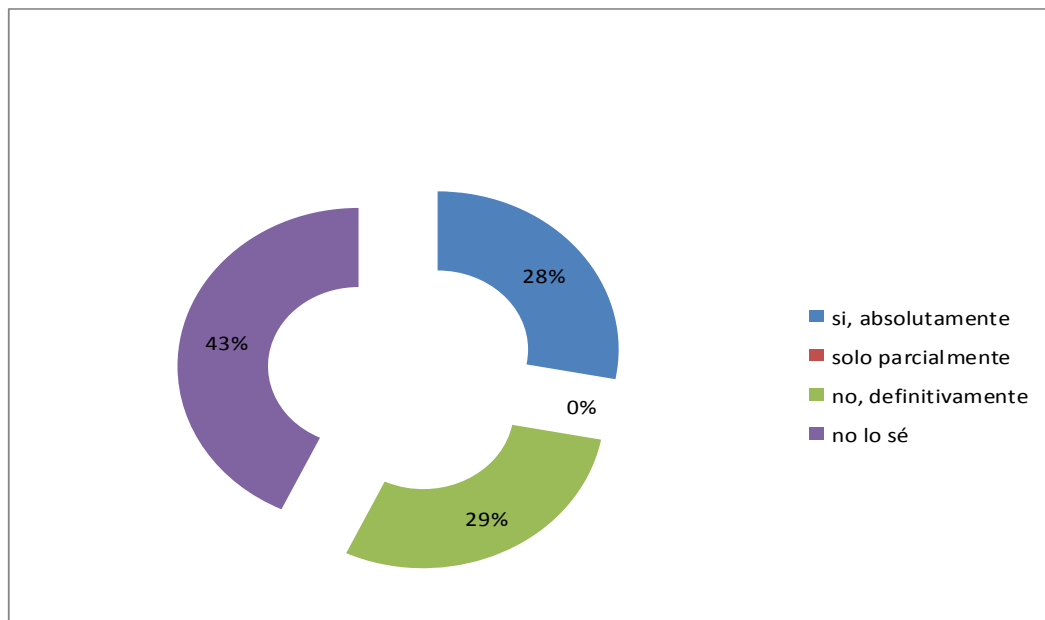


Figura 17. La ley permite el debido proceso  
Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

A pesar que un mayoritario 43 % sostiene que no lo sabe, sin embargo, es importante anotar que en el resto del porcentaje prácticamente se encuentra dividido matemáticamente. Ello responde –se entiende– a los intereses contrapuestos de las partes, es decir, tal nivel de contradicción es explicable en la medida que la muestra se tomó atendiendo a su condición de accionante o emplazado. En el primer caso, se insiste, en que la norma pretende un procedimiento rápido, sin mayor contradicción, basado únicamente en la prueba de ADN. En cambio, de los emplazados se busca desacreditar la reputación de la madre, poniendo en duda si tuvo o no relaciones con otras personas y que esta norma no lo permite.

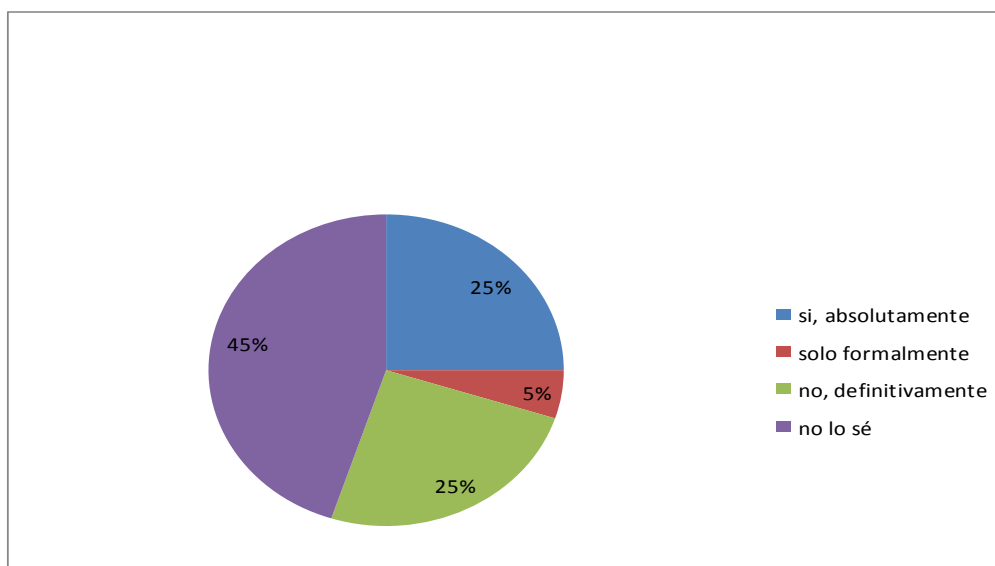


Figura 18. Ejercicio efectivo del derecho

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Estos resultados no hacen más que confirmar lo expuesto en el punto anterior. No es más que el resultado de las dos posiciones contrapuestas en el proceso de declaración de filiación extramatrimonial, es la percepción empírica que tienen los justiciables.

Por una parte, los accionantes pretenden que esto se resuelva lo más pronto posible, a menor costo y amparando su pretensión, y de otro lado la defensa que no puede promover o actuar otras pruebas tendientes a poner en duda la reputación de la madre. De las conversaciones tenidas con los justiciables, realmente este es el mayor punto en discusión y lo que esta parte más cuestiona, es decir, les importa más lo accesorio que el fondo del asunto: la paternidad o no del menor.

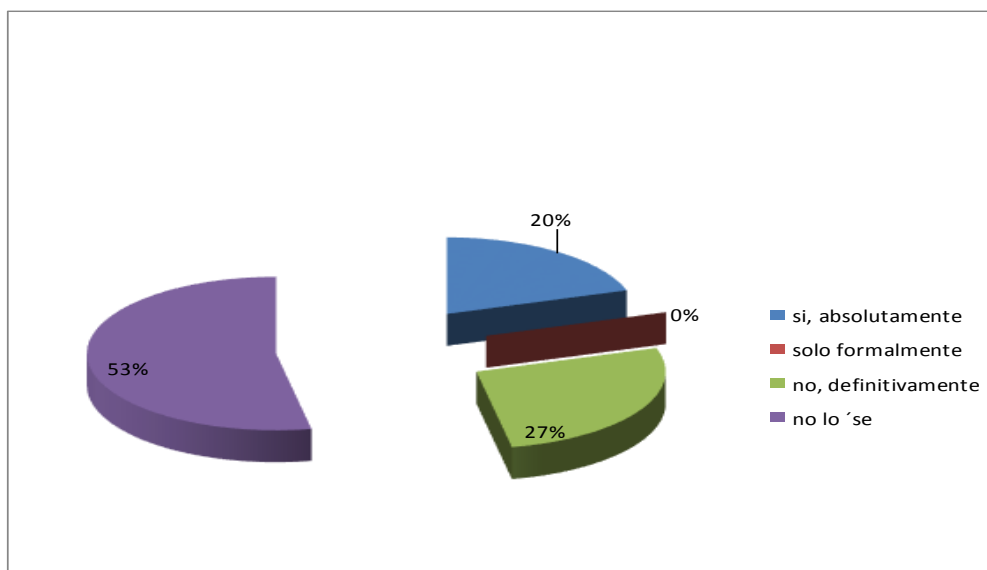


Figura 19. La ley permite el ejercicio efectivo del derecho

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

En atención a que el debido proceso es un derecho continente, que comprende al derecho de defensa y de prueba, los resultados se mantienen, se insiste, reflejan únicamente la percepción que tiene los justiciables. Lo que sí queda claro es que la accionante casi tiene una fe ciega sobre la prueba de ADN, mientras que su par contrario tiene grandes dudas generadas básicamente en la reputación de la madre y que lo trasladan al resultado de la prueba científica, y ello incluso se refleja en los argumentos de su apelación al auto que declara la filiación.

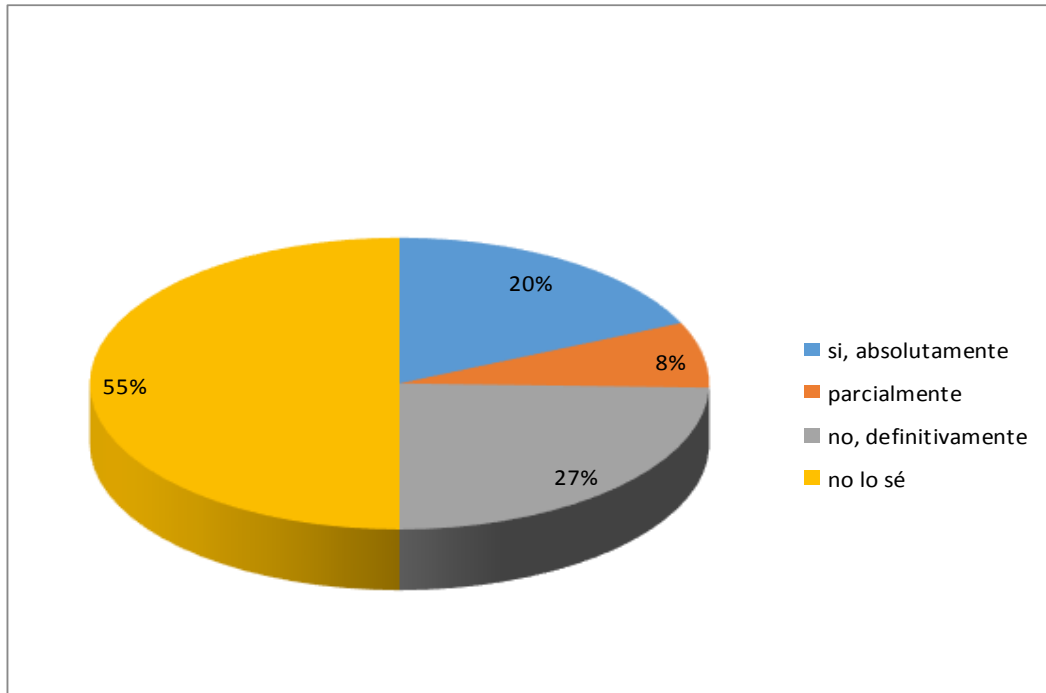


Figura 20. La ley es inconstitucional

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Los resultados reflejan ese mismo sentir, no hay mayor cambio. Se insiste, no es más que percepciones y no necesariamente a que tengan un pleno convencimiento jurídico de la naturaleza de la ley en comento.

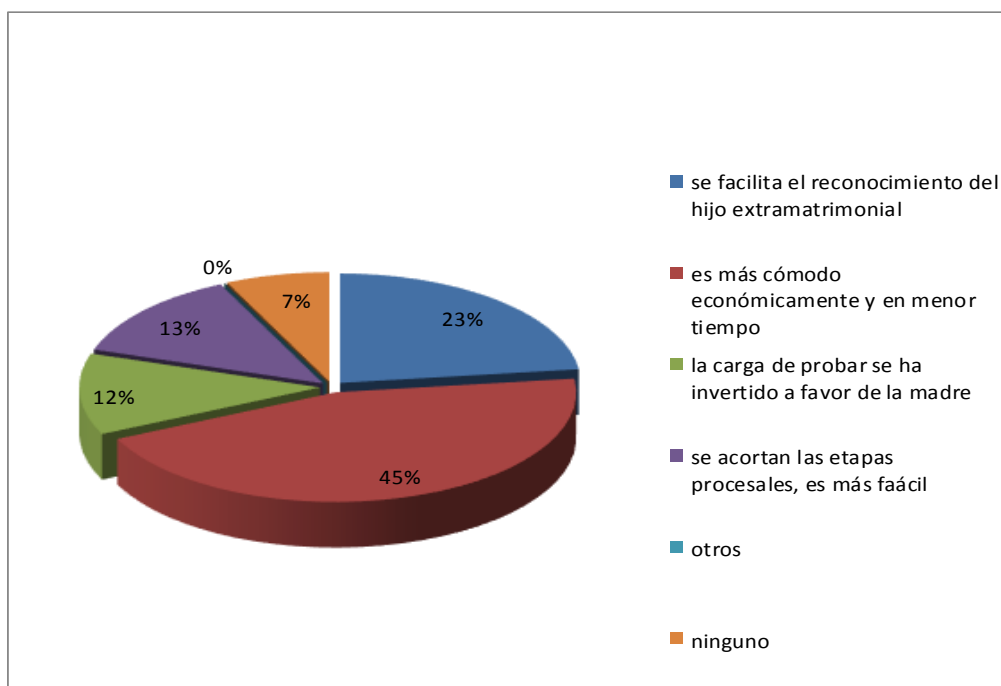


Figura 21. Lo positivo de la ley

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Resultado que confirma el apoyo mayoritario que los justiciables y el público manifiesta hacia la norma, básicamente en tanto que resulta menos onerosa en recursos económicos y tiempo, y sobre todo por el rápido resultado que se busca; en el rubro otros, sí es necesario destacar que se debe a razones de cumplir el pago de la pensión alimenticia.

No se duda del noble fin de la norma, pero se insiste que debe armonizarse con las garantías y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, de tal manera que un derecho no se priorice en desmedro de otro.

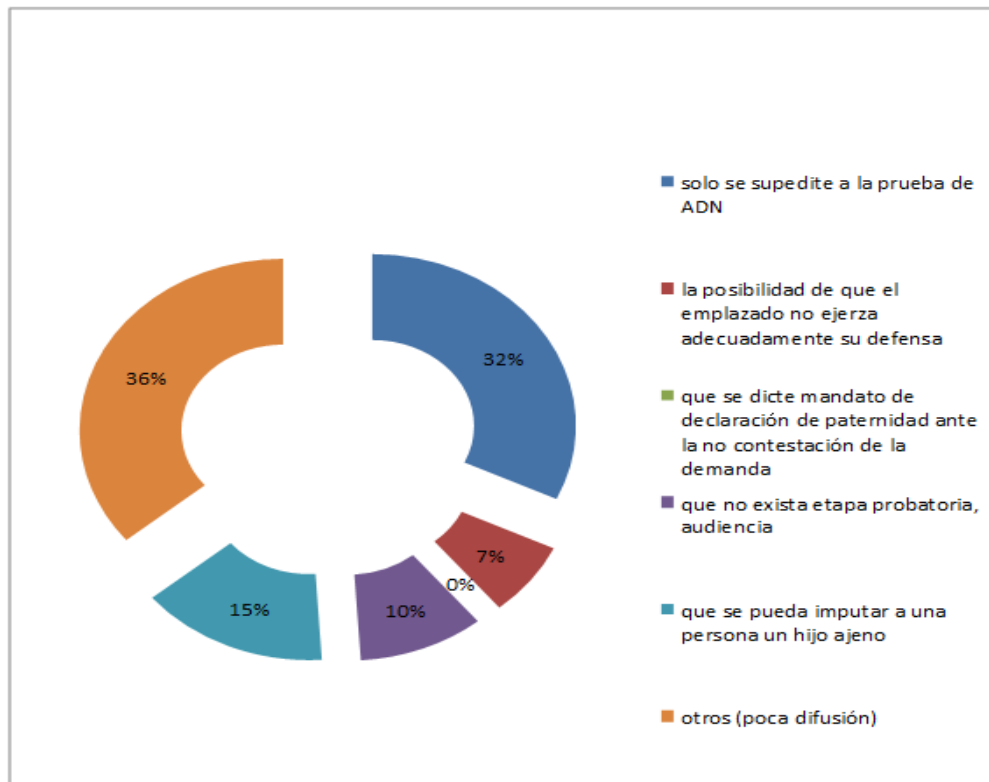


Figura 22. Lo negativo de la ley

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Los justiciables cuestionan la poca difusión que ha tenido la norma, por lo que es evidente que a la fecha de las entrevistas consideran que son más las bondades que los aspectos negativos que pueda tener. Sin embargo, no se puede dejar de observar que hay un importante porcentaje que considera negativo que se ciña únicamente a la prueba de ADN, así como la posibilidad de que se pueda imputar la paternidad de un hijo que no es suyo, básicamente debido a la posibilidad de que se dicte

resolución de declaración de paternidad sin haber escuchado al supuesto padre, ello porque no existe certeza en la notificación del emplazamiento y a que tampoco existe audiencia o etapa probatoria. La sensación que se percibió en las entrevistas es que las partes necesitan ser escuchadas, quieren transmitir lo suyo, aunque –como se piensa– no sea pertinente o útil para la solución del conflicto.

## Análisis de expedientes.

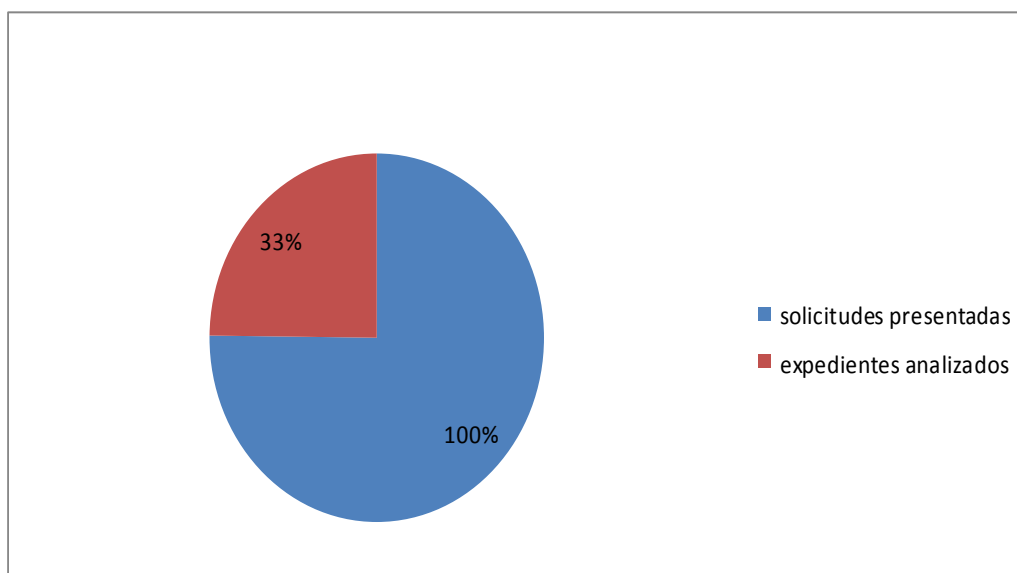


Figura 23. Data analizada

Fuente: Elaboración propia

## Interpretación

Conforme a lo señalado en el Plan de tesis, al apersonarnos a los juzgados materia de investigación se obtuvo información del 33 % de expedientes cuya materia era la declaración judicial de filiación extramatrimonial, por lo que los resultados de la muestra dan un alto nivel de seguridad en el análisis de los resultados que seguidamente se exponen.

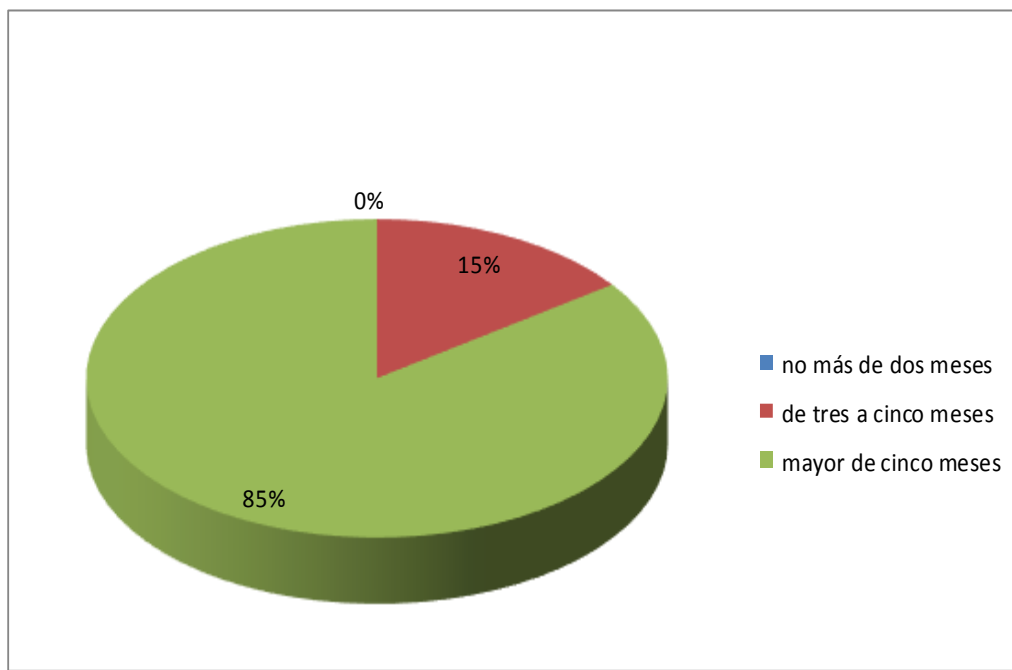


Figura 24. Culminación del proceso

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

A pesar que uno de los objetivos de la ley es la rapidez en la solución de este problema social; sin embargo, ello no se condice con el tiempo que realmente está durando este procedimiento que incluso llega a superar el año, indicaron que básicamente es por el tiempo que se demora en la notificación de las resoluciones judiciales –que en realidad es un problema que comprende a todas las áreas del Poder Judicial– a la carga procesal que tiene el juzgado y a una actitud dilatoria que asumen los emplazados, quienes al ver limitados sus posibilidades de defensa vienen actuando de esta manera, a fin de no hacer más sencillo el

proceso. No se ha observado en los jueces una actitud para rechazar estas maniobras dilatorias, a pesar que tienen las atribuciones señaladas en el Código Procesal Civil para agilizar tal procedimiento.

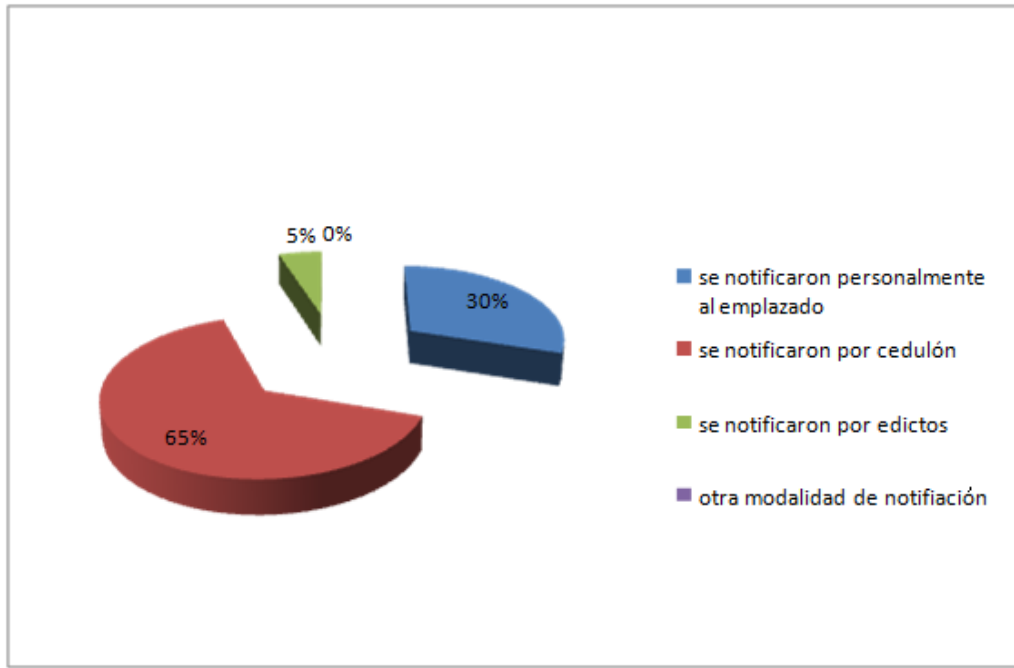


Figura 25. Demandados

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Esta es la preocupación que transmitieron los especialistas, el que no se está garantizando que el demandado tenga conocimiento efectivo y real del emplazamiento que se le está haciendo, el porcentaje es altísimo (65 %), por lo que es evidente que al no tener conocimiento certero de la demanda no va a poder ejercer válida y oportunamente su defensa, máxime si por la no contestación de la demanda se tiene que dictar la resolución de declaración de paternidad.

Como ya se mencionó anteriormente, las consecuencias jurídicas de esta declaración son demasiado importantes -de índole patrimonial y familiar- que hace necesario establecer modificaciones a la norma en cuestión a fin de establecer “candados” y evitar la afectación de los derechos de las partes.

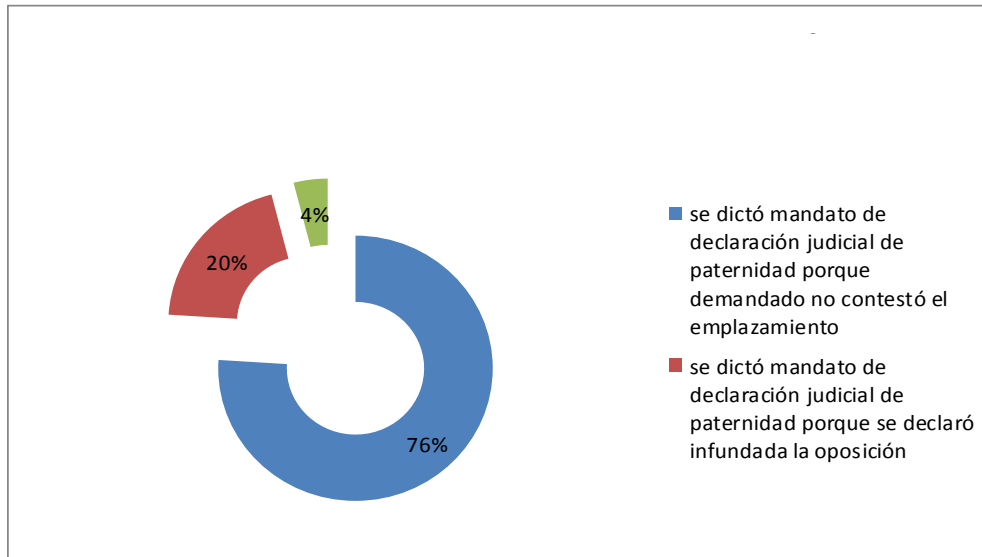


Figura 26. Respecto al mandato de declaración judicial

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Este es el aspecto más neurálgico y de cuestionamiento a la norma en comento, la declaración de paternidad cuando no se ha contestado la demanda, máxime cuando no existe principio de prueba escrita, pues las demandas de filiación extramatrimonial en un 95 % sólo ofrecen como prueba la de ADN y no ofrecen o acompañan otro medio probatorio, como testimonios, documentos (carta, nota, fotografías, mensajes de texto, internet, etc.).

Si no hay audiencia de actuación de pruebas, si se dicta auto declarando la paternidad casi de forma inmediata, sin garantizar escuchar a la otra parte, se considera que sí se afecta los derechos fundamentales y es necesario que ambos bienes puedan armonizarse.

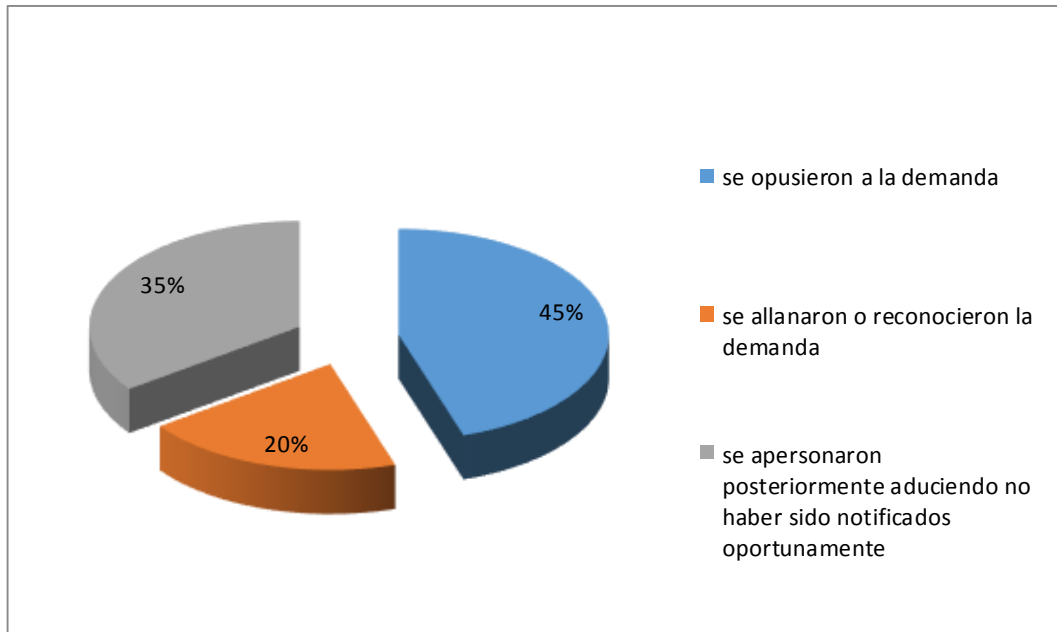


Figura 27. Respecto a la oposición a la demanda

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Como se mencionó anteriormente, la actitud del demandado en este procedimiento es bastante cuestionable desde el punto de visto ético y moral, pero no por ello se le debe afectar sus derechos fundamentales. Solo un 20 % de emplazados se allanan a la demanda señalando que recién tomaban conocimiento del nacimiento de su menor hijo, un 45 % se oponen a la demanda sosteniendo que no son el padre que la accionante alega, y un 35 % se apersona después del dictado de la declaración de filiación aduciendo no haber sido notificados oportunamente, con lo que las posibilidades de defensa son totalmente limitadas, no teniendo más

que recurrir –a modo de ejemplo– a cuestionar tal decisión por medio del proceso de Cosa Juzgada Fraudulenta o tal vez un Amparo, lo que innecesariamente encarecen los costos, y el tiempo que se toma en ello.

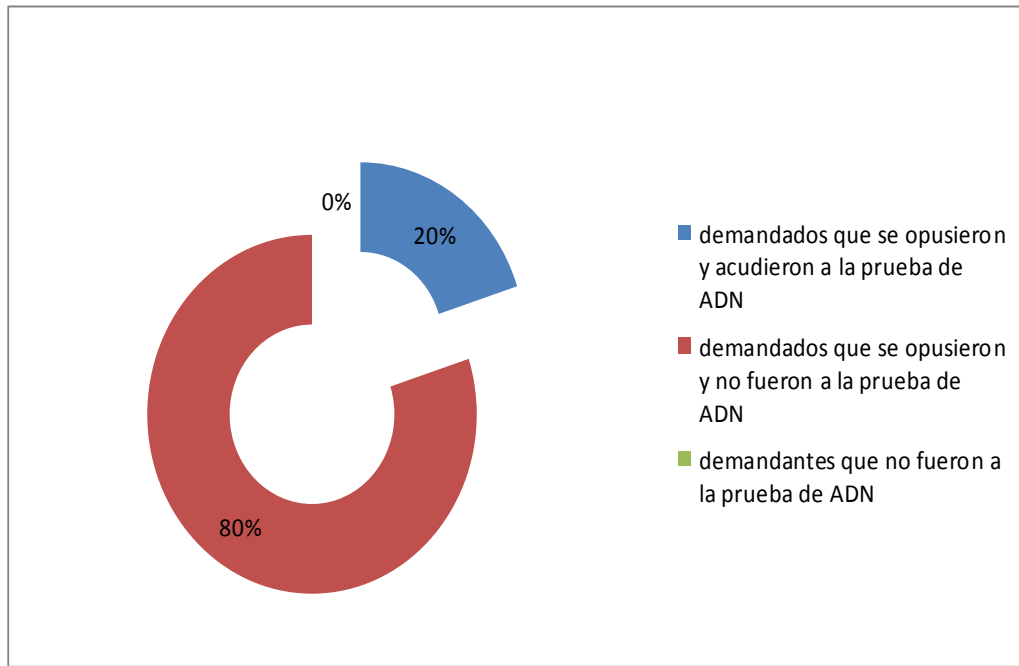


Figura 28. Respecto a la prueba de ADN

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Estos resultados no hacen más que confirmar la actitud indolente que tienen muchos demandados, los mismos que simplemente se oponen a la demanda, pero no van a someterse a la prueba de ADN, con lo que lo único que hacen es dificultar el procedimiento y hacerlo más largo, abonando de este modo en la tesis que afirma la necesidad de la ley así como está.

Su oposición se basa mayoritariamente en afirmaciones que no pueden ser sustentadas, como que la emplazada fue su enamorada pero no tuvieron relaciones sexuales, la supuesta conducta libertina de la

accionante que genera su duda, entre otras argumentaciones. No se ha visto algún caso en la que accionante no se haya presentado a la prueba de ADN.

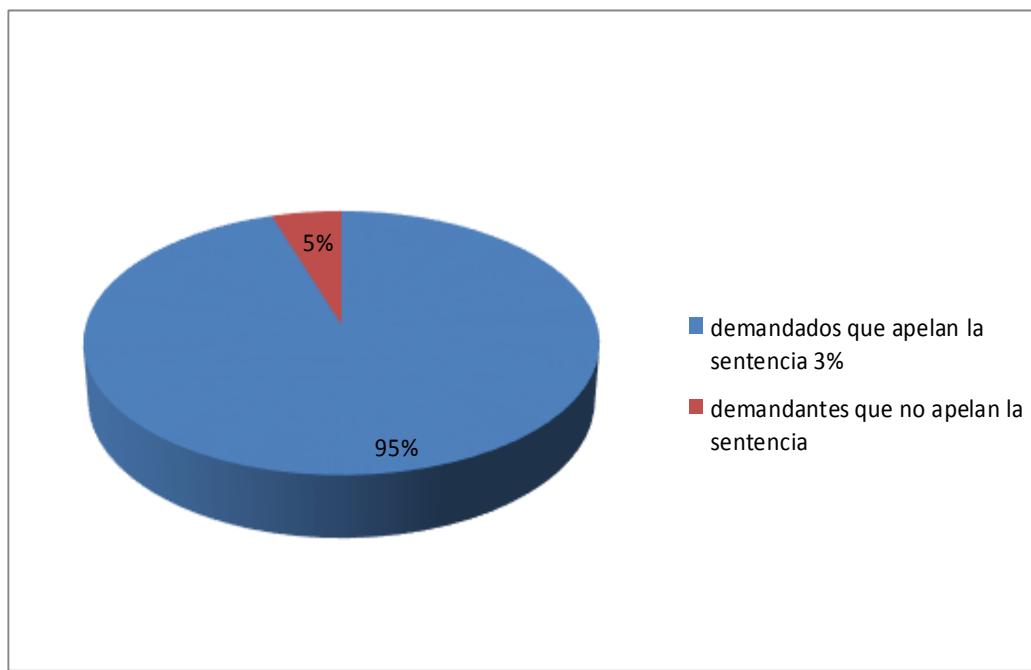


Figura 29. Respecto a la apelación

Fuente: Elaboración propia

### Interpretación

Casi el mismo criterio se puede decir de aquellos que plantean apelación a la resolución que declara la paternidad extramatrimonial, pues se sustenta en que no fueron oportuna y válidamente notificados, que no se encontraban en la ciudad, que el menor no puede ser su hijo dada la conducta dudosa de la madre y que no puede ser su hijo. Como se observa, de primera impresión se afirma que solo pretenden dilatar un poco más el proceso, aunque también es verdad que hay que garantizar que la decisión final no genere mayor alarma social con la dación de una resolución expedida sin estar garantizada la defensa ni el derecho de

prueba del demandado, por lo que se considera necesario su modificación para armonizarlo con las garantías constitucionales.

## CONCLUSIONES

Del análisis de los resultados obtenidos en la investigación y contrastándolos con los objetivos planteados al inicio de la investigación, se puede concluir en lo siguiente:

1. Que el proceso *sui géneris* establecido por la Ley 28457 sí vulnera el debido proceso, básicamente en sus manifestaciones del derecho de defensa y la prueba. En tal virtud, se considera que dicha norma no es la más adecuada ni pertinente dada la importancia de la pretensión y las consecuencias jurídicas (alimentos, derecho sucesorio, patria potestad, tenencia, etc.) que se derivan de la declaración de paternidad dictada sin mayor actividad probatoria, solo por la no contestación de la demanda y sin tener la certeza de que el emplazado haya sido debidamente notificado de la demanda.
2. Se considera que la filiación extramatrimonial declarada judicialmente requiere de la actividad probatoria basada en el principio de prueba escrita, valoración conjunta de pruebas aportadas en el proceso y no sola y exclusivamente la prueba de ADN, como se sustenta en la Ley

28457 materia de esta investigación. Es de considerar y reiterar que el respeto al debido proceso, que tiene protección y rango constitucional en un Estado que se precie de social y democrático, debe ser la base que sustente todos los procesos o procedimientos que se creen a través de las diferentes normas.

3. Igualmente, la actividad probatoria debe ser el sustento en que se base una decisión judicial de última instancia, en la que se aprecie el razonamiento respecto a las pruebas ofrecidas, actuadas y valoradas por el magistrado.
  
4. Es de considerar que los niños tienen todo el derecho a su identidad y, por ende al derecho al nombre y de conocer sus orígenes, en tanto que implica el respeto a su dignidad como persona humana y fortalece el desarrollo de su propio plan de vida, por lo que la declaración judicial de paternidad debe realizarse en vía de un proceso sumarísimo: ni el especial o *sui generis* –en tanto que como está redactado afecta sendos derechos constitucionales, como ya se explicó– pero tampoco el de conocimiento, como se hacía anteriormente y que por su propia configuración (lato) y economía era rechazado y alejaba a los justiciables.

## RECOMENDACIONES

En atención a las conclusiones expuestas anteriormente, a fin de armonizar el derecho al nombre con el derecho continente del debido proceso, se considera pertinente proponer la modificación de la citada Ley 28457 con la siguiente redacción:

*Artículo 1. Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al Juez de Paz Letrado, a través del presente proceso, que declare la filiación demandada. Los Magistrados tramitarán preferentemente el presente proceso, siendo exigida y sancionada por los órganos de control en caso de manifiesto e injustificado incumplimiento.*

*Artículo 2. Admitida la demanda se concederá un plazo de tres días al demandado a fin de que la conteste y también se convocará a Audiencia Única, la misma que se realizará en un plazo no mayor de diez días. En esta audiencia las partes pueden hacerse representar por apoderado, sin restricción alguna.*

*Artículo 3. La Audiencia Única que se convoque se regirá por las reglas de actuación en el proceso Sumarísimo, con las precisiones que se indican en esta ley. En caso de rebeldía u oposición del presunto padre, el Juez ordenará se practique la prueba de ADN que se realizará en un plazo no mayor de diez días desde la fecha de audiencia. La prueba biológica de ADN será realizada con muestras del padre, la madre y el niño. El costo de dicha prueba será asumida por la demandante si es que esta la propuso en su demanda o por rebeldía del emplazado; si exclusivamente se opone el*

*demandado la asumirá este; y en porcentajes iguales si ambas partes lo proponen. Cualquiera de las partes podrá solicitar Auxilio judicial a que se refiere el Artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil.*

*Si transcurrido diez días de ordenada la actuación de la prueba biológica de ADN, el demandado, injustificadamente, no cumpliera con someterse a dicha prueba, se dictará sentencia declarándose la paternidad solicitada, siempre que de los demás medios probatorios ofrecido en la demanda y actuados en Audiencia –en su valoración conjunta con la negativa del emplazado– permitan concluir en tal paternidad.*

*Artículo 4. Recibida el resultado de la prueba de ADN, el juez convocará a audiencia complementaria en un plazo no mayor de tres días, notificando tal resultado para conocimiento de las partes. El resultado de la actuación de la prueba biológica de ADN puede ser observado en dicha audiencia. Las observaciones y las correspondientes opiniones de los peritos se harán constar en el acta, conforme al artículo 266 del Código Procesal Civil. Finalizada la audiencia, el juez dictará sentencia inmediatamente.*

*Artículo 5. La declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El Juez de Familia resolverá en un plazo no mayor de diez días.*

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARADO VELLOSO, Alfredo. *Introducción al estudio del Derecho Procesal*. Tomo I, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe – Argentina, 1989.

ARIANO DEHO, Eugenia. *El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?* En: Actualidad Jurídica. Tomo N° 134. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2005.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993 – Análisis comparado*. RAO Editora. 5ª. Edición. Lima 1999.

BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Lexus Nexos-Abeledo Perrot. Buenos Aires 2002.

BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. 2ª edición. Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia, 1996.

CALAMADREI, Piero, *El procedimiento monitorio*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires.

CÉSPEDES SUZUKI, Erika. *Deficiencias de la Ley N° 28457*. En: Jurídica, Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, Año 2. N° 57. 2 de agosto de 2005.

- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948, Vol. I.
- Código Civil*, Jurista Editores. 4ª. Edición, Lima 2005.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2003.
- CORRAL TANCIANI, Hernán. "Derecho y derechos de familia". Grijley. Lima, 2005.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios constitucionales*, ARA Editores, 1ª. Edición, Lima 2002.
- FABIÁN Novak y Sandra NAMIHAS, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Academia de la Magistratura-GTZ, 1ª. Edición, noviembre 2004.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos Enrique, en su *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Superior de Ica. Ed. San Marcos. 1ª. Edición. Lima 2003.
- GARCÍA POVEDA, Carmen. *Constitucionalidad de las pruebas biológicas*. En: Revista de Derecho de Familia. N° 25. Ed. Lex Nova. España, octubre de 2004.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS; *El Derecho a la Tutela Judicial Jurisdiccional*; Madrid; Civitas; 3ª. Ed.; 2001.

- HINOSTROZA MINGUES, Alberto. *La prueba en el proceso civil. Doctrina y Jurisprudencia*. 3ª. Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2002.
- JOAQUÍN ABANTO, Carmen Guadalupe. *Teoría general del proceso*. 1ª. Edición, s.e., Lima 2008.
- KOKISH MOURGES, Domingo, *El Proceso Monitoreo*, Revista Actualidad Jurídica. Universidad de Desarrollo, Facultad de Derecho, enero 2000, Chile.
- LANDA, César, en su *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Palestra Editores. 1ª. Reimpresión. Lima, mayo 2004
- LOPEZ DEL CARRIL, Julio. *Derecho de Familia*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1984.
- Material de Estudios de la Academia de la Magistratura. *Estudios Sobre Jurisprudencia Constitucional*. 3ª. Edición, Lima octubre 2007.
- MIZRAHI, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Astrea. Buenos Aires, 2004.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Los límites éticos de la actividad probatoria*. En: La formación del proceso civil peruano. 2da. edición aumentada. Palestra. Lima, 2004.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. *La Ley N° 28457 y los nuevos procesos de filiación*. En: Legal Express. Año 5. N° 54. Lima, junio de 2005.

OLMOS HUALLPA, René. *Derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales. ¿Realidad o ilusión?* En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*. Año 2, N° 64. Lima, 20 de setiembre de 2005.

PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*. En *Derecho Procesal Civil*, Congreso Internacional Lima 2003, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima - Perú, Editorial Gaceta Jurídica 2003.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Es inconstitucional obligar al demandado a someterse a la prueba de ADN*. En: *Legal Express*. Año 5. N° 49. Lima, enero 2005.

PRADO BRINGAS, Rafael, *Notas Introductorias sobre el Procedimiento Monitorio*. En *Revista Peruana de Derecho Procesal V*, Estudio Monroy Abogados, Lima, junio del 2002,

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano*. Tomo II. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.

*Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Proceso de Filiación en la Ley 28457*, No. 108, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 2007.

- RICCI, Gian Franco, *Principi di diritto processuale generale*. Torino, Giappichello. 1998. Segunda Edición.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 6ª edición. Ed. Grijley. Lima, 2004.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan. *Genoma humano y Constitución*. Ed. Cuadernos Civitas. Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis. *Argumentación Jurídica*. Jurista Editores EIRL. 1ª. Edición. Lima 2004.
- SUÁREZ VARGAS, Luis. *El 'especialísimo' proceso de filiación*. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2, N° 33. 15 de febrero de 2005.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *En el nombre del padre. El ADN: Un tsunami genético que arrasó con el formulismo procesal*. En: *El Comercio*. Lima, 26 de febrero de 2005.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El proceso de filiación extramatrimonial*. 1ª. Edición, Ed. Gaceta Jurídica, Lima 2006.
- VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Ed. Temis, Santa fe de Bogotá, 1999, p. 91.
- [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe): página web del Tribunal Constitucional del Perú.
- ZAMORI, Eduardo A. *Derecho de Familia*, Tomo I, 5ª Edición 2006, Editorial Astrea-Buenos Aires.

# **ANEXOS**

**GUÍA PARA LAS ENTREVISTAS CON MAGISTRADOS Y ABOGADOS  
TESIS SOBRE FILIACIÓN EXTRAJUDICIAL**

1. ¿CÓMO CLASIFICA A LOS HIJOS NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO?
  - A. HIJOS MATRIMONIALES Y ADULTERINOS.
  - B. HIJOS MATRIMONIALES, ADULTERINOS E ILEGÍTIMOS.
  - C. HIJOS LEGÍTIMOS E ILEGÍTIMOS.
  - D. HIJOS MATRIMONIALES Y EXTRAMATRIMONIALES.
  - OTRA CLASIFICACIÓN:  
.....
  
2. ¿QUÉ CONSECUENCIAS JURÍDICAS GENERA LA FILIACIÓN?
  - A. OBLIGACIÓN DE LLEVAR Y MANTENER LOS NOMBRES (PRENOMBRES Y APELLIDOS).
  - B. LA DE PRESTARSE MUTUAMENTE ALIMENTOS.
  - C. SUCESIÓN HEREDITARIA.
  - D. RESPECTO A LA PATRIA POTESTAD, TENENCIA Y CUSTODIA.
  - E. OTROS:.....  
.....
  
3. ¿CONOCE LOS ALCANCES DE LA LEY 28457 – LEY DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAJUDICIAL?
  - A. SÍ.
  - B. NO.
  - C. PARCIALMENTE.
  
4. ¿ESTÁ USTED DE ACUERDO CON EL CONTENIDO Y ALCANCES DE LA LEY 28457 – LEY DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAJUDICIAL?
  - A. SÍ, ABSOLUTAMENTE.
  - B. SÓLO PARCIALMENTE.
  - C. NO, DEFINITIVAMENTE.

5. ¿USTED CONSIDERA QUE LA CITADA LEY PERMITE UN DEBIDO PROCESO?
- A. SÍ, ABSOLUTAMENTE.
  - B. SÓLO FORMALMENTE.
  - C. NO, DEFINITIVAMENTE.
6. ¿USTED CONSIDERA QUE LA CITADA LEY PERMITE EL EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO DE DEFENSA?
- A. SÍ, ABSOLUTAMENTE.
  - B. SÓLO FORMALMENTE.
  - C. NO, DEFINITIVAMENTE.
7. ¿USTED CONSIDERA QUE LA CITADA LEY PERMITE EL EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO A LA PRUEBA?
- A. SÍ, ABSOLUTAMENTE.
  - B. SÓLO FORMALMENTE.
  - C. NO, DEFINITIVAMENTE.
8. ¿USTED CONSIDERA QUE LA CITADA LEY FACILITA EL RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES?
- A. SÍ, ABSOLUTAMENTE.
  - B. NO, DEFINITIVAMENTE.
9. ¿USTED CONSIDERA QUE LA LEY EN COMENTO ES INCONSTITUCIONAL?
- A. SÍ, ABSOLUTAMENTE.
  - B. PARCIALMENTE
  - C. NO, DEFINITIVAMENTE.

10. PARA AQUELLOS QUE CONTESTARON QUE LA CITADA LEY ES INCONSTITUCIONAL, ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS QUE CONSIDERAN SE VULNERA POR ESTA LEY?

- A. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.
- B. DEBIDO PROCESO.
- C. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.
- D. IDENTIDAD PERSONAL.
- E. DERECHO DE DEFENSA.
- F. DERECHO A LA PRUEBA.
- G. DERECHO A LA INTIMIDAD.
- H. DERECHO AL BUEN NOMBRE Y HONOR.
- I. OTROS: .....

11. ¿CUÁL CREE USTED ES LO MÁS POSITIVO DE ESTA LEY?

- A. SE FACILITA EL RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL.
- B. ES MÁS CÓMODO ECONÓMICAMENTE Y EN MENOR TIEMPO.
- C. LA CARGA DE PROBAR SE HA INVERTIDO A FAVOR DE LA MADRE.
- D. SE ACORTAN LAS ETAPAS PROCESALES, ES MÁS FÁCIL.
- E. OTROS:  
.....
- F. NINGUNO.

12. ¿CUÁL CREE USTED ES LO MÁS NEGATIVO DE LA LEY EN COMENTO?

- A. SÓLO SE SUPEDITE A LA PRUEBA DE ADN.
- B. LA POSIBILIDAD DE QUE EL EMPLAZADO NO EJERZA ADECUADAMENTE SU DEFENSA.
- C. QUE SE DICTE MANDATO DE DECLARACIÓN DE PATERNIDAD ANTE LA NO CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- D. QUE NO EXISTA ETAPA PROBATORIA, AUDIENCIA.
- E. QUE SE PUEDA ATRIBUIR A UNA PERSONA UN HIJO AJENO.
- F. OTROS:

**GUÍA PARA LAS ENTREVISTAS CON JUSTICIABLES  
TESIS SOBRE FILIACIÓN EXTRAJUDICIAL**

1. ¿CONOCE USTED CÓMO CLASIFICA A LOS HIJOS NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO?

- A. HIJOS MATRIMONIALES Y ADULTERINOS.
- B. HIJOS MATRIMONIALES, ADULTERINOS E ILEGÍTIMOS.
- C. HIJOS LEGÍTIMOS E ILEGÍTIMOS.
- D. HIJOS MATRIMONIALES Y EXTRAMATRIMONIALES.
- E. OTRA

CLASIFICACIÓN:

.....

2. ¿QUÉ CONSECUENCIAS JURÍDICAS GENERA LA FILIACIÓN?

- A. OBLIGACIÓN DE LLEVAR Y MANTENER LOS NOMBRES (PRENOMBRES Y APELLIDOS).
- B. LA DE PRESTARSE MUTUAMENTE ALIMENTOS.
- C. SUCESIÓN HEREDITARIA.
- D. RESPECTO A LA PATRIA POTESTAD, TENENCIA Y CUSTODIA.
- E. OTROS:

.....

3. ¿CONOCE LOS ALCANCES DE LA LEY 28457 – LEY DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAJUDICIAL?

- A. SÍ.
- B. NO.
- C. PARCIALMENTE.

4. ¿ESTÁ USTED DE ACUERDO CON EL CONTENIDO Y ALCANCES DE LA LEY 28457 – LEY DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAJUDICIAL?

- A. SÍ, ABSOLUTAMENTE.
- B. SÓLO PARCIALMENTE.

- C. NO, DEFINITIVAMENTE.
5. ¿USTED CONSIDERA QUE LA CITADA LEY PERMITE UN DEBIDO PROCESO?
- A. SÍ, ABSOLUTAMENTE.  
B. SÓLO FORMALMENTE.  
C. NO, DEFINITIVAMENTE.
6. ¿USTED CONSIDERA QUE LA CITADA LEY PERMITE EL EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO DE DEFENSA?
- A. SÍ, ABSOLUTAMENTE.  
B. SÓLO FORMALMENTE.  
C. NO, DEFINITIVAMENTE.
7. ¿USTED CONSIDERA QUE LA CITADA LEY PERMITE EL EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO A LA PRUEBA?
- A. SÍ, ABSOLUTAMENTE.  
B. SÓLO FORMALMENTE.  
C. NO, DEFINITIVAMENTE.
8. ¿USTED CONSIDERA QUE LA LEY EN COMENTO ES INCONSTITUCIONAL?
- A. SÍ, ABSOLUTAMENTE.  
B. PARCIALMENTE  
C. NO, DEFINITIVAMENTE.
9. ¿CUÁL CREE USTED ES LO MÁS POSITIVO DE ESTA LEY?
- A. SE FACILITA EL RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL.  
B. ES MÁS CÓMODO ECONÓMICAMENTE Y EN MENOR TIEMPO.

- C. LA CARGA DE PROBAR SE HA INVERTIDO A FAVOR DE LA MADRE.
- D. SE ACORTAN LAS ETAPAS PROCESALES, ES MÁS FÁCIL.
- E. OTROS:
- F. NINGUNO.

10. ¿CUÁL CREE USTED ES LO MÁS NEGATIVO DE LA LEY EN COMENTO?

- A. SÓLO SE SUPEDITE A LA PRUEBA DE ADN.
- B. LA POSIBILIDAD DE QUE EL EMPLAZADO NO EJERZA ADECUADAMENTE SU DEFENSA.
- C. QUE SE DICTE MANDATO DE DECLARACIÓN DE PATERNIDAD ANTE LA NO CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.
- D. QUE NO EXISTA ETAPA PROBATORIA, AUDIENCIA.
- E. QUE SE PUEDA IMPUTAR A UNA PERSONA UN HIJO AJENO.
- F. OTROS:

.....

**GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE EXPEDIENTE  
TESIS SOBRE FILIACIÓN EXTRAJUDICIAL**

1. DATA ANALIZADA:
  - A. ... SOLICITUDES PRESENTADAS.
  - B. ... EXPEDIENTES ANALIZADOS.
  
2. TIEMPO DE CULMINACIÓN DEL PROCESO, INCLUYENDO LAS QUE FUERON APELADAS.
  - A. NO MÁS DE DOS MESES.
  - B. DE TRES A CINCO MESES.
  - C. MAYOR DE CINCO MESES.
  
3. DEMANDADOS DEBIDAMENTE NOTIFICADOS.
  - A. SE NOTIFICARON PERSONALMENTE AL EMPLAZADO.
  - B. SE NOTIFICARON POR CEDULÓN.
  - C. SE NOTIFICARON POR EDICTOS.
  - D. OTRA MODALIDAD DE NOTIFICACIÓN.
  
4. RESPECTO AL MANDATO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD.
  - A. SE DICTÓ MANDATO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD PORQUE DEMANDADO NO CONTESTÓ EL EMPLAZAMIENTO.
  - B. SE DICTÓ MANDATO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD PORQUE SE DECLARÓ INFUNDADA LA OPOSICIÓN.
  - C. SE DECLARÓ INFUNDADA O IMPROCEDENTE LA DEMANDA.
  
5. RESPECTO A LA OPOSICIÓN A LA DEMANDA.
  - A. SE OPUSIERON A LA DEMANDA.
  - B. SE ALLANARON O RECONOCIERON LA DEMANDA.
  - C. SE APERSONARON POSTERIORMENTE ADUCIENDO NO HABER SIDO NOTIFICADOS OPORTUNAMENTE.
  
6. RESPECTO A LA PRUEBA DE ADN.

- A. DEMANDADOS QUE SE OPUSIERON Y ACUDIERON A LA PRUEBA DE ADN.
  - B. DEMANDADOS QUE SE OPUSIERON Y NO FUERON A LA PRUEBA DE ADN.
  - C. DEMANDANTES QUE NO FUERON A LA PRUEBA DE ADN.
7. RESPECTO A LA APELACIÓN.
- A. DEMANDADOS QUE APELAN LA SENTENCIA.
  - B. DEMANDANTES QUE APELAN LA SENTENCIA.