



Maestría en Ciencias
Mención: Derecho Civil y Comercial

“LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS SUJETOS
VINCULADOS EN UN PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE
PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL EN BASE A LA LEY N°
28457”

Por:
Graciela de los Milagros Cabrera Roncal

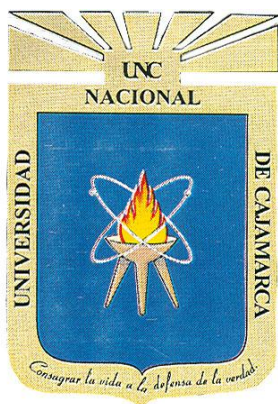
Asesor:
Dr. Glenn Joe Serrano Medina

Cajamarca, Perú

Diciembre de 2014

**COPYRIGHT © 2014 por
Graciela de los Milagros Cabrera Roncal
Todos los derechos reservados**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
ESCUELA DE POST GRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS APROBADA:

“LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS SUJETOS VINCULADOS EN
UN PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD
EXTRAMATRIMONIAL EN BASE A LA LEY N° 28457”

Por:

Graciela de Los Milagros Cabrera Roncal

Comité Científico:

Dr. Elfer Miranda Valdivia
Miembro

Mg. Jorge Salazar Soplapuco
Miembro

M.Cs. Nixon Castillo Montoya
Miembro

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Asesor

DEDICATORIA

A Dios, por guiar mis pasos sobre todo en los momentos más oscuros de mi existencia; a mi familia, por su apoyo y paciente comprensión en este esfuerzo académico, y a todas aquellas personas importantes en mi vida, que siempre estuvieron listas para brindarme su apoyo incondicional en hacer realidad un sueño más como profesional.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi más hondo y sincero agradecimiento a mi asesor, Doctor Glenn Joe Serrano Medina, por su apoyo y muy preciso asesoramiento en el presente trabajo de investigación, además, agradezco a mi familia y amigos por sus continuos y acertados consejos que sirvieron de estímulo para seguir adelante en el camino de la superación personal y sobre todo profesional.

INDICE

<i>DEDICATORIA</i>	<i>iii</i>
<i>AGRADECIMIENTO</i>	<i>iv</i>
<i>INDICE</i>	<i>v</i>
<i>RESUMEN</i>	<i>ix</i>
<i>ABSTRACT</i>	<i>x</i>
<i>INTRODUCCIÓN</i>	<i>xi</i>

CAPÍTULO I ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. DEL PLAN DE INVESTIGACIÓN:	
1.1. Planteamiento del problema:	13
1.2. Formulación del Problema:	16
1.3. Justificación:	16
1.4. Estado de la Cuestión:	19
1.5. Ámbito de la Investigación:	20
a) Temporal:	20
b) Espacial:	20
1.6. Tipo de Investigación:	20
1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue:	20
1.6.2. De acuerdo al tipo de investigación:	21
1.7. Objetivos de la Investigación:	21
1.7.1. Objetivo General:	21
1.7.2. Objetivos Específicos:	21
1.8. Hipótesis de la Investigación:	22
1.9. Categorización de variables de la Investigación:	22
1.10. Métodos de la Investigación:	22
1.10.1. Método Exegético:	22
1.10.2. Método Dogmático:	23
1.10.3. Método de la Ratio Legis o Método Lógico:	23

1.10.4. Método Sistemático:	24
1.10.5. Hermenéutica Jurídica:	24
1.11. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos:	
1.11.1. El Fichaje:	24
1.11.2. Análisis de contenido:	24
1.12. Unidad de Análisis:	25

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Teoría de los Derechos Fundamentales:	26
a) Aspectos Generales:	26
b) El contenido esencial de los derechos fundamentales:	28
c) Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Derechos Constitucionales:	32
2.2. Derechos Fundamentales:	
2.2.1. Derecho a la Identidad:	32
2.2.1.1. Identidad Biológica:	41
2.2.2. El derecho de Defensa:	45
2.2.3. Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva:	47
2.2.3.1. Antecedentes y Concepto:	47
2.2.3.2. Manifestaciones:	53
a) Acceso a la Jurisdicción:	53
b) Derecho a Obtener Resoluciones Fundadas en Derecho:	55
c) El Debido Proceso:	57
d) Efectividad de las Decisiones Judiciales:	59
2.3. La Filiación:	
2.3.1. Antecedentes de la Filiación:	60
2.3.2. Concepto de Filiación:	62
2.3.3. Clases de Filiación:	
a) La filiación legítima (matrimonial):	67
b) La filiación natural, ilegítima o extramatrimonial:	68

c) La filiación adoptiva:	68
2.3.4. Filiación Matrimonial:	
a) Concepto:	69
b) Presupuestos:	70
b.1. Matrimonio de los Padres:	70
b.2. Concepción y Nacimiento:	71
b.2.1. Teoría de la Concepción:	71
b.2.2. Teoría del Nacimiento:	71
b.2.3. Teoría Mixta:	72
b.3. Maternidad de la Cónyuge:	73
b.4. Paternidad del Cónyuge:	73
b.5. Prueba de la Filiación Matrimonial:	75
b.6. Sustento de la Presunción de Paternidad Matrimonial:	77
2.3.5. Filiación Extramatrimonial:	
a) Concepto:	78
b) Clasificación de los Hijos Extramatrimoniales:	80
c) El Reconocimiento de los Hijos Extramatrimoniales:	
c.1. Concepto:	82
c.2. Caracteres Esenciales:	84
d) Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial:	85
2.3.6. Cuestiones Jurídicas Relativas a la Filiación:	86
2.3.7. Efectos Jurídicos de la Filiación:	87
2.3.8. Derecho de la Filiación:	89
a) Noción;	89
b) Denominación:	89
c) Definición:	90
d) Características:	90
e) Determinación:	91
f) Principios del Derecho de la Filiación:	92

CAPÍTULO III
LA FILIACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL EN EL DERECHO
NACIONAL Y COMPARADO

3.1. En el Derecho Nacional:	
3.1.1. Constitución Política del Perú:	97
3.1.2. Código Civil Peruano:	99
3.1.3. La acción de filiación extramatrimonial en la Ley N° 28457:	103
3.2. En el Derecho Comparado:	
3.2.1. CHILE:	105
3.2.2. ARGENTINA:	107
3.2.3. BRASIL:	109
3.2.4. ECUADOR:	110

CAPITULO IV
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

A. La Presunción de Paternidad y su Implicancia en el Derecho a la Identidad Biológica del Menor:	113
B. La Presunción de Paternidad y su Vinculación con el Derecho de Defensa del demandado:	118
C. La Vulneración de la Tutela Jurisdiccional Efectiva por la Aplicación de la Presunción Legal de Paternidad:	124

CAPITULO V
PROPUESTA LEGISLATIVA

1. Proyecto de Ley N°:	129
2. Exposición de Motivos:	132
CONCLUSIONES:	137
RECOMENDACIONES:	139

RESUMEN

La presente investigación tiene como finalidad, verificar que la aplicación de la presunción legal de paternidad, en un proceso judicial de filiación basado en la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, vulnera derechos fundamentales de los sujetos intervinientes en dicho proceso, siendo estos, el derecho a la identidad biológica del menor, el derecho de defensa del demandado, y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Pues, en aquellos casos en que no se tiene la prueba del ADN, el juzgador declara la filiación de paternidad entre el menor y su supuesto progenitor en base a la presunción, sin tener la certeza de que lo manifestado por la demandante sea cierto, entonces es allí donde el derecho a la identidad biológica del menor no está siendo protegido, pues la incertidumbre continúa; de igual forma, el derecho de defensa del demandado se vulnera puesto que se lo limita en el ofrecimiento de medios probatorios, y la ley conmina al demandado a formular oposición a la declaración judicial extramatrimonial, solamente sometándose a la prueba del ADN, costo que será abonado por éste, sin tener en cuenta la situación económica del mismo; también se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que no se establece una relación jurídica procesal válida, no existe etapa probatoria, y no se cuenta con las garantías mínimas que un proceso legal de gran importancia requiere; concluyendo por ende, que la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, no cumple su finalidad para la cual fue dada, ya que los derechos antes señalados no son protegidos. En tal sentido, se recomienda modificar la Ley N° 28457, debiendo disponerse que la filiación será declarada, bajo esta Ley, sólo cuando exista la prueba del ADN y el costo de dicha prueba no siempre

deberá ser cubierto por el demandado sino deberá ser solventado por el Estado, previo informe situacional de la capacidad económica del demandado.

ABSTRACT

This investigation is intended, verify that the application of the legal presumption of paternity, in a judicial proceeding of parentage based on law N° 28457, “law regulating the process of judicial filiation extramarital paternity”, violates fundamental rights of the parties involved in the process, being these, the right to the biological identity of the child, the right of defense of the defendant and the right to effective judicial protection. Because in those cases where there is no proof of DNA, the judge declares paternity filiation between the child and his alleged progenitores based on the presumption, without being certain that the statements made by the applicant is true, then that is where the right to the biological identity of the child not being protected, as the continuous uncertainty, similarly, the right of defense of the defendant is violated since it is limited in the offering of evidence law and sentencing the defendant to file an objection to the statement extramarital paternity, only submitting to DNA testing, cost will be paid for this, regardless of the economic situation of the same, also violates the right to effective judicial protection, as there is no legal relationship is established valid, there is no evidence stage, and do not have the minimum guarantees that an important legal process requires, thus concluding, the law N° 28457, “law regulating the process of judicial filiation extramarital paternity”, does not fails its purpose for which it was given, rights as outlined above, are not protected. in this regard recommended changing the law N ° 28457, must provide that parentage will be declared, under the same fam, only when there is evidence of DNA and the cost of such ser should not always covered by the

defendant must be solved if the state, situational prior report of the economic ability of the respondent.

INTRODUCCIÓN

A lo largo del tiempo, en nuestro país al igual que en otros, se ha venido promulgado normas con la finalidad de proteger el derecho a la identidad del menor; sin embargo, ello no ha resultado del todo positivo, es así que se establecieron ciertas presunciones que se tenían en cuenta al momento de resolver un conflicto, por medio del examen de circunstancias, hechos conocidos o indicios. En el presente caso, con la finalidad de determinar la paternidad extramatrimonial, se ha dado ciertas modificaciones a nuestro Código Civil vigente, tal es así que tenemos la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, mediante la cual, atendiendo al grado de certeza de la prueba de ADN, se consideró necesario aplicar la misma, con la finalidad de que el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial sea más rápido y menos engorroso.

Pero, dicha normatividad, no resulta del todo efectiva, pues, se tiene que en el caso de no tenerse a la vista la prueba de ADN, se aplica la presunción, la cual si bien es cierto se da con frecuencia en la filiación matrimonial, no debería tener la misma suerte en la filiación extramatrimonial, como erróneamente se viene dando en la actualidad, al resolver procesos de filiación judicial de paternidad extramatrimonial “Ley N° 28457”.

Es por ello que la presente investigación está dirigida a contrastar que la aplicación de la presunción legal de paternidad, en un proceso judicial de filiación extramatrimonial con

la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, vulnera ciertos derechos fundamentales de los sujetos procesales, tales como el derecho a la identidad biológica del menor, el derecho de defensa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandado; para eso, se ha creído conveniente desarrollar la presente tesis, teniendo en cuenta doctrina nacional e internacional, en cinco capítulos, los cuales están divididos de la siguiente manera; en el capítulo I, se ha desarrollado todo lo concerniente a los aspectos metodológicos, precisando el problema a investigar, su formulación, la justificación del mismo, el ámbito de investigación que se ha tenido en cuenta para la presente tesis, el tipo de investigación, los objetivos planteados, tanto general como específicos y el planteamiento de nuestra hipótesis, principalmente; en el capítulo II, se expone el marco teórico de la presente investigación, teniendo en cuenta para ello la Teoría de los Derechos Fundamentales, considerando principalmente, el Derecho a la Identidad, a la Defensa y a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, entre otros; de igual forma, en el capítulo III, se ha tratado sobre el aspecto legislativo de la filiación de paternidad extramatrimonial en el Derecho Nacional y Comparado, para luego en el capítulo IV, realizar la correspondiente contrastación de la hipótesis planteada y, finalmente, luego de realizar toda la investigación necesaria, en el capítulo V, se ha diseñado la Propuesta Legislativa que se ha creído conveniente plantear para la solución del problema formulado en la presente tesis.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. DEL PLAN DE INVESTIGACIÓN:

1.1. Planteamiento del problema.

Desde tiempo atrás, uno de los problemas más frecuentes en nuestra sociedad y en otras, es el referido a la declaración de paternidad extramatrimonial, expresado en la gran cantidad de niños y adolescentes, principalmente que no han sido debidamente reconocidos por sus padres. Este problema se observa en la generalidad de países, que al igual que el nuestro tratan de solucionarlo con el establecimiento de normas orientadoras y sancionadoras con políticas de paternidad responsable.

Ante este problema, el Derecho puede resultar eficaz en su función reguladora y sancionadora de conductas, pero se requiere que la norma a aplicarse sea la más adecuada, armonice con el sistema jurídico y no vulnere derechos fundamentales; es por ello que ante una norma que tenga el mejor de los propósitos, puede darse el caso que sus regulaciones vulneren derechos fundamentales, protegidos constitucionalmente como lo son, el derecho a la identidad biológica, defensa, debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, de las partes intervinientes en dicho proceso; convirtiéndose ésta en norma ilegal e inconstitucional.

Es así que con la finalidad de encontrar solución más rápida y efectiva a los procesos judiciales sobre Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, nuestro Poder Legislativo, ha creído conveniente promulgar la Ley N° 28457 (08-01-2005), mediante la cual toda persona que tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada; para ello, la ley

establece que en la primera resolución el Magistrado dictará el mandato filiatorio, notificándose con el mismo al demandado, para que en un plazo no mayor de 10 días, éste presente su oposición, la cual únicamente podrá fundamentarse en la realización de la prueba del ADN, caso contrario, si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad; entonces, en estos casos en que no existe o no se somete el demandado a la prueba del ADN, y en base a la presunción de paternidad, se lo declara padre de un menor, se podrá decir, que la Ley N° 28457, está cumpliendo la finalidad para la cual fue dada?, o es que acaso dicha Ley además, de vulnerar derechos del demandado, estaría vulnerando derechos del demandante, que para el presente caso se trataría de un menor de edad?; asimismo, lejos de encontrar una solución más apropiada a dicha Ley, se tiene que mediante Ley N° 29821 (27.12.2011), se ha realizado algunas modificaciones a la Ley en mención, tales como, se ha precisado en su artículo 1°, que quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad, puede pedir al Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. En este mismo proceso podrá acumularse como pretensión accesorias, la fijación de una pensión alimentaria, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 85° del Código Procesal Civil. En este caso, el Juez, además de expedir el mandato declaratorio de paternidad extramatrimonial, correrá traslado al emplazado de la pretensión de alimentos....Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el Juez dictará sentencia pronunciándose sobre la pretensión de alimentos. Siendo ello así, se puede observar que esta ley pese a las modificaciones que ha sufrido, sigue en su afán de “obligar” al demandado a someterse a la prueba referida, restringiendo totalmente su derecho de defensa, transgrediendo las garantías para un debido proceso, vulnerando el principio de socialización y además, vulnerando derechos del demandante (menor), pues, en estos casos en que no existe

oposición por parte del demandado, únicamente en base a la manifestación de la parte demandante, aplicando una presunción legal de paternidad, se le está atribuyendo la calidad de progenitor a una persona de lo cual no se tiene ni el mínimo grado de certeza, entonces, si bien es cierto se podrá decir que existe cierta seguridad jurídica en cuanto a su identidad del menor, pero no existe seguridad en cuanto a su identidad biológica, por lo que entonces se puede decir que esta ley vulnera tanto derechos del demandado como del demandante, que por lo general en estos casos se trataría de menores de edad.

Frente a esto, debe quedar claramente establecido además, que se está vulnerando el derecho al debido proceso, y a la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que el Juez, al declarar judicialmente la paternidad, lo hará basado únicamente en la manifestación de voluntad de la parte demandante, y no tendrá en cuenta la manifestación de voluntad del demandado. Si bien es cierto que el propósito de la justicia es castigar al infractor, estableciendo la verdad de los hechos, pues también es verdad, que existen derechos constitucionales que se deben respetar. Entonces, para la aplicación de la presente ley, se debe tener en cuenta que existen muchos derechos que se estarían vulnerando, los cuales se encuentran reconocidos en diversos instrumentos internacionales, así como en nuestra normativa interna.

De igual forma, el artículo segundo de la referida ley prescribía que "...el costo de la prueba será abonado por la parte demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar auxilio judicial..."; ahora, mediante Ley N° 29821, se ha establecido que "...El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en el momento de la toma de las muestras o puede solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179° y siguientes del Código Procesal Civil..."; olvidando que en nuestro caso, dichas pruebas médicas son realizadas por entidades privadas, más no por entidades públicas, por lo que no cabría solicitar el auxilio judicial, ya que como se indicó el Estado no es quien proporciona dicho servicio; observándose así claramente otra limitación al

ejercicio del derecho a la defensa del demandado, ya que si éste no cuenta con los recursos económicos necesarios para costear dicha prueba no podrá contradecir a la demanda que se ha incoado en su contra y, sólo en base a la presunción legal de paternidad será declarado progenitor del menor demandante.

1.2. Formulación del Problema:

¿Qué derechos fundamentales se vulneran con la aplicación de la presunción legal de paternidad prevista en la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, respecto a los sujetos procesales intervinientes?

1.3. Justificación:

La importancia del presente trabajo de investigación radica en que está dirigido a determinar si la aplicación de la presunción legal de paternidad, en un proceso judicial de filiación extramatrimonial con la Ley N° 28457 “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, vulnera derechos fundamentales de los sujetos procesales, para así poder sugerir modificaciones a dicha norma, y de esa forma, lograr la realización de un proceso justo e imparcial, sin vulnerar además los principios de socialización y de igualdad reconocidos por nuestra Constitución.

Asimismo, haciendo una breve comparación entre lo establecido por el Código Civil Peruano en su artículo 402°, y la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, podemos darnos cuenta que el primero se encarga de proteger básicamente al demandado, mientras que la Ley referida trataba de proteger principalmente al niño, sin considera que de cierta forma, dicha finalidad no se está cumpliendo, es decir, son normas extremistas, por lo que con la presente investigación se quiere encontrar un punto de equilibrio entre los derechos del demandado y los derechos del menor.

Pues teniendo en cuenta la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, se puede observar claramente que mediante ésta, se vulnera tanto derechos del demandante como del demandado, siendo éstos principalmente los siguientes: se tiene que se vulnera el derecho a la identidad biológica del menor, el derecho de defensa del demandado y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva principalmente; entonces, si bien es cierto se trata de una ley especial, también es verdad que los derechos que se vulneran con esta ley son derechos fundamentales que tiene toda persona reconocidos constitucionalmente; la vulneración a la que hago referencia se puede observar cuando la ley, precisa, en los casos en que no existe oposición por parte del demandado, lo declarará progenitor del menor, sin que exista alguna prueba al respecto, vulnerándose su derecho de defensa, puesto que el demandado únicamente podrá oponerse al mandato filiatorio si es que cumple con someterse a la prueba del ADN, es decir, su derecho de defensa se encuentra limitado, al no poder ofrecer otros medios probatorios que sirvan para alegar su defensa, y para crear convicción en el Juzgador; asimismo, a mi parecer se estaría vulnerando también el derecho a la identidad biológica que busca el menor de cierta manera sea protegido, y por ende el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cual deben gozar las partes procesales; además, se debe tener en cuenta que ya no se trata únicamente de declarar la filiación demandada, sino también de establecer una pensión alimentaria a favor del menor.

En cuanto a la expedición de un mandato filiatorio, el mismo que debería ser únicamente un apercibimiento y no ser considerado como una declaración judicial de paternidad, (ello en el caso de que el demandado no haya cumplido con presentar su oposición en el plazo establecido (10 días)), no hay etapa probatoria como se exige para procesos iguales de complejos y trascendentes, pues al emitirse una resolución declarando la filiación demandada, se atenta contra el Debido Proceso, pues el órgano jurisdiccional no exige la presentación de medio probatorio alguno a la demandante, así, no califica ni

actúa medio probatorio previo a la emisión de la declaración de filiación y menos la obligación que tenga el demandado para con el demandante para que acuda con una pensión alimentaria, que corrobore la sindicación de la demandante efectuada en su escrito de demanda respecto a la paternidad de su hijo cuya declaración de filiación demanda, lo que ocasiona la expedición de una resolución que declara la filiación demandada, injusta para el demandado, ya que las partes están en desigualdad de condiciones al momento de recurrir al órgano jurisdiccional, limitándose así el uso de medios probatorios al demandado. Entonces, el Juez sin tener a la vista algún medio probatorio presentado por las partes procesales, y basándose únicamente en lo alegado por la parte demandante, declarará judicialmente la paternidad extramatrimonial, en base a una presunción de paternidad; confirmando el mandato filiatorio dictado en la primera resolución, y además, dictando sentencia sobre la pretensión de alimentos, careciendo esta resolución de una adecuada motivación, lo cual también resulta contrario a nuestra normatividad vigente; no cumpliéndose de tal manera un debido proceso, tratando de beneficiar de manera indirecta a una de las partes del proceso judicial, que para el caso se trata de la parte demandante, sin considerar que los derechos de éste, también están siendo vulnerados, tal y como se lo ha indicado precedentemente.

Otra modificatoria que se debería dar en la mencionada ley es en cuanto a que el Estado, a través de un organismo autónomo, previo informe situacional de la capacidad económica del demandado, solvente el gasto que implica la realización de la prueba genética de ADN, ya que hasta la fecha son entidades privadas las que se encargan de efectuar dichas pruebas genéticas; o de lo contrario el Estado debería coadyuvar, cancelando un cincuenta por ciento del precio total que implica la realización de la prueba de ADN, teniendo en cuenta para ello el estado de necesidad de las partes dado a la difícil situación económica por la que atraviesa nuestro país.

Es así, que de permanecer vigente esta ley, sin las modificaciones correspondientes, se continuará vulnerando los diferentes derechos fundamentales de las partes intervinientes en el referido proceso judicial.

1.4. Estado de la Cuestión:

Luego de indagar en las Universidades de la ciudad de Cajamarca, respecto a la presente investigación, se tiene que en la Biblioteca de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se encuentran tres investigaciones referentes a la Ley N° 28457, siendo estas las siguientes:

- a) “La prueba del ADN como medio probatorio de Actuación necesaria para la resolución de los procesos de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial en la ciudad de Cajamarca”, cuyo autor es el Mag. Joel Romero Mendoza. Siendo el enfoque de ésta, determinar que el motivo de la ineficacia jurídica de la aplicación de las normas jurídicas que regulan el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial en las decisiones judiciales en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en los años 2004 y 2005 se debe a que la regulación actual en cuanto a la utilización de la prueba del ADN, en estos procesos tiene deficiencias procesales en las dos formas para iniciar el proceso mencionado.

- b) “Consecuencias Jurídico-Sociales en los Hijos Alimentistas en la Legislación Civil Peruana”, siendo su autor el Dr. Glenn Joe Serrano Medina. Siendo el enfoque de esta investigación el siguiente: establecer que la regulación de los hijos alimentistas en la legislación Civil Peruana, origina que la identidad personal de estos menores no está definida, debido a que con frecuencia no se tiene los datos del progenitor y éste se rehúsa irresponsablemente a reconocerlos, contraviniendo el derecho fundamental a la identidad, consagrado en el artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política del Perú.

- c) “Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial Acorde con el Derecho a la Identidad: Análisis de su validez y aplicación en la provincia de Chota, departamento de Cajamarca, periodo 2006-2010”, siendo su autora la Mag. Magali Jacqueline Soto Bardales; siendo el enfoque de esta investigación está referido únicamente al derecho a la identidad del menor, llegando a la conclusión que la ley N° 28457, debe ser derogada, proponiendo además la conducción por fuerza del demandado para ser sometido a la toma de la muestra del ADN”.

Por ello, se puede decir que el enfoque de dichas investigaciones es diferente a la diseñada en la presente investigación.

1.5. Ámbito de la Investigación:

- a) **Temporal:** teniendo en cuenta que la presente investigación se sustenta en el análisis de la presunción legal de paternidad prevista en la Ley 28457, no tiene un ámbito temporal definido, dada la vigencia de la norma.
- b) **Espacial:** el ámbito espacial de la investigación es de alcance nacional dada la naturaleza general de la Ley N° 28457.

1.6. Tipo de Investigación:

1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue.

Básica: también recibe el nombre de investigación pura, teórica o dogmática, se caracteriza porque parte de un marco teórico y permanece en él, la finalidad radica en formular nuevas teorías o modificar las existentes, en incrementar los conocimientos científicos o filosóficos.

1.6.2. De acuerdo al tipo de investigación.

La presente se trata de una investigación explicativa, ya que lo que se quiere es establecer qué derechos fundamentales se vulneran con la aplicación de la presunción legal de paternidad, en un proceso judicial de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. De igual manera, se trata de una investigación Propositiva, por cuanto se diseñó una propuesta legislativa para mejorar y evitar la problemática que se presenta en el caso de la aplicación de la presunción de paternidad prevista en el Ley N° 28457.

1.7. Objetivos de la Investigación:

1.7.1. Objetivo General:

Determinar los derechos fundamentales que se vulneran con la aplicación de la presunción legal de paternidad prevista en la Ley N° 28457, respecto a los sujetos procesales intervinientes en un Proceso de Filiación de Paternidad Extramatrimonial.

1.7.2. Objetivos Específicos:

- a) Determinar si la aplicación de la presunción legal de paternidad, prevista en la Ley N° 28457, vulnera el derecho de identidad biológica del menor.
- b) Establecer si la Ley N° 28457 vulnera el derecho de defensa del demandado, dentro de un proceso judicial de filiación extramatrimonial, cuando se declara la filiación en mérito a la presunción.

- c) Comprobar que la presunción legal de paternidad vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandado.
- d) Diseñar una propuesta legislativa que garantice la protección de los derechos fundamentales de las partes involucradas en un Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial.

1.8. Hipótesis de la Investigación:

Con la aplicación de la presunción legal de paternidad prevista en la Ley N° 28457, sobre Filiación judicial de Paternidad Extramatrimonial, se vulneran derechos fundamentales de los sujetos procesales intervinientes, como son el derecho a la identidad biológica del menor, el derecho de defensa del demandado y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

1.9. Categorización de variables de la Investigación:

- Derecho a la identidad biológica.
- Derecho a la defensa.
- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- Presunción legal de paternidad.

1.10. Métodos de la Investigación:

El método científico está formado fundamentalmente por una serie de etapas sucesivas a seguir para alcanzar el resultado pretendido¹. En tal sentido, en el presente trabajo se utilizó los siguientes métodos.

1.10.1. Método Exegético: este método constituye el estudio literal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo²,

¹ SIERRA BRAVO, Restituto. Técnicas de Investigación Social. 10ma. Ed. Editorial Paraninfo. Madrid 1994, p. 70

² RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Cómo Hacer una Tesis de Derecho y No Envejecer en el Intento. 3ª.Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 101.

entonces, en la presente investigación el problema planteado ha sido en base al estudio de la Ley N° 28457 “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial” y la normatividad que regula los derechos fundamentales como son el derecho a la identidad biológica, el derecho de defensa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

1.10.2. Método Dogmático: se llama también conceptualismo e institucionalismo. Se concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa, se visualizará el problema jurídico solo a la luz de las fuentes formales, y como consecuencia, su horizonte se limitará a las normas legales o instituciones en los que está inscrito el problema.

Frente a la exégesis, el método dogmático alcanza, sin duda, un mayor rigor teórico. Mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, el Derecho comparado y, a la jurisprudencia; por ello, su enfoque se desenvuelve sobre bases más amplias que las de la exégesis lineal del texto legislativo.

1.10.3. Método de la Ratio Legis o Método Lógico: este método busca la razón de ser de la ley o el espíritu de la norma. Si el método literal responde a la pregunta: ¿qué dice la ley?; el método de la ratio legis o lógico, se pregunta: ¿Para qué se dictó la norma? ¿cuál fue la razón por la que la norma existe? ¿qué fines se hallan detrás de la norma? También se le conoce como método lógico porque la interpretación literal puede reducirse al absurdo cuando es confrontada con el método de la ratio legis³. El uso del método de la ratio legis permite,

³ Ibídem, p. 153-154

en realidad, el progreso de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia, y contribuye a favor de una convivencia social civilizada.

1.10.4. Método Sistemático: este método de interpretación consiste en determinar qué quiere decir una norma, atribuyéndole los principios o conceptos que están descritos con mayor claridad en otras normas, pero que no están claramente expresados en el texto normativo que se quiere interpretar. De manera que para alcanzar una más acabada comprensión de la norma examinada se buscan otras normas en el interior de un sistema legal determinado⁴. El método sistemático es idóneo para el análisis de los ordenamientos legislativos, tiene una finalidad instrumental, que puede ser éticamente correcta o incorrecta.

1.10.5. Hermenéutica Jurídica: Este método se ha utilizado en la presente investigación, dado que ha servido para interpretar de manera clara la Ley N° 28457 “Ley que Regula la Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, básicamente, en lo que respecta a la declaración de paternidad sin que obre la prueba de ADN ni otro medio probatorio, sino únicamente la manifestación de voluntad de la parte demandante, de igual manera, ha servido para interpretar los derechos a la identidad biológica, derecho de defensa y derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, establecidos en nuestra normatividad vigente.

1.11. Técnicas Utilizadas para la Obtención de Información:

1.11.1. El Fichaje:

Para la recolección de la información y para el estudio del tema de la presente investigación, se utilizó la técnica del fichaje.

Como instrumento las fichas en sus diferentes modalidades.

⁴ Ibídem, p. 160

1.11.2. Análisis de contenido:

A través de la cual se obtuvo la información relevante tanto del ámbito doctrinario como jurisprudencial, la misma contribuyó esencialmente a la construcción del marco teórico. Como instrumento se utilizó la Libreta de Anotaciones.

1.12. Unidad de Análisis:

Lo constituye la Ley N° 28457, sobre “Filiación Judicial de paternidad extramatrimonial”.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Teoría de los Derechos Fundamentales.

- a) **Aspectos Generales:** los derechos fundamentales son definidos como aquella parte de los derechos humanos que se encuentran garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular. Su denominación responde al carácter básico o esencial que estos tienen dentro del sistema jurídico instituido por el cuerpo político.

En ese sentido, Rubén Hernández Valle -citado por Víctor García Toma⁵, expone que “son aquellos reconocidos y organizados por el Estado, por medio de los cuales el hombre, en los diversos dominios de la vida social, escoge y realiza (...) su comportamiento, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico”.

Los derechos pueden ser observados desde una doble dimensión: subjetiva y objetiva.

La dimensión subjetiva es aquella que hace referencia a las facultades de acción que estos reconocen a la persona titular de los mismos en el ámbito de la vida existencial y coexistencial. Por consiguiente, permiten exigir al Estado y/o particular el cumplimiento cabal, exacto y preciso de lo dispuesto normativamente.

Ello implica el atributo de exigir la consecuencia tuitiva de dichos derechos; lo que puede verificarse en la ejecución de una determinada conducta, en el de no ejecutar una determinada conducta o en el otorgamiento de un concreto

⁵ GARCÍA TOMA, Víctor. Los Derechos Fundamentales en el Perú. Jurista Editores. Lima 2008, p. 27.

beneficio. Es decir, expone el derecho de hacer efectivo el goce efectivo de lo determinado a favor de la persona.

La dimensión objetiva es aquella que hace referencia a que la normatividad tuitiva contenida en dichos derechos se irradia o expande a todos los ámbitos de la vida estatal y social.

Dicha dimensión exige que el Estado realice una atención determinada a través de políticas legislativas, jurisdiccionales o administrativas que permitan la optimización de atribuciones comprendidas en el conjunto de preceptos de carácter general; y, que, por ende, se manifiesten bastamente en el plano de la realidad. Esta actuación también involucra residualmente a los particulares.⁶

El artículo 1º 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 el 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” (Peces-Barba, Gregorio: Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37).

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental) es presupuesto de su

⁶ *Ibíd.*, p. 27-34

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 (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, podemos 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 sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales⁷.

b) El contenido esencial de los derechos fundamentales:

En la doctrina Constitucional de hoy en día es generalmente aceptado que el problema de los derechos humanos no consiste en determinar su fundamento, ni radica en su reconocimiento o formulación jurídica, sino que el principal problema que afrontan los derechos humanos y, con ellos los derechos fundamentales o derechos constitucionales, es el concerniente a su eficacia y

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 03052-2009-AA”. Pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional: 14 de julio de 2010. Fundamento Jurídico 4. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/precedentes/03052-2009-AA.html>

realización y, consecuentemente, al sistema de garantías que constitucional o legalmente se haya previsto para alcanzar su efectividad. De esta manera, se ha hecho supeditar la vigencia de los derechos fundamentales a la vigencia de sus garantías, e incluso, se ha predicado su inexistencia jurídica cuando no se les ha dotado de garantía alguna. Al margen de que se coincida o no en que el problema de la fundamentación no es el principal problema que afrontan los derechos humanos, lo cierto es que al sistema de garantías de los derechos constitucionales le corresponde jugar un papel especialmente importante en la efectiva vigencia de los mencionados derechos. En palabras del Tribunal Constitucional, “la Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos. A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo.”⁸

Todo derecho fundamental tiene un contenido jurídicamente determinado, el cual es inmodificable, en caso sea necesario llevar a cabo una regulación infra constitucional para posibilitar su goce y ejercicio en la vida comunitaria⁹.

El contenido esencial se convierte en la parte indispensable e indisponible que permite al titular del derecho a gozar de los atributos, facultades o beneficios que esta declara.

La Constitución Política del Perú de 1993, recoge los derechos fundamentales de la persona en el artículo 2° (derecho a la vida, identidad, integridad y seguridad personal, libertad de conciencia de información, opinión y expresión, etc). Esta es una enumeración enunciativa, pues el artículo 3° deja abierto el

⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Los Derechos Constitucionales. Tercera Ed. Palestra Editores. 2007, p. 215 - 216

⁹ GARCÍA TOMA, Víctor. Ob cit, p. 33

reconocimiento a otros derechos, expresa que la enumeración de los derechos fundamentales de la persona establecidos en el primer capítulo, “no excluye los demás, que la Constitución garantiza, 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”¹⁰.

El Capítulo I del Título I de la Constitución denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, comprende los tres primeros artículos de la Constitución. El artículo 1° CP, plantea un importante principio hermenéutico no sólo de la Constitución, sino también de todo el ordenamiento jurídico, al disponer que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.¹¹

Es indudable que la alusión a la persona humana que hace el artículo 1° CP, tiene una fundamental manifestación jurídica concreta: los derechos del hombre. En efecto, esa realidad antropológica o filosófica que es la persona humana tiene una traducción jurídica precisa: los derechos humanos. Así, decir que la persona humana es el fin, significa que los derechos fundamentales son el fin de la existencia del Estado; y decir que el Estado debe promover el pleno desarrollo de la persona humana, equivale a decir que el Estado debe promover la plena vigencia de los derechos de la persona.

De modo tal que este primer criterio se traduce en que toda realidad social, política y jurídica tiene por fundamento y finalidad el respeto y promoción efectiva de los derechos constitucionales. Precisamente, la existencia del Estado y el ejercicio que del poder político se haga, tiene justificación y adquiere legitimidad en la medida que uno y otro van dirigidos a favorecer una más plena y efectiva vigencia de los derechos de la persona.

¹⁰ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Palestra Editores. Lima 2001. Pág. 46

¹¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op cit, p. 127.

Si bien es cierto, el artículo 2° CP contiene una enumeración de un conjunto de derechos del hombre que, por estar ubicados dentro del Capítulo I podrían ser calificados de fundamentales; sin embargo, ello, debe ser predicado igualmente para todos los derechos de la persona reconocidos constitucionalmente, en la medida que para el Constituyente Peruano todos los derechos tienen una misma importancia, de ahí que les haya deparado una misma protección constitucional. De modo que el hecho que determinados derechos constitucionales se encuentren recogidos en el mencionado capítulo I no les va a suponer un trato especial y diferenciado (respecto de los demás derechos recogidos en otros capítulos de la Constitución), ni en lo referido a su nivel de vinculación al poder político y a los particulares, ni en lo concerniente a los mecanismos de protección y/o garantía.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la Constitución Peruana, no sólo reconoce derechos a lo largo de su Título I, sino que existen también otras disposiciones localizadas en otros Títulos, en los que se reconocen derechos que son derechos constitucionales¹².

Así también resulta necesario tener en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia emitida en el expediente judicial N° 05215-2007-PA/TC-citada en la Sentencia del expediente N° 189-2010-AA-¹³, para lo cual se tiene que “La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)”. Esta norma establece pues que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares.

¹² *Ibidem*, p. 176

¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 189-2010-PA/TC”. Pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional: 07 de marzo de 2011. Fundamento Jurídico 5. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00189-2010-AA.html>

Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privados o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretende conculcar o desconocerlos, como es el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional.

c) Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Derechos Constitucionales:

El primero, es el que diferencia derechos humanos de derechos fundamentales según se esté aludiendo a la norma internacional o al ordenamiento nacional de un concreto Estado. La expresión derechos humanos sería una expresión que está reservada para significar los derechos del hombre recogidos en las distintas declaraciones y pactos internacionales sobre derechos. Mientras que la expresión derechos fundamentales, estaría reservada para aludir a los derechos del hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno, generalmente en la primera de sus normas - Constitución - y que gozan de una tutela jurídica reforzada¹⁴. Con la expresión derechos constitucionales se puede hacer referencia a ese conjunto de facultades o atribuciones de la persona que son recogidas y garantizadas en la norma constitucional.

2.2. Derechos Fundamentales:

2.2.1. Derecho a la Identidad: cada persona, es idéntica a sí misma, no obstante que todos los seres humanos son iguales, la igualdad radica en que todas las personas, por ser tales, comparten la misma estructura existencial en cuanto son “una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”. Es la libertad la que, al desencadenar un continuo proceso existencial autocreativo,

¹⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op cit, p. 73

hace posible el que cada persona desarrolle - dentro de las opciones que le ofrece su mundo interior y su circunstancia - su “propio” proyecto de vida, adquiera una cierta personalidad, logrando así configurar “su” identidad. La identidad es, precisamente, lo que diferencia a cada persona de los demás seres humanos, no obstante ser estructuralmente igual a todos ellos, es, pues, el derecho a ser “uno mismo y no otro”.¹⁵

Uno de los grandes misterios de la vida es el que siendo todas las personas estructuralmente iguales no existan dos idénticas. Es decir, que posean la misma biografía así como el mismo código genético. Cada persona, en tanto libre, elabora su propio “proyecto de vida” y tiende a realizarlo, no obstante los condicionamientos y determinismos que le son adversos. El “proyecto de vida” es personal, único, irrepetible, intransferible, por lo que su realización configura una determinada personalidad que es la manera cómo la persona aparece y se presenta en el mundo frente a los demás seres, con sus propias características psicológicas, con su propia escala de valores.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, ha establecido en la sentencia emitida en el Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, que “...entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

¹⁵ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal, Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992, citado en CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ COMENTADA. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo I. Lima, 2005. P.18

La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.¹⁶

Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas¹⁷.

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”. Es decir, “yo soy el que soy y no otro”. La singularidad o mismidad de cada persona determina el que cada una

¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 05829-2009-PA/TC”. Pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional: 23 de setiembre de 2010. Fundamento Jurídico 3. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00189-2010-AA>, p.2

¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 2273-2005-PA/TC”. Pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional: 20 de abril de 2006. Fundamento Jurídico 23. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00189-2010-AA>, p.11.

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.

Cada persona tiene el derecho a su identidad, es decir, a exigir que se respete su “verdad personal”, que se le represente fielmente, que se le reconozca como “ella misma”, que se le conozca y defina sin alteraciones o desfiguraciones. Correlativo a este derecho se encuentra el deber de los “otros” de reconocer a la persona “tal cual es”. Ello significa que nadie puede desnaturalizar o deformar la identidad, atribuyendo a la persona calidades, atributos, defectos, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le son propios ni negar su patrimonio ideológico-cultural, sus comportamientos, sus pensamientos o actitudes.

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 personal¹⁸.

Sin embargo, cabe destacar que el conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal, debe destacarse que el dato biológico es la identidad de éste y luego requiere desarrollar vida social (lo que en la doctrina se denomina identidad estática, a la primera y dinámica a la segunda).¹⁹

¹⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Op cit, p. 19

¹⁹ <http://www.monografías.com/trabajos/epistemología>

El derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico peruano, se lo encuentra en la Constitución del Perú está plasmado en el artículo 2° inciso 1 en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho: inciso 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar...”²⁰ y explicitado en uno de sus aspectos en el inciso 19 “Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural”. Es en el Código de los Niños y Adolescentes donde encontramos un desarrollo más extenso de la norma sobre derecho a la identidad, en su artículo 6° “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 a llevar sus apellidos. Tienen también el derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso que se produjera dicha alteración, sustitución o privación el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Ahora bien, a pesar de la amplia fórmula mediante la cual se reconoce de manera expresa el derecho a la identidad como derecho fundamental, podría discutirse si es que actualmente en el ordenamiento jurídico peruano viene otorgándose una protección procesal suficiente a ese derecho.

Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y complementarse

²⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Op cit, p. 13.

dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3º, que dispone que “La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)”.

Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional.

Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanar todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)”, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” sino que “(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho Constitucional e Internacional, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como “(...) un minimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover” [STC N.º 0010-2002-AI, Caso Marcelino Tineo Silva] De allí que, la dignidad sea caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico, y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que a la misma

le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales.²¹

Así, dada la esencial correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana, en el caso de autos, supone otorgar un contenido al derecho a la identidad personal demandado, en tanto elemento esencial para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, garantizar una vida digna.

Por tal razón, la identidad personal constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana, siendo ésta, de acuerdo a lo establecido en nuestra Constitución Política del Perú, no sólo el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que “la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía. Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc. – ello no puede

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 05829-2009-PA/TC”. Op cit, pág. 03

llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano pre jurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano.²²

Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, en primer lugar, que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que le es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, como no podría ser de otro modo, también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica (a mayor abundamiento, *mutatis mutandi*, el derecho al debido proceso en su origen se encontró determinado por una diversidad de objetivos, tales como la garantías de libertad personal, seguridad jurídica, razonabilidad, motivación de las resoluciones, entre otros, los cuales progresivamente pasaron a conformar su contenido esencial constitucionalmente protegido)²³.

Una vez identificado este contenido práctico –objetivo y universal, en tanto fundamentado en las necesidades concretas y reales de los hombres-, el Tribunal Constitucional se encuentra en la responsabilidad constitucional de recogerlo y concretizarlo jurisprudencialmente en un postulado normativo: el *principio-derecho* de la dignidad humana. De ahí que de la jurisprudencia de

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 2273-2005-PA/TC”. Op cit, p. 04

²³ *Ibidem*, p. 05.

este Colegiado [STC N.º 0050-2004-AI (acumulados), N.º 0019-2005-PI/TC, N.º 0030-2005-PI, N.º 1417-2005-AA, N.º 10107-2005-PHC], encontramos que la dignidad humana constituye tanto un *principio* como un *derecho fundamental*, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.²⁴

El Tribunal Constitucional Peruano, considera también que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción

²⁴ Idem

pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas.

2.2.1.1. Identidad Biológica: según Varsi Rospigliosi,²⁵ se tiene que “el ser humano es un conjunto celular y genómico. La información contenida en el núcleo de la célula se conforma a partir de las características de los progenitores.

En el núcleo celular se halla el patrón o huella genética que tiene todo ser viviente. En el caso del ser humano surge en el momento de la concepción cuando el núcleo del espermatozoide intercambia su información genética con el núcleo del óvulo (singamia). Esta huella o pauta genética, insistimos, es el resumen de la información aportada por los progenitores del procreado, de allí la posibilidad de determinar con certeza el origen biológico de la filiación. De esto se deduce que desde la concepción el ser humano tiene una determinada identidad”.

Dentro de esta clase de derecho a la identidad se sitúa la posibilidad científica de indagar y afirmar la paternidad o maternidad, a través de las pruebas biogenéticas.

²⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Tomo IV. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú, 2013, p. 105-106

Con estos métodos especiales se busca determinar el origen de la huella génica de un sujeto, de manera tal que encuentre su verdadera relación filial.

La huella genética y el genoma son parte del derecho a la identidad genética, teniendo una estrecha vinculación con el derecho a la integridad (al trabajar con elementos biogénéticos), a la dignidad (correcta aplicación y uso), a la libertad (autodeterminación de someterse o no a las pruebas) y a la intimidad (la información obtenida es individual y privada).

Asimismo, tenemos lo opinado por Vila-Coro, citado por Varsi Rospigliosi, quien propone que el derecho a la identidad personal se desdobra en dos facultades especiales:

1. El derecho a la propia herencia genética, que se vulnera a través de la manipulación genética al variarse la información natural del ser humano.
2. El derecho al propio “hábitat” natural que le proporcionan sus progenitores, se ve afectado cuando se aísla o aparta al concebido del medio que le es propio, situándolo en otro distinto, sea en la etapa pre o post natal.

El derecho a conocer el propio origen biológico no es un derecho expreso en la Constitución, pero podríamos decir que está reconocido tácitamente con la dignidad e identidad, en base al artículo 3 (derechos implícitos o no enumerados), que es una cláusula general abierta a través de la cual el ordenamiento jurídico tutela a la persona también en supuestos no típicamente establecidos, cuando así lo entiende o exige la sociedad. Los fundamentos que

determinan la existencia de este derecho están íntimamente relacionados con el derecho a conocer la identidad del progenitor o el derecho a conocer a sus padres. El niño tiene el derecho a saber quién es su padre biológico, esta es la tendencia del derecho comparado como Australia, Austria, Alemania, Suecia y Suiza; en posición contraria está España, Gran Bretaña y Francia.²⁶

Entonces, se puede decir que todo ser humano, tiene derecho a conocer sus orígenes, pues, el conocer el origen personal no implica necesariamente la transformación del vínculo filiatorio, la relación paterno o materno filial se construye a diario, el vínculo biológico no agota esta relación. Lo que prevalece es saber de dónde uno proviene, para así poder desarrollarse a plenitud con todos los derechos reconocidos.

El ser humano tiene una determinada identidad, innata, irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte.²⁷

Según Zannoni²⁸, en el derecho a conocer el propio origen biológico existe una relación entre la identidad personal y la realidad biológica mediante la cual un sujeto encuentra su pertenencia a una familia y obtiene el emplazamiento de su estado que, de acuerdo a su origen biológico, le corresponde.

De igual manera, tenemos lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida dentro del proceso N° 00139-2013-PA/TC, el

²⁶ VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético. 4ta. Edición. Editorial Grijley. Lima-Perú, 2001, p. 225

²⁷ *Ibíd.*, p. 226

²⁸ ZANNONI, Eduardo A. Identidad Personal y Pruebas Biológicas. En Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13, Derecho privado en la Reforma Constitucional, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 159.

cual refiere que: “ entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Constitución, “entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc), y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc)” (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21). “La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros” (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 22). De esta forma cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras, pero aun “cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral” (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 23).²⁹

²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 00139-2013-PA/TC”. Pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional: 18 de marzo de 2014. Fundamento Jurídico 02. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00139-2013-AA.pdf>, p.05.

2.2.2. El derecho de Defensa: este derecho se encuentra previsto en el inciso 14 del artículo 139° de la Constitución vigente, el ejercicio del derecho de defensa cubre todas las etapas de un proceso judicial.

Para el profesor Juan Monroy Gálvez –citado por Ticona Postigo³⁰, también forma parte de los elementos o facetas del debido proceso, la defensa y asistencia de letrado, el derecho a ser informado de la acusación o pretensión formulada, el uso del propio idioma. La publicidad del proceso, su duración razonable, entre otros.

Para la defensa de los derechos o intereses se reconoce al demandado el derecho abstracto de contradicción, en virtud del cual puede proponer sus medios de defensa que le convenga. Al ejercitar el derecho abstracto de contradicción, el demandado puede proponer sus medios de defensa. Pero el derecho de defensa no se agota con la simple proposición de aquellos medios de defensa, sino que se ejercita en todo el curso del proceso, alegando hechos y probando afirmaciones pertinentes y en forma oportuna. Entonces, debe quedar claro que el derecho de defensa del demandado, sería el derecho que tiene que para acceder al órgano jurisdiccional.

Para ello, debemos tener en cuenta que el propio Tribunal Constitucional, se ha pronunciado al respecto, en el expediente N° 3072-2006-PA/TC, considerando que “el derecho de acceso a la justicia, no se agota en prever mecanismos de tutela en abstracto, sino que supone posibilitar al justiciable la obtención de un resultado óptimo con una mínima actividad procesal, con la intención de permitirle acceder de modo real al servicio de justicia y obtenerla en el menor tiempo y al menor costo posible.”³¹

³⁰ TICONA POSTIGO, Víctor. El Debido Proceso y la Demanda Civil. T.I. Editorial Rodhas. Lima 1999, p. 99

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 03072-2006-AA”. Pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional: 27 de febrero de 2008. Fundamento Jurídico 11. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03072-2006-AA.html>. p. 4

Al demandante se le reconoce el derecho de acción para ejercitar y hacer efectivos sus derechos o intereses sustanciales, de los cuales afirma en su demanda ser titular y, al demandado se le reconoce el derecho de contradicción en proceso, para defender sus derechos como la libertad jurídica, su patrimonio, sus derechos personalísimos, etc.³²

En cualquier proceso las partes pueden disfrutar del derecho de alegar y probar contradictoriamente y en condición de igualdad, de tal forma que si esa posibilidad es negada, se considerará que no ha existido verdadera tutela judicial y se infringirá ese derecho fundamental.³³ Finalmente se puede decir, que el derecho de defensa está incluido plenamente en el de tutela, como una parte del mismo.

Dentro del derecho de defensa podemos considerar el derecho a tener oportunidad probatoria y a una verdad jurídica objetiva.

Al respecto, se tiene que el Tribunal Constitucional ha afirmado que “El derecho de defensa es de naturaleza procesal y conforma el ámbito del debido proceso...”

De igual forma ha afirmado que “El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa...”³⁴

Así tenemos que Ariano Deho, señala con relación a la Ley N° 28457, “Ley que Regula la Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”: “(...) no solo se ha eliminado el contradictorio inicial, no solo se ha limitado la

³² *Ibíd*em, p. 101

³³ CHAMORRO BERNAL, Francisco: La Tutela Judicial Efectiva. Bosh Casa Editorial S.A. 1994, p. 125-126.

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 3151-2006-AA/TC”. Pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional: 17 de setiembre de 2008. Fundamento Jurídico 11. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03151-2006-AA.html>, p. 7.

posibilidad de defenderse del demandado, no solo se ha eliminado todo rastro de contradictorio en la actuación de la única prueba legal posible, sino que además se ha eliminado toda posibilidad de apreciación crítica del resultado de la “prueba científica(...)”.³⁵

Para Furuken Zegarra, señala refiriéndose a la Ley N° 28457, “Ley que Regula la Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”: “(...) no todo el texto de dicha norma es la que merece reproche constitucional. Como ya hemos adelantado sólo el segundo párrafo del artículo 1 y el artículo 2 son los cuestionados. Estas dos disposiciones son las que no admiten su adecuación constitucional porque infringen el derecho al debido proceso del emplazado, consagrado en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, puesto que existe una severa restricción injustificada (vista desde los fines de la norma y de la ponderación de sus medios) al derecho a probar”.³⁶

2.2.3. Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva:

2.2.3.1. Antecedentes y Concepto: el proceso es un instrumento de tutela del Derecho, de modo que si se desnaturaliza por violación de sus formas esenciales, el instrumento de tutela falla y con él sucumbe inexorablemente el derecho de los justiciables; existe entonces, la necesidad de cuidar el normal desarrollo del proceso. Explica el profesor Aníbal Quiroga León - citado por Obando Blanco, Víctor Roberto -³⁷, al abordar el concepto de la Tutela Jurisdiccional Efectiva que, “la tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales para evitar que el legislador ordinario instituya leyes procesales de modo tan irrazonables que, debido a

³⁵ ARIANO DEHO, Eugenia: “El Nuevo Proceso de Declaración de Filiación Extramatrimonial. ¿Vanguardismo o Primitivismo Procesal?”. En Actualidad Jurídica. Información Especializada para Abogados y Jueces. Tomo 134. Editorial Gaceta Jurídica S.A. 1ª edición. Lima, Perú. Enero 2005, p. 66.

³⁶ FURUKEN ZEGARRA, Carlos: “El Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial y el Derecho a un Debido Proceso”. En Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial. Año 13. N° 108. Editorial Gaceta Jurídica S.A. 1ª Edición. Lima, Perú. Setiembre 2007, p. 97.

³⁷ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. Op cit, p. 65.

bruscos cambios de la coyuntura política, virtualmente impida a las partes la defensa de sus derechos y a los jueces el cumplimiento de su función jurisdiccional”.

Nuestro Código Procesal Civil, consagra este derecho en su Título Preliminar (art. I), en concordancia con el inciso tercero del artículo 139° de la Constitución Política, que encuentra su antecedente en el derecho comparado en el artículo 24° de la Constitución Española.

Recogiendo el concepto del jurista español Jesús Gonzales Pérez – citado por Obando Blanco, Víctor Roberto-³⁸, diremos que el Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”; a que cuando pretenda algo de otra, ésta pretensión sea atendida por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso con mínimas garantías. Se llama proceso debido a aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por la garantía del Juez natural.³⁹

Asimismo, nuestro Código Procesal Constitucional, por su parte consagra el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela procesal efectiva cuando en el tercer párrafo de su artículo 4° prescribe que “se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respeten, de modo enunciativo su(s) derechos a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales (...)”.⁴⁰

³⁸ *Ibíd*em, p. 69

³⁹ *Ibíd*em, p. 71

⁴⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 0579-2008-PA/TC”. Pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional: 05 de junio de 2008. Fundamento Jurídico 15. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.pdf>, p. 9.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional Español, la tutela judicial efectiva, en sentido estricto, es decir, la que recoge el artículo 24.1 CE, es tan sólo, en una primera aproximación, el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos judiciales. Consecuentemente, los derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva, sólo se infringirán si: a) se niega u obstaculiza gravemente a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los Jueces y Tribunales; b) se le produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión; c) no obtiene una resolución razonable y fundada en Derecho; d) la resolución obtenida no es efectiva.⁴¹

La violación de los derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva puede producirse de múltiples formas, pero siempre deberá afectar a alguno de los cuatro puntos señalados. Todas las demás infracciones o serán incumplimientos de legalidad ordinaria o, en su caso, serán incumplimientos de otras concretas garantías procesales, pero no derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva.⁴²

Según el maestro argentino Augusto Morello, citado por -Obando Blanco, Víctor Roberto-⁴³ se tiene que: “Según constante doctrina constitucional, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se configura, fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán

⁴¹ CHAMORRO BERNAL, Francisco. Op cit, p. 11.

⁴² *Ibidem*, p. 12.

⁴³ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. Op cit, p. 69

resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables. Ese derecho fundamental (a la tutela judicial efectiva) tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales una respuesta (seria, plena, razonada, cabalmente motivada) a las pretensiones planteadas, y no manifiestamente arbitraria, ni irrazonable”.

Asimismo, se tiene que el maestro español catedrático de la Universidad de Valencia, Juan Montero Aroca citado por -Obando Blanco, Víctor Roberto-⁴⁴, sostiene que puede entenderse que el derecho de acción y el derecho de contradicción son expresiones del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque posiblemente sea más claro sostener que el derecho de acción, en tanto que derecho a la tutela judicial, es bilateral, esto es, corresponde tanto a quien pide como a quien contra se pide (sic), es decir, tanto al demandante como al demandado.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, implica que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o intereses legítimos, ella deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Como tal, constituye un derecho, por decirlo de algún modo, "genérico" que se descompone en un conjunto de derechos específicos enumerados, principalmente, en el mencionado artículo, o deducidos implícitamente de él. Entre estos derechos cabe destacar, entre otros, el derecho a un juez independiente e imparcial.⁴⁵

⁴⁴ *Ibidem*, p. 75

⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 0004-2006-PI/TC”. Pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional: 29 de marzo de 2006. Fundamento Jurídico 22. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>, p.16.

La independencia y la imparcialidad del juzgador no sólo constituyen principios y garantías de la administración de justicia, sino también una garantía para quienes acuden a los órganos jurisdiccionales en busca de justicia. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo en una anterior oportunidad, que “Debe tomarse en cuenta que si bien, prima facie, la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta Administración de Justicia, estas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión”. Ello coincide con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 8.1 dispone que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.... Por ello, cuando se vulneran principios como la independencia o imparcialidad del juzgador, también se afecta el derecho a un juez independiente e imparcial y consecuentemente, la tutela jurisdiccional efectiva”.⁴⁶

Al respecto, es de recordar el fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 03843-2008-PA/TC,⁴⁷ que expuso: “el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, que garantiza la potestad de acceder a los órganos jurisdiccionales para solicitar se resuelva un conflicto de intereses o una situación jurídica, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva consagrados en el artículo 139° inciso

⁴⁶ *Ibíd*em, p. 21.

⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 03843-2008-PA/TC”. Pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional: 01 de julio de 2009. Fundamento Jurídico 12. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03843-2008-AA.html>, p.4.

3) de la Constitución; por ello, todo mecanismo que dificulte su acceso se convierte en un obstáculo para su plena vigencia”.

De igual forma, es necesario tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 3072-2006-AA, respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, “es un derecho de contenido complejo que persigue garantizar la eficacia de las situaciones jurídicas, posibilitando a las personas-entre otros-el libre e igualitario acceso a la jurisdicción para la tutela de sus derechos y, de esta forma, se debe eliminar todas las barreras que limiten, restrinjan o impidan este acceso libre e igualitario a los órganos jurisdiccionales. Considera que el derecho de acceso a la justicia – que forma parte del contenido del derecho de tutela judicial efectiva- no se agota en prever mecanismos de tutela en abstracto, sino que supone posibilitar al justiciable la obtención de un resultado óptimo con una mínima actividad procesal, con la intención de permitirle acceder de modo real al servicio de justicia y obtenerla en el menor tiempo y al menor costo posible.⁴⁸

Finalmente, para Reynaldo Bustamante Alarcón⁴⁹, la tutela jurisdiccional efectiva, es el derecho de todo sujeto de derecho que le permite exigir a los órganos jurisdiccionales del Estado o de la comunidad internacional (en los temas que son de su competencia) que hagan efectiva su función jurisdiccional; es decir, que ejerzan jurisdicción eficaz y oportuna a través de un proceso, mas no de un procedimiento, pues sólo en el primero se puede hablar propiamente del ejercicio de la jurisdicción o, si se prefiere, de la función jurisdiccional. Pese a ello, debemos indicar que la doctrina

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 03072-2006-AA”. Op cit, p. 4

⁴⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El Derecho a Probar como Elemento Esencial de un Proceso Justo. Editorial ARA Editores. Lima-Perú.2001, p. 48

suele identificar el debido proceso con el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

2.2.3.2. Manifestaciones:

a) Acceso a la Jurisdicción:

Dicha materia se encuentra implícitamente prevista en el artículo 3 de la Constitución vigente y expresamente en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia implícitamente con el texto de 1979. Alude a un derecho instrumental que realiza la defensa de los intereses legítimos de una persona, en el contexto de una sociedad política que proscribe la justicia por propia decisión; y, que, por ende, requiere de investir al ciudadano del derecho de acción. En efecto Eduardo Couture -citado por García Toma Víctor⁵⁰-, señala que “la actividad de dirimir conflictos y decidir sobre las controversias es uno de los fines del Estado. Sin esta función el Estado no se concibe como tal”. De allí, que frente al deber institucional del Estado de establecer la jurisdicción, aparezca como correlato el derecho de acceder a ella; vale decir, que la obligación de implementar un servicio de administración de justicia tiene su contrapartida en el atributo personal de exigirlo en un caso particular y concreto.

Carlos Mesía Ramírez- citado por García Toma Víctor⁵¹, consigna que el derecho de acceso a la jurisdicción “tiene un

⁵⁰ GARCÍA TOMA, Víctor. Op cit, p. 705

⁵¹ Idem

doble propósito; por un lado, busca el efectivo restablecimiento de aquellos derechos que han sido desconocidos o vulnerados arbitrariamente; por otro, asegura la vigencia de la paz social que podría verse afectada ante la necesidad de hacerse justicia por las propias manos”.

Asimismo, tenemos que para la Constitución Española, la libertad de acceso a la jurisdicción recogida en su artículo 24.1, es la plasmación de un derecho ya reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El libre acceso a la jurisdicción, es decir, a esa determinación irrevocable del derecho en un caso concreto – monopolio de los órganos judiciales, según el art. 117.3 CE- es la primera consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva y el paso previo y necesario para la prestación jurisdiccional. No se puede obtener la prestación jurisdiccional, la resolución que pone fin a la controversia, si por algún motivo no es posible acceder primero a los Jueces y Tribunales, acceso que, por tanto, es considerado por el TC como el primer escalón en el ejercicio del derecho a la prestación judicial.

El derecho de libre acceso a la jurisdicción corresponde a toda persona física o jurídica, privada o pública, española o extranjera, a quienes el ordenamiento jurídico reconozca capacidad para ser parte en un proceso⁵².

Una vez reconocido el acceso a la jurisdicción, la siguiente garantía comprendida en el derecho a la tutela judicial efectiva es la del acceso al proceso o procesos judiciales que se hallen establecidos por la ley para que, a través de él, el órgano

⁵² CHAMORRO BERNAL, Francisco. Op cit, p.18.

jurisdiccional pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada por el ciudadano. Tal derecho, como el de tutela en general, es un derecho de configuración legal. En efecto, el proceso es el camino necesario y obligado para obtener una resolución jurisdiccional, de tal forma que si el órgano judicial prescinde totalmente de él, ello comporta ya una denegación de tutela judicial efectiva.⁵³

b) Derecho a Obtener Resoluciones Fundadas en Derecho:

Según García Toma, Víctor⁵⁴, es la potestad de exigir al órgano jurisdiccional, la expedición de una resolución con argumentos de hecho y derecho destinadas a pronunciarse sobre la pretensión contenida en una demanda, denuncia, queja, etc. En ese contexto operan para el órgano jurisdiccional dos condicionantes: la primera, referida a la inexcusable obligación de resolver la causa de manera fundamentada con sujeción a las circunstancias de hecho y a las consideraciones jurídicas para estimar o desestimar la pretensión planteada; la segunda, referida a la sujeción de la satisfacción del principio de congruencia que consiste en la verificación de la identidad jurídica entre lo resuelto por la judicatura y la pretensión planteada por los justiciables.

Asimismo, se tiene para Chamorro Bernal, que la fundamentación es inherente a la idea de Sentencia, así como al carácter público del proceso y comporta que la resolución dictada por el órgano jurisdiccional se base en ley adecuada al caso y no contenga elementos arbitrarios o irracionales, siendo

⁵³Ibídem, p. 41 y 42

⁵⁴GARCÍA TOMA, Víctor. Op cit, p. 707

arbitraria una resolución cuando carece de motivación o la misma es ajena al ordenamiento jurídico. La fundamentación, aunque distinta, está íntimamente relacionada con la motivación. Si no hay motivación, por definición, tampoco puede haber fundamentación, pero aún existiendo motivación, puede no existir fundamentación ya que ésta representa un plus sobre aquélla.⁵⁵

Dicha facultad del justiciable se expresa en la potestad de exigir al órgano jurisdiccional, la expedición de una resolución con argumentos de hecho y derecho destinados a pronunciarse sobre la pretensión contenida en una demanda, denuncia, queja, etc.

En ese contexto operan para el órgano jurisdiccional dos condiciones: la primera, referida a la inexcusable obligación de resolver la causa de manera fundamentada con sujeción a las circunstancias de hecho y a las consideraciones jurídicas para estimar o desestimar la pretensión planteada; la segunda, referida a la sujeción de la satisfacción del principio de congruencia que consiste en la verificación de la identidad jurídica entre lo resuelto por la judicatura y la pretensión planteada por los justiciables.

La motivación adecuada irradia su eficacia a todo el ordenamiento jurídico político en general. Es decir, se exige que cualquier acto, norma o decisión por el que se limite o regule el ejercicio de un derecho fundamental, se resuelva un conflicto, se imponga una sanción, o se levante una incertidumbre jurídica en general, vaya acompañada de una

⁵⁵ CHAMORRO BERNAL, Francisco. Op cit, p. 241

motivación que exponga en forma clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que justifican la limitación o la regulación, de tal forma que los destinatarios conozcan las razones y los intereses por las que su derecho se sacrificó y estén en aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho.⁵⁶

c) El Debido Proceso:

Es el conjunto de derechos, principios y garantías que permiten que la tutela procesal de los derechos fundamentales de la persona sea realmente efectiva durante el desarrollo de un proceso o procedimiento; vale decir, entre la etapa que transcurre desde la admisión a trámite de la demanda planteada, por o contra un justiciable y la decisión jurisdiccional. Por ende, tiene por objetivo la salvaguarda de los referidos derechos durante la tramitación de un proceso o procedimiento; sea este de naturaleza judicial, administrativa, u otro.

En consecuencia, se acredita la violación del debido proceso cuando se impide, limita o desconoce algún derecho, principio o garantía de naturaleza procesal que se encuentra reconocida por la Constitución o los tratados internacionales de los que el Estado es parte. La referida infracción debe ser producida por un agente jurisdiccional al interior de un proceso o procedimiento a su cargo.⁵⁷

⁵⁶ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op cit, p. 71

⁵⁷ GARCÍA TOMA, Víctor. Op cit, p. 632

En ocasiones el TC considera como una de las partes integrantes de la tutela judicial efectiva el derecho al proceso debido, aunque sin especificar qué garantías podrían incluirse en ese derecho al proceso debido.

Para que pueda hablarse de proceso debido, debe existir primero algo que pueda denominarse un proceso y el proceso existe cuando se da un debate contradictorio, en condiciones de igualdad, que es resuelto por un órgano imparcial. Pues bien, la existencia de ese núcleo básico de todo proceso lo garantiza el artículo 24.1 y las eventuales garantías adicionales a ese proceso.⁵⁸

Es un derecho humano o fundamental que tiene toda persona y que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente, pues, el Estado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanentemente a un sistema judicial imparcial.⁵⁹

Se puede concluir diciendo que el debido proceso, es aquel derecho fundamental a la justicia a través del proceso y también del procedimiento; es decir, como el derecho de todo sujeto de derecho a un proceso o procedimiento en donde su

⁵⁸ *Ibíd*em, p. 109

⁵⁹ TICONA POSTIGO, Víctor. *Op cit*, p. 8

inicio, desarrollo y conclusión, así como las decisiones que en ellos se emitan, sean justos. Se trata de un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo el Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos.⁶⁰ Así también se debe tener en cuenta el derecho a tener oportunidad probatoria, siendo este un derecho de carácter procesal que integra el derecho fundamental a un debido proceso, pues éste es un derecho complejo que está conformado por un conjunto de derechos destinados a asegurar que el inicio, desarrollo y conclusión de un proceso o procedimiento, así como las decisiones que en ellos se emitan, sean objetiva y materialmente justas. El derecho a la prueba se presenta como uno de los elementos esenciales que configura un debido proceso, de tal suerte que allí donde no exista o no tenga una vigencia real o efectiva no habrá proceso o procedimiento justo.

d) Efectividad de las Decisiones Judiciales:

La doctrina no ha tratado de forma sistemática la característica de la efectividad del derecho a la tutela y cuando lo ha hecho, normalmente, la ha analizado desde un punto de vista material que no casa con los caracteres predominantemente formales de los derechos y garantías constitucionalizados en el art. 24.1

⁶⁰ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op cit, p. 48

CE.⁶¹ La efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela judicial puesto que, como ha reiterado el TC, una tutela que no fuera efectiva, por definición no sería tutela. De nada servirían al ciudadano unas excelentes resoluciones judiciales que no se llevaran a la práctica. Sin embargo, precisamente por ser consustancial a la tutela, el derecho a la efectividad forma parte de ese conjunto de garantías y derechos que integran la compleja institución jurídica de la tutela judicial, es decir, el derecho a la efectividad de la tutela judicial, además de constituir un principio inspirador de ésta, es también un derecho fundamental derivado del art. 24.1 CE, de la misma forma que para el TC del derecho a la ejecución de las Sentencias es el componente más importante de la efectividad.

Este derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial no tiene, muchas veces, una manifestación autónoma sino que se materializa a través de los derechos y garantías procesales.⁶²

2.3. La Filiación:

2.3.1. Antecedentes de la Filiación:

Los lazos de parentesco son variados y múltiples, de diverso origen e intensidad. Se extienden como un vínculo o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción).

Sin embargo, la más relevante relación de parentesco existente en la ciencia jurídica es la establecida entre el padre/madre e hijo. Es así, que se puede decir que dentro de las múltiples relaciones parentales, dada la proximidad de

⁶¹ CHAMORRO BERNAL, Francisco. Op cit, p. 275.

⁶² Idem

vínculo y sólida afectividad recurrente, la filiación es la principal, ésta genera la relación jurídica más trascendente de la persona en torno a la cual, descendiente y ascendiente, forjan su destino en común y se despliegan consecuencias legales.

Asimismo, se tiene que Paz Espinoza, citado por Varsi Rospigliosi,⁶³ considera a la filiación como un instituto jurídico que surge con la familia monogámica a través de la cual las relaciones intersexuales entre varón y mujer es posible determinar, certera y exclusivamente, la paternidad de los hijos.

En Roma, la prole fue considerada como un favor de los dioses. Su carencia un castigo. Sobre la base de un criterio religioso se procuraba que más personas rindiesen culto a sus antepasados, consideraban a la procreación como símbolo de la fertilidad, los infértiles encontraron en la adopción el remedio social para seguir con las tradiciones asumiendo el rol de padres; asimismo, se tiene que el matrimonio concedía un status matrimonial al hijo concebido y nacido fuera del matrimonio. Ambos, legitimado y legítimo, tenían los mismos derechos y obligaciones, así también el adoptivo; los tres eran iguales, el ilegítimo era natural o no natural, dependiendo de la capacidad nupcial de sus padres, y mientras más grave –moral y éticamente- era el impedimento, menos derechos tenían (bastardos, adulterinos, incestuosos, sacrílegos). Los naturales heredaban en inferior proporción a los legitimados.

Siendo así, se tiene también la relación mediante la adopción, la cual constituye otra fuente, pero se caracteriza por ser de índole legal, por cuanto es la ley, la que establece o regula las relaciones entre los contrayentes del acto jurídico. A la adopción se le llama también parentesco artificial porque tiene su acto jurídico contractual, que crea entre dos personas, (adoptante y

⁶³ *Ibidem*, p. 64

adoptado), relaciones fuera o forzosamente civil, pero esto no extrae de su propia familia a los contrayentes, sino que pueden conservar las relaciones con su propia familia. Asimismo, señala que antes la filiación fue legítima e ilegítima. Luego matrimonial y extramatrimonial, hasta hoy. La tendencia es identificar los derechos de los hijos sin importar su origen. Se es hijo independientemente de la forma, circunstancia y medio en que fue procreado.

Las antiguas legislaciones consagraron no solamente una diferencia muy grande entre ambas filiaciones, sino que deprimieron a la ilegítima; en lo cual no hacían sino reflejar un estado social de ánimo muy arraigado.

Las más radicales distinguieron no sólo a los hijos legítimos de los ilegítimos o borges, sino que sub clasificaron a estos últimos en naturales y espurios; volvieron a subdividir a los últimos en fornezinos, sacrílegos, y mánceres; y sub clasificaron una vez más a los primeros en adulterinos o notos e incestuosos (incluyendo a los nefarios).⁶⁴

Siguiendo la idea de Cornejo Chávez, citado ya en el párrafo anterior, se tiene que la tendencia universal contemporánea se dirige a reducir la distancia que anteriormente existía entre los hijos legítimos e ilegítimos. En algunos casos, se ha suprimido la diferencia (Constitución Cubana, Constitución de la República Española, Código de Familia de la Unión Soviética, de Rumanía, de Cuba, de Bolivia y otros).

2.3.2. Concepto de Filiación:

La palabra “Filiación” deriva del latín “filius, fiii” y era pronunciado por los antiguos españoles, como fillo, fiio y por último hijo.

⁶⁴ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo II. Gaceta Jurídica. Editores. Lima – Perú, p. 11

Es la descendencia de padres a hijos; o bien la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o madre.

Para Cornejo Chávez⁶⁵, la filiación es la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra, o dicho en otros términos es la relación que existe entre el padre y el hijo. La filiación es el lazo que une a dos personas que descienden la una de la otra, o de un tronco común; y tienen como consecuencia un carácter exclusivamente genealógico. Arias, citado por Gallegos Canales⁶⁶, puntualiza que “la filiación crea un estado civil, relaciones de familia, y, por consecuencia, derechos y obligaciones vinculadas a ellos; sobre todo, de alimentos y hereditarios. Las relaciones de parentesco son, según sea parental entre el padre y el hijo, entre el abuelo y el nieto. La hay, también, entre los hermanos o entre éstos y los hermanos de su padre y de su madre. La hay, igualmente, entre los hijos de hermanos, y entre uno de éstos y el hijo del otro. La hay, en fin, entre el marido y los padres o los hijos o los hermanos de la mujer; o entre el bautizado y su padrino, etc.

Dice Pecorella, citado por Varsi Rospigliosi⁶⁷, que el concepto de filiación no tiene, en sentido jurídico, una autonomía propia: es más bien una calificación directa en la clasificación de sus varios tipos posibles de unión posible previstos en la ley y vistos en la conciencia social sea favor o en contra. La maternidad y la paternidad fueron siempre consideradas como hechos biológicos, antes que el sistema jurídico les reconociera efectos jurídicos, razón por la cual filiación fue prima facie como un natural que existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre, no así jurídicamente. Este hecho natural para hacerse valer requiere como

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 728

⁶⁶ GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima – Perú. 2009, p. 253

⁶⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo IV. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú, 2013, p. 65

presupuesto el haber ido determinado legalmente. Es un hecho y relación jurídicamente relevante.

Pero de todas estas relaciones, la más importante es, sin duda, la que se llama filiación, esto es, la que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto). Desde este último punto de vista, que es el que particularmente nos interesa, la relación parental se denomina más propiamente paterno – filial, pues si desde el ángulo del hijo se llama filiación, desde el punto de vista de los progenitores se denomina paternidad o maternidad.

Ahora bien, tradicionalmente y por mucho tiempo se distinguió en la filiación dos variedades básicas: la matrimonial generalmente llamada legítima, es decir, la que corresponde al hijo tenido por padres casados entre sí; y la extramatrimonial apellidada ordinariamente ilegítima, originada en relaciones de un varón y una mujer no casados entre sí.

Jurídicamente la filiación es la relación directa que existe entre dos personas considerada la una como padre o madre de la otra. En consecuencia los elementos que constituyen la filiación, son los siguientes:

- a. El hecho del parto de determinada mujer en una determinada época la identidad del hijo, en la maternidad natural.
- b. El parto de la presunta madre en una determinada fecha, la identidad del hijo y el estado de matrimonio, en la maternidad legítima (matrimonial).
- c. El hecho de la generación realizada por el hombre en la paternidad.⁶⁸

⁶⁸ MALQUI REYNOSO, Max. Derecho de Familia. Tomo II. Editorial San Marcos. Lima – Perú 2002, p. 729

El derecho de la filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos y, recíprocamente, que atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación, cuanto al contenido que atañe a su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y de la maternidad.

Desde esta amplia perspectiva el derecho de filiación abarca la institución de la patria potestad que los padres ejercen sobre sus hijos menores de edad y, también, los deberes – derechos asistenciales en general. Sin embargo, tradicionalmente, la patria potestad ha sido caracterizada como el ejercicio de la autoridad de los padres, y, entonces, se reserva – en un sentido más restringido – la denominación “derecho de filiación” al conjunto de normas que organizan el emplazamiento en el estado de familia que implica la relación jurídica paterno – materno – filial, y, consecuentemente, la modificación o extinción de dicho estado de familia.⁶⁹

Para el autor italiano Messineo, sostiene que la filiación es un status y para Demolombre, citados por Vásquez García⁷⁰, que la filiación es el estado de una persona considerada como hijo en sus relaciones con su padre o con su madre. Todo lo crea un estado civil, relaciones de familia y determinados derechos y obligaciones emergentes del mismo; pero olvidan que éste es el resultado del emplazamiento previo en el carácter del padre e hijo.

Esta relación tiene pues una base biológica inexcusable; sin embargo, no hay equivalencia plena entre relación biológica y relación jurídica de filiación, ya que la procreación no siempre crea una filiación trascendente para el derecho, por eso existen progenitores que no son padres jurídicamente y padres que

⁶⁹ ZANNONI, Eduardo A. Op cit, p.313

⁷⁰ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. Derecho de Familia. Tomo I. Editorial Rodhas. Lima-Perú. 1998, p. 517

para el derecho no son progenitores (como el caso de la adopción), pero también progenitores que saben ser padres.

Todo ser humano cuenta con una filiación por el sólo y único hecho de haber sido engendrado, esta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción con relación a los progenitores. A decir de Galindo Garfias: “La filiación es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación, de donde se deriva el parentesco; punto de referencia para fijar las relaciones jurídicas dentro del círculo de la familia, que en su estructura socio jurídica es un complejo de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etc. De la procreación deriva la filiación que implica el emparentamiento genealógico entre dos personas, y el vínculo jurídico paterno filial.

Por todo ello, recordemos que la segunda fuente del Derecho de Familia es la procreación; es decir, que una pareja por unión sexual, tenga un hijo, hecho que genera un vínculo biológico jurídico entre los progenitores: padre y madre y, el hijo de ambos. Desde el punto de vista jurídico, el vínculo recibe el nombre de paternidad cuando es visto desde el lado de los padres – la maternidad queda involucrada en este concepto- y de la filiación cuando se enfoca desde el ángulo del hijo. La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que la paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos y deberes.

Entonces, siendo necesario para el desarrollo de la presente tesis, referirnos a la procreación como un “antes” de la filiación, precisaremos éstos dos conceptos, en el siguiente párrafo.

- **Procreación y Filiación:**

Para el autor Eduardo Zannoni⁷¹, la filiación está determinada por la paternidad y la maternidad. De allí que la procreación constituya el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial. Aun así, esta relación puede constituirse sin atender al hecho biológico, como acaece en la adopción. En tales casos la filiación constituida obedece a imperativos juzgados de interés familiar por la ley, que atañen al orden público. Del mismo modo, las modernas técnicas de fecundación asistida permiten disociar la procreación de la cópula entre los progenitores – mediante la inseminación artificial o la fecundación extracorporal- e, incluso, la posibilidad de disociación entre madre biológica y madre portadora o sustituta, obliga a replantear la determinación de la maternidad por el parto.

Asimismo, señala que lo fundamental es precisar que la procreación es el hecho biológico *presupuesto* en la constitución de la filiación. Ésta es, pues, una *categoría jurídica* referida a aquel presupuesto. Sin embargo, ello no obsta a que pueda hablarse de *procreación sin filiación* en la medida en que exista una discordancia, entre el presupuesto biológico y el vínculo jurídico. Así, la exposición de un recién nacido, o su abandono, sin que exista el reconocimiento alguno por parte de su padre y su madre, impide establecer la relación paterno-filial, salvo que se la reclame mediante la acción correspondiente. Mientras tanto, el hecho biológico de la procreación no trasciende, evidentemente, en filiación determinada.

2.3.3. Clases de Filiación:

La filiación, atendiendo a los hechos o actos que lo originan, puede ser:

- a) **La filiación legítima (matrimonial).** Supone el hecho de la procreación y que esa procreación se haya efectuado, cuando los padres se

⁷¹ ZANNONI, Eduardo A. Op cit, p. 313-314

encontraban ligados por el vínculo matrimonial (hecho jurídico) da lugar al parentesco legítimo.

Por ello, Vázquez García⁷², considera que la idea de esta filiación va inseparablemente unida a la del matrimonio entre los progenitores, que es su causa esencial. De aquí, en tesis general, se diga que corresponde al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de los padres.

- b) **La filiación natural, ilegítima o extramatrimonial.** Solo existe la procreación (hecho material), pero no el acto jurídico del matrimonio de los padres, da lugar al parentesco ilegítimo. Recibió y recibe todavía en algunas legislaciones, discriminaciones según que el hijo hubiera sido engendrado cuando los padres no podían contraer matrimonio válidamente por mediar impedimentos dirimentes, reservándose la denominación de hijos naturales a los concebidos por progenitores que, en la época de la concepción, si bien no estaban casados, no tenían impedimentos para hacerlo.

- c) **La filiación adoptiva.** Difiere profundamente de las dos anteriores, no supone ni procreación ni matrimonio, sino que es el producto de una convención o acto jurídico que se celebran entre adoptante y adoptado y que el legislador acepta gustoso, porque con ello se tiende a dar una familia a quienes carecen de ella y un hijo aquellos a quienes la naturaleza u otros factores les ha negado.

La circunstancia que la filiación legítima suponga que los padres se encuentren unidos en matrimonio justifica las muchas diferencias existentes entre el hijo legítimo y el hijo extramatrimonial.

⁷² VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. Op cit, p. 519

El legislador concedía mayores derechos al primero que al segundo y ello como homenaje al matrimonio monogámico que es la base fundamental de la familia, como es lógico. El legislador tiene que defender y amparar la institución del matrimonio, propender a su celebración, y como una manera indirecta a esta finalidad, otorga mayores derechos al hijo legítimo que al extramatrimonial.⁷³

A continuación, trataremos ampliamente lo referente a Filiación Matrimonial y Filiación Extramatrimonial.

2.3.4. Filiación Matrimonial:

a) Concepto:

La filiación matrimonial deriva de las palabras latinas filius y matrimonium, que significa hijo que procede de padres casados, es decir, hijo nacido de padre y madre que han contraído matrimonio de acuerdo a las formalidades establecidas por nuestra ley civil.

Así se tiene que la doctrina nacional, considera que la filiación legítima tiene su origen en el matrimonio, que solo tendrá calidad de legítimo aquel cuya concepción sea obra de dos esposos, por otra parte, se señala que la filiación legítima es una relación jurídica íntimamente vinculada al matrimonio de los padres, así también que la filiación legítima es un vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. Otros la consideran como la relación parental más importante que a partir de una realidad biológica, es decir, la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tienen como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos.

⁷³ MALQUI REYNOSO, Max. Op cit, p. 728

En el Código Civil derogado se estableció las categorías de hijos legítimos e ilegítimos. En cambio el Código Civil vigente los considera hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales. Al respecto Bossert y Zannoni citados por Mallqui Reynoso⁷⁴, indican que: “la categorías de hijo matrimonial y extramatrimonial se mantienen”, lo cual no sería para crear distinciones entre unos y otros en cuanto a derechos reconocidos, se refiere, sino porque la forma de establecer la paternidad en el caso de hijos matrimoniales y extramatrimoniales es de manera diferente. Además, consideran que “la equiparación de efectos entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, no sólo responde a una concepción humanista en cuanto a no hacer distingos entre los individuos por razones ajenas a su propia conducta, sino que, además, pone fin a distingos de inspiración meramente materialista”, refiriéndose específicamente a las diferencias de efectos que subsistían entre unos y otros hijos, por ejemplo, el doble de porción hereditaria para los matrimoniales con respecto a los otros, y la imposibilidad de reclamar alimentos entre hermanos cuando su filiación no era matrimonial, entre otros; sin embargo, estas apreciaciones, en la práctica siguen causando discriminación de los hijos.

De allí que, Vásquez García⁷⁵, señala que la idea de filiación va inseparablemente unida a la del matrimonio entre los progenitores, que es su causa esencial. De aquí, en tesis general, se diga que corresponde al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de los padres.

b) Presupuestos:

El presente acápite será desarrollado siguiendo los presupuestos abordados por Mallqui Reynoso⁷⁶, en su libro Derecho de Familia, los cuales detallamos a continuación:

⁷⁴ *Ibidem*, p. 733

⁷⁵ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. *Op cit*, p. 519

⁷⁶ MALQUI REYNOSO, Max. *Op cit*, p. 734.

b.1. Matrimonio de los Padres:

En virtud de un matrimonio civil válido o putativo (contraído de buena fe por uno o ambos cónyuges) de los progenitores es el que se define la filiación matrimonial frente a la filiación extramatrimonial. En términos generales podemos decir que el matrimonio es un requisito formal y legal que tiene por propósito la unión espiritual y corporal en forma permanente de un hombre (esposo) y una mujer (esposa), asociados bajo un mismo fin: la procreación (hijo o hijos matrimoniales) y perfección de la especie, mutuo auxilio y consecuencia de la más plena convivencia comunitaria, sancionada por la ley y solo disoluble, en los casos especificados.

Por último debe señalarse que si no se probara el matrimonio civil de los padres con el certificado de la partida de matrimonio respectiva, no se puede hablar que hay filiación matrimonial.

b.2. Concepción y Nacimiento:

Según este requisito tanto la concepción como el nacimiento deben darse dentro del matrimonio, sin embargo, no siempre esto ocurre, como es el caso del hijo nacido con anterioridad a la celebración del casamiento, pero nacido estando vigente el matrimonio o el caso del hijo concebido durante el matrimonio y que nace con posterioridad a su disolución o anulación.

Pero esto, varía según se tenga en cuenta las teorías siguientes:

b.2.1. Teoría de la Concepción: para esta teoría, solo tendrá calidad de hijo matrimonial aquel cuya concepción sea obra de dos esposos, así sea que nazca durante o después de disuelto o anulado el matrimonio. Ocurre, sin duda, que el hijo

concebido fuera del matrimonio se encuentre a continuación legitimado por la unión tardía de sus padres, es decir que el hijo legitimado se asimila en hijo legítimo no para el pasado sino para el futuro (legitimación que ha sido descartada por nuestro Código Civil vigente).

b.2.2. Teoría del Nacimiento: a diferencia de la teoría anterior, esta teoría considera hijos matrimoniales a los concebidos antes de la celebración del casamiento y a los nacidos durante la vigencia del mismo, mas no a los nacidos después de la disolución o anulación del matrimonio, así hayan sido concebidos durante su vigencia.

b.2.3. Teoría Mixta: para esta última teoría, se tiene en cuenta las dos teorías anteriores, es decir, se considera hijos matrimoniales a los concebidos con anterioridad a la celebración del matrimonio y a los que nazcan durante su vigencia, así como a los concebidos durante la vigencia del matrimonio, pero que nazcan con posterioridad a la disolución o anulación de este.

Al respecto nuestro Código Civil vigente opta por la teoría mixta al señalar en su artículo 1 que: “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento” pero “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece” asimismo, el artículo 361° preceptúa que “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. En tal sentido serán hijos matrimoniales los nacidos durante la vigencia del matrimonio, a pesar de que hayan sido concebidos antes de la celebración del casamiento, así como serán considerados también

hijos matrimoniales los nacidos después de disuelto o anulado el matrimonio, que hubieran sido concebidos dentro de él.

Ahora bien, conviene saber cuál es el periodo de gestación (tiempo que transcurre entre la concepción y el nacimiento) a fin de establecer debidamente la filiación del hijo que nació poco después de celebrado el casamiento o el del hijo que nació después de haberse disuelto o anulado dicho vínculo matrimonial, lo cual no es fácil de establecer, debido a que en la actualidad la ginecología cuenta con los medios necesarios para adelantar o retrasar el parto, tratándose así de burlar nuestra ley, sin embargo, esto puede ser corregido si consideramos que existen algunos casos donde la concepción no ocurre dentro de los plazos previstos por nuestra ley; y además si tomamos en cuenta que hoy en día no sólo contamos con pruebas biológicas para resolver el problema de la paternidad sino que también contamos con pruebas genéticas a fin de poder determinar en forma casi segura la inclusión o exclusión de la paternidad.

b.3. Maternidad de la Cónyuge:

Es la condición o estado de madre de la mujer casada, es decir, la unión de la madre casada y el hijo (matrimonial) por el vínculo de la maternidad, lo que prueba la maternidad de la cónyuge, admitiéndose así la presunción de paternidad.

Además, para la prueba de este presupuesto básico de la filiación matrimonial es necesario comprobar:

- El parto de la cónyuge, y
- Que este hijo es aquel de que se trata.

Se debe de tener en cuenta que el hijo siempre debe presumirse matrimonial (mientras que el marido no lo niegue u obtenga sentencia a favor) debido a que el Código Civil vigente en su artículo 362° señala que: “el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”.

b.4. Paternidad del Cónyuge:

Es la condición o estado de padre del hombre casado, es decir la unión del padre casado y el hijo (matrimonial) habido en su cónyuge a través del acto procreador. Sin embargo, el problema para determinar esta paternidad es el que ha dado lugar a que en la doctrina surjan varios sistemas para suplir la prueba de paternidad. Entre ellos tenemos:

- a) El sistema negativo: Este sistema es típico de la sociedad primitiva, pues se dice que el padre no tenía existencia jurídicamente, por tanto el hijo solo quedaba vinculado a su madre y a la familia de ésta.
- b) El sistema arbitrario: También conocido en el Derecho romano como el Tollere liberum, es decir la aceptación o no aceptación del hijo por el padre (la filiación paterna quedaba a la voluntad del padre).
- c) El Sistema legal: Según este sistema el hijo nacido dentro del matrimonio tiene como padre al hombre casado por la presunción pater is est quen nuptiae demosntrant, que en puridad no ha existido nunca.

- d) El sistema judicial: A diferencia del sistema anterior, este sistema, no admite presunciones legales, debido a que la relación padre e hijo tiene que probarse dentro de un proceso judicial.
- e) El Sistema de la Prueba Biológica, Genética u otras Pruebas de validez científica: En la actualidad, los procesos judiciales de filiación son resueltos generalmente por la prueba del ADN (porque determinan la inclusión o exclusión de la paternidad en un 99,999...%) u otras pruebas (que por lo general se limitan a excluir la paternidad mas no determinar ésta).
- f) El Sistema Mixto: La teoría mixta, adoptada por nuestro Código Civil vigente a diferencia del Código Civil derogado que optó por un sistema legal y judicial). Se funda en que la paternidad viene impuesta por la ley (sistema legal), la cual tiene que ventilarse en un proceso judicial en caso de negar o impugnar dicha paternidad que le es atribuida al marido (sistema judicial), pero que debe ser demostrada con la prueba biológica, genética u otras de validez con mayor o igual certeza (Sistema de la prueba biológica, genética u otras pruebas de validez científica).

b.5. Prueba de la Filiación Matrimonial:

Según Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, citado por Gallegos Canales⁷⁷, “la prueba de la filiación legítima o matrimonial se establece normalmente con las actas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, unida a la identidad del presunto hijo con aquél a que el acta se refiere, en nuestro medio, cualquiera puede hacerse de una copia de actas de nacimiento y del matrimonio de los padres, sin que por ello el poseedor sea el hijo al

⁷⁷ GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. Op cit, p. 265

que el acta se refiere. La identidad se puede probar por cualquier medio, testigos o documentos”.

Con arreglo a lo previsto en el artículo 375°, primer párrafo, del Código Civil, la filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, o por otro instrumento público en el caso del artículo 366°, inciso 2, del indicado Código Sustantivo, o por sentencia que desestime la demanda en los casos del artículo 363° del Código Civil. El inciso 2 del artículo 366° del Código Civil prescribe que el marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363°, inciso 1 y 3, de dicho cuerpo de leyes.⁷⁸

Según Vásquez García⁷⁹, “la prueba de filiación matrimonial puede verse como el título con el cual una persona acredita frente a terceros dentro o fuera del juicio el estado de hijo matrimonial”. Así, también considera que puede entenderse como prueba de filiación matrimonial todas aquéllas permitidas por la ley procesal civil (medios probatorios típicos y atípicos: arts. 192° y 193° respectivamente del Código Procesal Civil), que puedan demostrar que el demandante tiene la calidad de hijo matrimonial del demandante. En el primer caso, la prueba es un título demostrativo de tal estado; en el segundo es un medio utilizado para conseguir dicho título demostrativo.

De acuerdo con la opinión del doctor Cornejo Chávez, citado por Vásquez García, la prueba de filiación matrimonial debe entenderse como:

⁷⁸ Idem

⁷⁹ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. Op cit, p.534-535

- a) Como título o instrumento mediante el cual una persona demuestre frente a terceros, aún fuera del juicio, su calidad de hijo matrimonial.
- b) Con el conjunto de medios probatorios exigidos o admitidos por la ley procesal dentro de un juicio, para obtener una sentencia que declara al demandante como hijo matrimonial del demandado.

Esta distinción no es por lo demás privativa de la filiación matrimonial, sino que se da en muchos otros casos. Así, quien es dueño de una casa lo demuestra fuera de juicio y ante terceros exhibiendo, por ejemplo, una escritura pública; pero quien, por no tener instrumento demostrativo inicia el juicio para lograrlo, deberá utilizar medios probatorios de su calidad de propietario de la causa jurídica en que reposa su título (usada aquí esa palabra en su sentido de causa-eficiente y no de instrumento que la contiene), a fin de conseguir una sentencia que le sirva de título (empleado aquí ese término en su acepción de instrumento en que constata o que demuestra aquella causa jurídica eficiente) frente a terceros o fuera de juicios.

b.6. Sustento de la Presunción de Paternidad Matrimonial.

La presunción de paternidad matrimonial, si bien dispensa de probar el hecho biológico, no reposa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo, así como la fidelidad y la cohabitación, que de acuerdo a Mazeaud, citado por Varsi Rospigliosi⁸⁰, son los pilares de la unión monogámica o

⁸⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op cit, p. 133

presunciones vitales de las que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción positiva de contacto.

En sentido concreto y práctico, la presunción de paternidad descansa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, presentándose esta última como su principal fundamento. Por ello, la doctrina nacional, considera que la atribución de paternidad al marido de la madre no depende de la voluntad de las partes; sino que sucede por imperio legal, cuando se ha establecido el vínculo de hijo con la mujer casada, por lo tanto, no es un acto ni una consecuencia que pertenezca al poder dispositivo de los sujetos. Entonces, la presunción de paternidad matrimonial satisface el interés social de protección de la familia y esta generalmente de acuerdo con la realidad biológica de la paternidad y maternidad y se basa en las relaciones sexuales o la cohabitación antes del matrimonio o de la asunción de la debida responsabilidad por el autor del embarazo pre matrimonial.

2.3.5. Filiación Extramatrimonial:

a) Concepto.

Según Varsi Rospigliosi⁸¹, “en la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, básicamente casados no están. No existe el acto jurídico matrimonial que garantice que la calidad de progenitor resida en el marido de la mujer. Es la voluntad de parte (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional, *iussu iudicis* (por orden del juez) los únicos medios de establecerla (según el artículo 387), son dos las formas, por decisión o imposición”.

⁸¹ *Ibíd*em, p. 159

Entonces, como se sabe, la filiación legítima va inseparablemente unida a la idea de matrimonio de sus progenitores, en cambio la filiación ilegítima implica y supone la falta de vínculo matrimonial entre los padres. De aquí una primera aproximación al concepto de la filiación, ilegítima nos lleva a calificarla como extramatrimonial.

La filiación como hecho natural existe siempre en todos los individuos, es decir, se es siempre hijo de un padre y una madre, no siendo así jurídicamente. Entonces, el derecho, para reconocer efectos jurídicos respecto a la procreación, necesita primero estar seguro de la paternidad o maternidad.

Comprobar la filiación no es comprobar la procreación, es señalar la existencia de un vínculo de familia, el estado de filiación es la posesión que el individuo ocupa en la familia, como hijo matrimonial y extramatrimonial en los derechos y deberes que surgen para que sean realizados los fines propios de la familia.

De lo expuesto, Mallqui Reynoso⁸², señala que “parecería *prima facie*, inferirse en el hecho fundamental que debe ocurrir fuera del matrimonio para que la filiación sea extramatrimonial es, no el nacimiento como dice el Código (Art. 386) sino la concepción”.... “Por tanto, para que alguien sea hijo extramatrimonial será preciso que los dos hechos, la concepción y el nacimiento, se produzcan fuera del matrimonio”.

Para el tratadista Guillermo Borda, citado por Vásquez García⁸³, son hijos extramatrimoniales los nacidos de una unión libre de un hombre y una mujer. También refiere que todo hijo nacido fuera del matrimonio,

⁸² MALQUI REYNOSO, Max. Op cit, p. 760-761

⁸³ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. Op cit, p. 591

sea cual fuere el estado civil de los padres, es considerado hijo extramatrimonial.

En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, básicamente casados no están. No existe el acto jurídico matrimonial que garantice que la calidad de progenitor resida en el marido de la mujer. Es la voluntad de parte (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional, *iussu iudicis* (por orden del juez) los únicos medios de establecerla (art.387°). Son dos las formas, por decisión o imposición.⁸⁴

Frecuentemente, el hijo extramatrimonial goza de hecho de *status personae* pero no del *status familiae*, en especial *status filii*. Tendrá un nombre pero no se le adjudican relaciones familiares paterno-filiales, salvo que esté reconocido o exista sentencia que lo declare. Cuando se trata de los hijos concebidos fuera del matrimonio y a falta de emplazamiento la filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna y viceversa, sin que por establecer una se induzca la existencia de la otra (situación dispar que pasa en el matrimonio, pues la determinación de la maternidad lleva de la mano el establecimiento de la paternidad).⁸⁵

b) Clasificación de los Hijos Extramatrimoniales.

Según Mallqui Reynoso⁸⁶, los hijos provenientes de las relaciones sexuales efectuadas fuera del matrimonio, han sido divididas clásicamente en dos grandes grupos:

⁸⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op cit, p. 159-160

⁸⁵ Idem

⁸⁶ MALQUI REYNOSO, Max. Op cit, p. 762

- Natural simple, cuando el hijo es engendrado por padres que en el momento de sus relaciones sexuales y de la concepción, gozaban de aptitud legal para contraer matrimonio entre sí, pero sin embargo, no lo hicieron es decir, generalmente los padres son solteros, en este caso se dice que el hijo es “*ex soluto, et soluta*”.
- La filiación natural adulterina, se presenta cuando el hijo es concebido o generado por persona casada, con persona distinta de su respectivo cónyuge, un casado con una soltera, y están impedidos de contraer matrimonio.
- La filiación natural incestuosa, tiene lugar cuando el hijo es producto de la unión de personas ligadas entre sí por vínculos de consanguinidad o afinidad que jurídicamente les impide contraer matrimonio, así tenemos a los hijos concebidos de padres con sus mismas hijas. De acuerdo con los caracteres especiales, o condiciones de la filiación que en líneas arriba mencionamos el hijo será natural simple, adulterino o incestuoso, según participe uno u otro carácter, tomando siempre como base la época de la concepción.

Hay otro grupo de hijos extramatrimoniales que reciben su denominación teniendo en cuenta la clase de mujer que las concibe, pudiendo figurar en uno y otro grupo de la filiación extramatrimonial, según las circunstancias especiales que concurran.

Estas clasificaciones y denominaciones han desaparecido virtualmente del Derecho Moderno, en él por lo general sólo se hace el distingo entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales según hayan nacido de padres aptos para casarse o impedidos de hacerlo, o no hace distingo alguno entre los hijos extramatrimoniales.

Respecto a la condición jurídica de los hijos adoptivos, puede considerarse, como un hijo matrimonial, regulada su condición por las modalidades especiales establecidas para ese efecto por la ley, en general puede estimarse que su situación es sui generis predominando en él las prerrogativas del hijo matrimonial.

El legislador ha creído que para la familia legítima es una sorpresa desagradable e inmerecida la de ver aparecer a un hijo natural concebido antes del matrimonio y cuya existencia fue oculta por el progenitor. En este no hay solo una falta de delicadeza, sino una falta de lealtad, una violación de la fe prometida.

Naturalmente, ese hijo puede oponer su título a todas las demás personas; a los colaterales, a los hijos procedentes de un matrimonio anterior, a otro hijo natural, etc. Además, las limitaciones indicadas sólo se refieren a derechos pecuniarios, porque en cuanto a los extramatrimoniales el hijo puede ejercerlos aún contra los intereses y la voluntad del cónyuge y de los hijos del matrimonio; lleva el apellido de quien lo reconoció, está sujeto a su patria potestad y a su autoridad tutelar.

c) El Reconocimiento de los Hijos Extramatrimoniales:

c.1. Concepto: Se entiende en general por reconocimiento toda declaración de parte con la cual se admite o se niega la existencia de una determinada relación jurídica. Formalmente consiste en una enunciación de cualquier cosa que se conoce o se cree conocer. Por reconocimiento, dice Escriche en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, se entiende la declaración o confesión que uno hace de alguna obligación que tiene a favor de otro, como reconocimiento de dote, de vale, o el examen, registro,

inquisición o averiguación que se hacer de alguna cosa⁸⁷. Las dudas y vacilaciones comienzan cuando se trata de definir el reconocimiento del hijo extramatrimonial. La doctrina no es unívoca al respecto, y la variedad de definiciones no es más que un reflejo de la disparidad de criterios sustentados respecto a la naturaleza jurídica del instituto. Ante la imposibilidad de ofrecer una clasificación sistemática de las distintas definiciones propuestas nos limitaremos a recordar que algunos autores lo consideran una confesión de paternidad o maternidad.

Ante todo lo indicado en los párrafos precedentes, Mallqui Reynoso⁸⁸, hace referencia a diferentes autores, entre los cuales se tiene: Salvatier, refiere que: “El reconocimiento de un hijo extramatrimonial, es la confesión hecha por una persona en un acto auténtico que un hijo determinado es su hijo extramatrimonial”; Jossierand: “es una confesión de paternidad o maternidad, emanada del padre o de la madre y responde a formas determinadas”, otros lo asimilan a una declaración de voluntad entre los cuales se tiene a Colin y Capitant; “Es la declaración hecha por un hombre o una mujer en determinadas formas destinadas a asegurar su carácter serio y su conservación, y que exterioriza el lazo de filiación que une al autor de la declaración con el hijo extramatrimonial”; finalmente, Motin, señala que: “El reconocimiento es la declaración de la filiación extramatrimonial”.

Entonces, si la definición debe necesariamente revelar la naturaleza íntima del instituto, no podemos desde luego definirlo como una confesión, pues la teoría que asimila el reconocimiento a una confesión ha sido ampliamente superada. No puede negarse que el

⁸⁷ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado-Legislación y Jurisprudencia. 3era. Edición Corregida y Aumentada. Tomo II. Madrid 1847. Librería de la Señora e Hijos de D. Antonio Calleja Editores, p. 795

⁸⁸ MALQUI REYNOSO, Max. Op cit, p. 788-789

reconocimiento de un hijo extramatrimonial encierra una declaración de voluntad que tiene la finalidad de establecer legalmente el lazo biológico de la filiación, pero definir el reconocimiento como una declaración de voluntad, no permite exteriorizar la naturaleza jurídica de esta especial declaración de voluntad, que como veremos para algunos es un acto jurídico, para otros un negocio jurídico y para otros en fin es una variedad especial conocida en la doctrina italiana, como negocio de accertamento. En conclusión, la doctrina define el reconocimiento voluntario de los hijos extramatrimoniales como Acto jurídico solemne que contiene una declaración de paternidad o maternidad y que atribuye legalmente al status de hijo extramatrimonial.

Sin embargo, existe en la doctrina una vieja discrepancia en cuanto a determinar si el reconocimiento es un acto constitutivo de la filiación, o si es simplemente declarativo de la misma, o como un criterio ecléctico, sostienen algunos es lo primero cuando se trata de la paternidad, y lo segundo cuando es de la maternidad.

c.2. Caracteres Esenciales:

El acto jurídico del reconocimiento presenta los siguientes caracteres:

Según Valencia Zea, citado por Gallegos Canales⁸⁹, señala que es una “confesión”, señala que constituye una declaración de voluntad, que no adolece de vicios (error, dolo, violencia), y que debe emanar de una persona capaz de reconocer hijos naturales, para ello se puede decir, que dicha confesión es una declaración unilateral y personal, ya que debe emanar del padre. Asimismo, considera que es un “acto declarativo”, puesto que su finalidad, no es crear un nuevo estado de

⁸⁹ GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. Op cit, p. 298-299

cosas, sino comprobar una filiación que ya existe desde la concepción; señala que es “irrevocable”, considera éste carácter como uno de los más importantes, no oponiéndose a la nulidad de la declaración de voluntad, pues deja la opción de que el supuesto padre pueda solicitar la nulidad del reconocimiento aduciendo que hubo error, dolo o violencia. Entonces, la irrevocabilidad, sólo está referida a que el padre no puede arrepentirse de haber reconocido a su hijo, por lo tanto, el reconocimiento, hace nacer en el hijo extramatrimonial una serie de derechos que la voluntad del declarante no puede despojarlo por actos posteriores. Finalmente, se tiene que es un acto solemne “ad probationem” porque la ley exige que se verifique por medio de un acto auténtico en el registro civil, o en una escritura pública o en un testamento. Un acto realizado en un documento privado solo podría servir como comienzo de prueba escrita para ejercer la acción de indagación de la paternidad.

Otro sector de la doctrina considera que es incondicional, es decir, es puro y simple, porque no está sujeto a un plazo, condición o cargo que pueda modificar sus consecuencias jurídicas. El fundamento se halla en el hecho de que se trata de un estado o situación jurídica que no se puede modificar por voluntad de las partes; en todo caso, resultaría nula toda modalidad impuesta. El reconocimiento es, asimismo, un acto formal porque requiere del cumplimiento de ciertas solemnidades establecidas en la ley, ya que un acto de esta naturaleza importa que se deje constancia de su realización por eso prescribe la ley el reconocimiento deberá hacerse en el registro de estado civil.

d) Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial:

La determinación de la paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación.

Entonces, se presenta, como la constatación jurídica de la paternidad biológica lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público. La declaración judicial de la filiación opera a falta de reconocimiento voluntario, del padre o de la madre respecto de un hijo extramatrimonial, sea porque desconfían de la certeza del vínculo, por un acto de mala fe, confusión, desconocimiento del procedimiento, costos, existencia de errores que impidan el reconocimiento, descuido, actitud machista, que nazca una niña y no un varón, etc.⁹⁰

Para Barbero, citado por Gallegos Canales⁹¹, "...la paternidad, en defecto de reconocimiento, no puede ser declarada judicialmente más que en presencia de una de las circunstancias siguientes: 1° que al tiempo de la concepción la madre (conocida) y el padre (supuesto) hubieran convivido notoriamente como cónyuges o bien haya habido rapto, o violencia carnal; 2° que la paternidad resulte indirectamente de sentencia civil o penal, o de una inequívoca declaración escrita por el progenitor presunto; 3° que haya la posesión del estado de hijo natural(...)". Esta posesión del estado de hijo natural es una situación de hecho resultante de circunstancias que en su conjunto constituyen grave indicio de la relación de 'padre' a 'hijo' entre las personas de que se trata, y en la cual deben concurrir, por lo menos, las siguientes: a) que la persona haya sido tratada como hijo por aquel a quien reclama por su padre natural y que éste, como tal, haya proveído a mantenerla, educarla y colocarla; b) que haya sido constantemente considerada como tal en las relaciones sociales...".

2.3.6. Cuestiones Jurídicas Relativas a la Filiación:

La filiación que acabamos de definir y precisar en sus diferentes clases es una relación de hecho entre dos personas. A excepción de la filiación adoptiva,

⁹⁰ VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Op cit, p. 161

⁹¹ GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. Op cit, p. 303.

que resulta de un acto jurídico y que tiene un carácter propio. La filiación es un “puro hecho” que produce consecuencias jurídicas obligatorias para las personas interesadas.

La persona cuya filiación sea probada goza en la familia un estado determinado. Las cuestiones de derecho que como consecuencia de este hecho puede presentarse, son de dos clases:

a) la determinación de los efectos relativos a cada una de las clases de filiación.

b) la determinación de los medios por los cuales se prueba cada clase.

Sobre las pruebas de la filiación maternal puede ser fácilmente comprobada, puesto que se trata de probar un hecho material; el parto.

La reglamentación legal tiende únicamente a rodear dicha prueba de ciertas garantías, porque por derecho común habría que admitir todos los medios de prueba.

La prueba de la filiación paterna, por el contrario no puede adoptarse más que por simples presunciones. En este caso hay que evitar un doble peligro; o hacer la prueba de la paternidad que es muy difícil por exigirse cuestiones o presunciones graves, precisas y concordantes o limitarse a una simple probabilidad, si es muy liberal en la concesión de la prueba. Así tenemos que las leyes civiles francesas establecen una distinción, según que el hijo haya sido concebido durante el matrimonio o fuera de él. En el primer caso, establecen una presunción legal que no puede combatirse más que en casos previstos; en el segundo, determinan presunciones de hecho que puede estimarse como pruebas.

2.3.7. Efectos Jurídicos de la Filiación:

La filiación matrimonial es la filiación típica del Derecho de Familia y lleva consigo la plenitud de los efectos jurídicos. El hijo matrimonial por esa

calidad está investido de derechos importantes, en comparación con el hijo extramatrimonial. Así tenemos que los hijos matrimoniales; llevan el nombre y el apellido completo del padre y la madre respectivamente, tienen todos los derechos de ser alimentado, mantenidos y educados por sus padres, tienen derecho a recibir instrucción; gozan de los beneficios de las obligaciones derivadas de la patria potestad. Sus bienes están protegidos por la organización de la tutela o de la administración legal mientras es menor de edad y no está emancipado, y sobre todo tiene el derecho de sucesión y por lo tanto, está sujeta a todas las obligaciones que lleva consigo ese estado de hijo matrimonial en materia de patria potestad, en los impedimentos y consentimientos los matrimonios; no procede en este tema dar los detalles respectivos de esos deberes y derechos por tal razón nos hemos limitado en enunciarlos únicamente.

La filiación extramatrimonial legalmente probada produce efectos menos favorables y son menos completas que la filiación legítima.

Frecuentemente se expresa esa idea diciendo que el hijo natural no tiene más familia que los padres y hermanos naturales. Dicha expresión no es rigurosamente exacta, puesto que no depende del legislador al suprimir el lazo familiar dependiente de un hecho; la filiación. El hijo extramatrimonial tiene como legítimo una familia, pero el lazo de parentesco no produce en él las mismas consecuencias que para el hijo matrimonial (legítimo).

Las relaciones de parentesco son múltiples y de diversa naturaleza en el Derecho de Familia. Hay una relación parental entre el padre y el hijo, entre el abuelo y el nieto.

La hay también, entre hermanos o entre éstos y los hermanos de su padre y de su madre. La hay igualmente, entre los hijos de hermanos y entre uno de estos

el hijo del otro. La hay en fin entre el marido y los padres o los hijos o los hermanos de la mujer.⁹²

Pero de todas estas relaciones la más importante, es sin duda, la filiación, esto es, la que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes, y lo que nos interesa con preferencia es la filiación extramatrimonial.

2.3.8. Derecho de la Filiación:

a) Noción:

El derecho de la filiación está sintetizado en un conjunto de relaciones jurídicas recíprocas. Díez-Picazo y Gullón⁹³, nos dice que “esa inicial realidad biológica es recogida y regulada a posteriori por el ordenamiento jurídico, que distribuye derechos y obligaciones entre los progenitores y los seres procreados por ellos o, dicho de modo más sencillo, entre padres e hijos”. La filiación es el hecho real mientras que, por su parte, el derecho de la filiación regula la relación paternofilial.

Tiene una estrecha relación con el derecho a la identidad. El derecho a la filiación permite saber acerca de quién es nuestra ascendencia teniendo como piedra basal el derecho a la identidad personal.⁹⁴

b) Denominación:

Derecho filial, Derecho de la relación paternofilial, Derecho filiatorio. En general se le conoce como Derecho a la identidad, en especial Derecho de

⁹² MALQUI REYNOSO, Max. Op cit, p. 732

⁹³ Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986, p. 311.

⁹⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op cit, p. 84-85

la filiación. El primero es la facultad de saberse y conocerse; el segundo, la doctrina y base legal de la relación paternofilial.

c) Definición:

Mizrahi, citado por Varsi Rospigliosi⁹⁵, manifiesta que el Derecho de la filiación se refiere al conjunto de normas jurídicas relativas al emplazamiento –determinación o establecimiento- de las relaciones paterno materno filiales en los tres ámbitos hasta hoy conocidos: a) la procreación por naturaleza (emergente de la cópula carnal); b) la generación por los más diversos métodos de fecundación artificial; c) la filiación adoptiva. Este derecho está integrado por las normas legales pertinentes relativas a la modificación y extinción de las mencionadas relaciones.

Para Eduardo Zannoni, es el “conjunto de normas que organizan el emplazamiento en el estado de familia que implica la relación jurídica paterno – materno - filial, y, consecuentemente, la modificación o extinción de dicho estado de familia.”⁹⁶

d) Características:

Chávez de Farias y Rosenvald, citados por Varsi Rospigliosi⁹⁷, sostienen que el derecho filiatorio infraconstitucional está sometido necesariamente a algunas características fundamentales:

d.1. La filiación tiene que servir a la realización personal y el desenvolvimiento de la persona humana (carácter instrumental del

⁹⁵ Idem

⁹⁶ ZANNONI, Eduardo. A. Op cit, p. 101

⁹⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op cit, p. 85.

instituto, significando que la filiación sirve para la afirmación de la dignidad del hombre).

d.2. Despatrimonialización de las relaciones paterno filiales (o sea, la transmisión del patrimonio y mero efecto de la filiación, no marcando a su esencia), y;

d.3. La ruptura entre la protección de los hijos y el tipo de relacionamiento vivenciado por los padres.

e) Determinación:

La determinación de la filiación es la aseveración legal de una realidad biológica presunta, cierta, creída pero no acreditada. Es la *conditio iuris*, la razón esencial y básica que permite el ejercicio de los derechos y obligaciones de la relación paterno filial. Como dice Famá, citado por Varsi Rospigliosi⁹⁸: “La determinación de la filiación implica señalar jurídicamente quién es la madre y/o el padre de una persona, y puede tener su origen en tres fuentes: a) legal, cuando resulta establecida por ley sobre la bases de ciertos supuestos de hecho, b) voluntaria o negocial, si proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso o tácito del hijo; c) judicial, cuando es producto de una sentencia que declara la filiación no reconocida”.

Para que surta efectos legales, la doctrina señala que la filiación debe ser conocida conforme a derecho, reconociendo una realidad o una voluntad. Así, otros refieren que pasar de la realidad biológica al plano jurídico puede suceder por acción voluntaria del legitimado para hacerlo, o bien por sentencia que impusiera el emplazamiento filial que era negado por el interesado. La filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la

⁹⁸ *Ibíd*em, p. 87

ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre. La filiación se diferencia en la forma de su determinación, de allí que exista la matrimonial y la extramatrimonial.

f) Principios del Derecho de la Filiación:

Estos son las bases que sirven para sus progresivos cambios y, además plantean mecanismos de salvaguarda y protección para quienes son parte de la relación paterno filial, mecanismos inmediatos y efectivos para dar solución a las controversias cuando la ley se torna insuficiente.

El nuevo orden filiatorio, basado en el garantismo constitucional y los valores fundantes de la República y de la democracia, tales como: la dignidad, igualdad, libertad, entre otros; implica funcionalizar la filiación a la realización plena de las personas envueltas (padres e hijos), despatrimonializando el contenido de las relaciones jurídicas (comprendida de forma mucho más amplia de una simple causa de transmisión de herencia) y de prohibir discriminaciones como forma promocional del ser humano”⁹⁹.

Tomando en cuenta nuestra legislación y los nuevos criterios jurisprudenciales tenemos los siguientes principios:

Debemos diferenciar: los principios, de la institución, de los derechos que de ella se derivan.

De acuerdo al análisis jurídico integral son siete principios que inspiran el Derecho de la filiación peruano. Estos son: (i) Protección especial al hijo (interés superior del niño), (ii) Unidad de la filiación, (iii) Cosa Juzgada y

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 89

procesos de filiación, (iv) Paternidad, (vi) Medio de realización de la persona humana e, (vii) Inmutabilidad del vínculo biológico y mutabilidad de la relación filiatoria.

f.1. Protección especial al hijo (interés superior del niño): esto se enmarca dentro del propio concepto de la filiación diseñado en torno al hijo, como su protagonista y centro de referencia, de allí su término, consagrando toda una regulación legal acorde, inclusiva y eficaz tendiendo a que cada persona cuenta con una filiación establecida que generen lazos familiares. La filiación es una fuente de familia, la protección de la primera repercute positivamente en la segunda.

f.2. Unidad de Filiación: La filiación es un concepto único que no admite adjetivaciones ni discriminaciones.

Este principio surge como consecuencia de la socialización de las relaciones jurídicas. El derecho de familia se democratiza, se torna inclusivo, al darse cuenta que no debe ser indiferente ante la diversidad de trato en los hijos. Este principio se relaciona con la igualdad y la dignidad.

f.2.1. Igualdad: es equidad, similitud, no discriminación.

El reconocimiento de la filiación es una afirmación a la primacía de los intereses superiores de la persona humana, como verdadero ejercicio de la ciudadanía. Ante mis padres soy hijo, ante el Estado ciudadano.

f.2.2. Dignidad: la igualdad substancial, materializa la dignidad de la persona humana quien in limine es lo que necesita. Rolf Madaleno considera que dentro de este principio debemos

considerar la nueva dimensión social y jurídica, inclusive, la nueva concepción cultural a fin de amparar – al menos por ahora la versión doctrinal y jurisprudencia – la filiación por afección, la denominada filiación socioafectiva, no solo la verdad biológica.

La Unidad en la filiación es elemental. Se sustenta en el respeto y máxima consideración que merece el ser humano y en la igualdad y dignidad que goza el mismo, estableciéndose que el hecho de la generación de vida es uno solo y que, como tal, la filiación presenta la misma característica –Unidad- por lo que los distingos y diferenciaciones se condicen con la esencia propia de esta relación jurídica familiar.

f.3. Cosa Juzgada y los Procesos de Filiación: el proceso de estado de filial, para su eficaz funcionamiento y efectividad, requiere la concreción de normas particulares que se agrupen en un cuerpo orgánico denominado Derecho Procesal Familiar, siendo una de sus principales características los efectos particulares de la cosa juzgada en materia de filiación la denominada relativización de la cosa juzgada.

f.4. Paternidad Socioafectiva vs. Paternidad Biológica: Socioafectividad es una palabra compuesta, socio, de lo colectivo; afectividad, deriva del afecto.

Es sinónimo de convivencia familiar en el que se valoran las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos del derecho sin considerar en lo más mínimo el origen biológico. Más allá de los genes, lo que interesa al Derecho es la relación de estado generada entre las personas. Implica la preexistencia de un grupo

familiar (socio) en el que se crean relaciones sentimentales (afectividad).

La paternidad socioafectiva es la regla en tanto que la biológica o la no biológica son el complemento que podrán ser determinadas a falta de la primera, no pudiendo nunca ser enfrentadas. Sustentada en una posesión de estado, la paternidad se basa modernamente en el afecto y no puede ser contradicha en mérito de la verdad real que la sostiene, reafirmandose el principio de inmodificabilidad del estado de filiación.

f.5. Investigación de la Paternidad: en lo que respecta al derecho a la investigación de la paternidad consideramos que ha sido elevado a la categoría de Principio cuando el Estado asume su rol promocional. Aparte de ello, su reconocimiento en el Derecho comparado es uniforme y cada vez va teniendo mayor trascendencia.

La ley forja el derecho de toda persona de contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar de que la investigación del nexo filial está amparada en normas especiales como el Código Civil, el Código de los Niños y Adolescentes (y en algunos países en el Código de Familia) y leyes especiales su reconocimiento constitucional es imprescindible pues fortalece el principio de Protección de la familia.

f.6. Medio de Realización de la Persona Humana: la filiación es un medio de realización personal, funcionalizando su desarrollo y sirviendo para la consagración y dignificación de la persona como un ser familiar, *zoon familiae*.

Farias y Rosenvald, citados por Varsi Rospigliosi, consideran certeramente que la filiación es un mecanismo de formación de los

núcleos familiares y, por consiguiente, uno de los mecanismos de realización de la personalidad humana, un instrumento garantizador para su desenvolvimiento, una forma segura de hablar de realización plena y valorización de la persona humana. La eliminación de las fronteras trazadas por el sistema filiatorio clásico abre paso a un Derecho de familia contemporáneo, trayendo consigo la necesidad universal de garantizar el desenvolvimiento de la personalidad humana.

f.7. Inmutabilidad del Vínculo Biológica y Mutabilidad de la Relación Filiatoria: la sangre es invariable. Es la relación jurídica, que en torno a ella se establece, la que puede ser variada, cambiada o sustituida.

Como sostiene Mizrahi citado también por Varsi Rospigliosi, “a lo que se acaba de desarrollar, se concluye acerca de la imposibilidad de lograr en todos los casos, la coincidencia entre el hecho biológico de la procreación y el vínculo jurídico atribuido por la ley. Aquel es siempre el mismo – inmutable- pues, como lo precisa Mendez Costa, el hecho biológico no sufre modificación alguna cualquiera haya sido la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción del hijo. En cambio no sucede así, con el vínculo jurídico: es por esencia variable.

CAPÍTULO III

LA FILIACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL EN EL DERECHO NACIONAL Y COMPARADO

3.1. EN EL DERECHO NACIONAL:

3.1.1. Constitución Política del Perú:

En el artículo 2º, se establece que toda persona tiene derecho a “la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar...”. De allí, de acuerdo con Bernalles Ballesteros¹⁰⁰, se tiene que respecto al derecho a la identidad, en el sentido de identificación, lo que incluye su nombre y seudónimo, sus registros legalmente establecidos y los títulos y demás beneficios que contribuyen a darle ubicación y significación en la sociedad. Cada uno de estos elementos conforma la identidad individual en sociedad, que no es otra cosa que la manera de distinguirse de los demás. Tanto el nombre como el seudónimo han sido extensamente tratados en el Código Civil; y, respecto a los aspectos familiares de su identidad, es decir, a su pertenencia a la sociedad porque forma parte de una familia, institución natural y fundamental de la sociedad, como dice el artículo 4 de la Constitución; y, respecto a los aspectos psicológicos de la identidad, es decir, al derecho a mantener una propia percepción de sí mismo, asumiéndola en su relación con los demás. Esto incluye identidades de sexo, raza, culturales, religiosas, familiares y, en general, creencias, costumbres y modos de actuar que dan identidad propia a la persona.

En conclusión, la identidad es así, un fenómeno complejo que comprende diversos elementos de identificación, todos importantes para el desenvolvimiento individual y de la vida en sociedad de la persona.

¹⁰⁰ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Op cit, p. 114.

Asimismo, se tiene en el numeral 2 del artículo antes referido de nuestra Constitución Política, que toda persona tiene derecho “a la igualdad ante la ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. La Constitución se inspira en esta concepción de la igualdad básica, que contiene al mismo tiempo el rechazo a posiciones que conceden derechos en función de la diferencia de las personas, es decir, nuestra Carta Magna, establece entre otros aspectos, la no discriminación por origen, entonces, en concordancia con el artículo 103° de la misma, el cual establece que: “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas”. Por ello, se puede decir que la Constitución de 1993, señala la igualdad entre los hijos, y hace la equiparación de las clases de filiación, por otro lado, al reconocer el derecho a la identidad, reconocen el derecho de investigar la paternidad desarrollada por las leyes N° 27048 y N° 28457.

En el artículo 2°, numeral 7, se ha establecido que toda persona tiene derecho a “Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias”; entonces, según Bernaldes Ballesteros¹⁰¹, la Constitución se refiere a la intimidad como el conjunto de hechos y situaciones de la vida propia que pertenecen al ser humano como una reserva no divulgable. Entre otros están sus hábitos privados, sus preferencias, sus relaciones humanas, sus emociones, sus sentimientos, etc. Entonces, la Constitución da dos dimensiones a la intimidad que, en realidad, son complementarias: la personal y la familiar. La intimidad personal es el ámbito restringido en torno al individuo mismo. Es aquella intimidad que, incluso, puede negarla a sus familiares. La intimidad familiar son todos los eventos y situaciones que pertenecen a las relaciones que existen dentro de la familia: las relaciones conyugales, de padres e hijos, de hermanos, etc. Lo que bien podría ser denominado filiación.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 130

Finalmente, se tiene que nuestra Constitución Política, a través de su artículo 6° reconoce que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad. Entonces, la igualdad de los hijos en materia de derechos y deberes fue ya establecida por la Constitución de 1979, y tiene por finalidad no acarrear en cabeza de una persona, consecuencias negativas de la conducta de otras personas, que fueron sus padres y que los concibieron en condiciones que ellos, los hijos, no podían controlar ni modificar. En esencia la naturaleza de la filiación tiene que ver con el hecho de haber sido hijo matrimonial o extramatrimonial.

3.1.4. **Código Civil Peruano:**

Lo concerniente a la declaración judicial de filiación extramatrimonial se encuentra regulado en el Capítulo Segundo (Declaración judicial de filiación extramatrimonial) del Título II (“Filiación extramatrimonial”) de la Sección Tercera (“Sociedad paterno-filial”) del Libro III (“Derecho de Familia”) del Código Civil en los artículos 402° al 414°.

En el Perú, en el Código Civil de 1852, que como sabemos recibe la influencia del Código Napoleónico, se prohibió terminantemente la investigación de la paternidad; sobre el particular recordemos que los hijos llamados ilegítimos eran mal vistos, la misma clasificación que se hacía de ellos era infamante.

El Código Civil de 1936 se pronuncia por la investigación judicial de la paternidad, pero la refiere sólo a cinco supuestos, o hipótesis, fuera de ellos no era posible iniciar acción judicial. La experiencia en la aplicación de esta legislación restrictiva, trajo como consecuencia que muy pocos casos tuvieron aceptación judicial, y los más se quedaron con hijos sin padres, desde el punto

de vista legal. El Código Civil de 1984 prácticamente repite las causales del 36, e incluso se ha suprimido algunos alcances que tenía el código anterior, como es el caso de la seducción con abuso de autoridad. El 28 de diciembre de 1998 se expide la ley que posibilita acudir a los medios científicos para acreditar la relación parental.

Según Mallqui Reynoso¹⁰², el Código Civil Peruano de 1936 mantuvo la diferencia entre los hijos legítimos y los hijos ilegítimos (extramatrimoniales), acordando a los primeros un régimen privilegiado. Empero ha consagrado algunas disposiciones que mejoran la condición del ilegítimo; y así por ejemplo, permite en varios casos la investigación judicial de la paternidad, franquea a veces la posibilidad de legitimar a los adúlteros e incestuosos, daba a cada ilegítimo la mitad de la cuota hereditaria que corresponde a los legítimos cuando concurre con estos extiende a los abuelos la obligación alimentaria, etc.

En cuanto a las subdivisiones de los hijos extramatrimoniales el Código vigente las ha virtualmente suprimido, y sólo en forma incidental señala entre ellos a los adúlteros e incestuosos para colocarlos en situación de inferioridad.

Mientras, tratándose del hijo matrimonial el emplazamiento de estado surge del hecho del matrimonio de los padres y el juego de presunciones bastante robustas en cuanto a los términos mínimo y máximo de fetación, cuando se trata del hijo extramatrimonial no existen tales factores. De hecho, no hay sino dos maneras de lograr ese emplazamiento; el reconocimiento voluntario y la investigación judicial de la paternidad o maternidad. En resumen, la situación que analiza nuestro Código es como sigue:

¹⁰² MALQUI REYNOSO, Max, Op cit, p. 764

- Tanto la paternidad como la maternidad extramatrimonial pueden ser establecidas de dos maneras: por el reconocimiento voluntario o por la investigación judicial.
- La investigación judicial de la paternidad solo se admite cuando se da algunos de los casos del artículo 402° C.C., a saber, escrito indubitado del padre, posesión constante de estado, delito de violación, secuestro, seducción y concubinato hechos estos que deben ser probados por el demandante con los pertinentes medios probatorios típicos que señala el Art. 192° del Código Procesal Civil.
- La investigación judicial de la maternidad se admite siempre que se puede acreditar el hecho del nacimiento y la identidad del hijo, extremos que también se prueban con los pertinentes medios que indica.
- El instrumento en que consta el reconocimiento voluntario y la sentencia judicial con medios de prueba de filiación, tanto paterna como materna, frente a terceros, más no dentro del juicio investigador. En esto, tanto para la filiación materna como para la paterna, los medios procesales de prueba son iguales y están enunciadas en el art. 192° C.P.C

En el Código Civil de 1984, esta situación no varió, es decir, se permitió la investigación de la paternidad extramatrimonial con los mismos supuestos y presunciones previstos en el Código de 1936, no obstante que en ese año se descubre la aplicación del ADN para verificar el nexo filial.

Recién en el año 1999, con la Ley N° 27048, se incorpora la posibilidad de actuar la prueba del ADN para demostrar el vínculo entre el presunto padre y el hijo comprobada a través de la prueba del ADN, u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, cuya tramitación se sigue de conformidad con la Ley N° 28457. Denominado también reconocimiento

forzoso, reconocimiento judicial y con mayor propiedad “declaración judicial de filiación extramatrimonial”, viene a ser un modo específico de emplazamiento de la paternidad o maternidad de una persona determinada, cuando el padre o la madre se resisten a reconocerlo voluntariamente ya porque desconfía de la verdad del vínculo biológico, por mala fe o intención deliberada de causar un daño, casos en los cuales se hace necesario judicialmente.

Conforme lo establece del artículo 402°, del Código Civil “La paternidad puede ser declarada judicialmente”, las causales se encuentran taxativamente prescritas en la norma referida:

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

Las 5 primeras causales se tramitan en la vía del proceso de conocimiento y el Juez competente es el de Familia, en tanto solo la causal 6 se tramita ante el nuevo proceso especial de filiación extramatrimonial, con la ley N° 28457.¹⁰³

3.1.5. **La acción de filiación extramatrimonial en la Ley N° 28457:**

La Ley N° 28457, regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. De acuerdo a lo normado en su artículo 1°, primer párrafo, de la Ley N° 28457, quién tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad (extramatrimonial), puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. Si el demandado no formula oposición (a la demanda de declaración de paternidad extramatrimonial) dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

En el artículo 2° se tiene que: “la oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refiere los artículos 179 ° y siguientes del Código Procesal Civil.

El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo. Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba del ADN por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Si la prueba del ADN produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado al pago de las costas y

¹⁰³<http://www.monografias.com/trabajos72/declaracion-judicial-paternidad-extramatrimonial/declaracion-judicial-paternidad-extramatrimonial2.shtml#ixzz2faXSieR3>

costos del proceso. Si la prueba del ADN produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado al pago de costas y costos del proceso.

La declaración judicial de filiación extramatrimonial podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El juez de familia resolverá en un plazo no mayor de diez días.

Entonces, de acuerdo con Gallego Canales¹⁰⁴, se puede decir, que el contenido de la Ley mencionada, se sintetiza en la presentación de una demanda ante el Juez de Paz Letrado que, a pedido de parte interesada, expedirá una resolución declarando la paternidad. La única defensa del emplazado es oponerse al mandato de paternidad sometiéndose a la prueba de ADN (en el plazo de 10 días siguientes). Los gastos de la prueba son de cargo del demandante. Transcurrido el plazo y no habiéndose realizado la pericia por causa injustificada el mandato se convierte en declaración de paternidad. Cabe la apelación en el plazo de tres días, el Juez de Familia tendrá diez días para resolver. Por el contrario, si la prueba de ADN descarta la paternidad la oposición será fundada y el demandante condenado en costas y costos. La diferencia con el proceso de conocimiento, que regía anteriormente, la materia es abismal por decir lo menos, incomparable. Entiéndase que el proceso aprobado solo está orientado a la determinación de la paternidad extramatrimonial, no de la maternidad extramarital ni para los casos de reclamación filial. Incluso no procedería para aquellas situaciones en la que falte la madre, el hijo o el padre (investigación *post mortem*) pues la ley, curiosamente, exige la prueba a los tres.

¹⁰⁴ GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. Op cit, p. 308-310

Según Varsi Rospigliosi¹⁰⁵, esta ley es la materialización de la moderna norma jurídica que utiliza los métodos científicos actuales de identificación de la paternidad a través de marcadores genéticos. Mediante el examen de ADN es posible identificar el vínculo de filiación biológica con una certeza casi absoluta. Indiscutible es que el derecho no puede ignorar los valores y descubrimientos de la sociedad contemporánea. No es posible olvidar los avances en la genética y la protección de la persona humana a fin de garantizar el imperio de los valores constitucionales protegidos. En consecuencia con este criterio de uniformización de los avances de la ciencia y su reconocimiento legal, el derecho a la identidad personal y a la ascendencia está mejor protegidos.

3.3. EN EL DERECHO COMPARADO:

3.3.1. CHILE: de acuerdo a su Código Civil.

Artículo 179°: la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rige por la ley respectiva.

Artículo 180°: la filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo. Es también filiación matrimonial la del hijo cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que este Código establece o bien se determinen por reconocimiento realizado por ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prescrita por el artículo 187°. Esta filiación matrimonial aprovechará, en su caso, a la posterioridad del hijo fallecido. En los demás casos la filiación es no matrimonial.

¹⁰⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op cit, p. 328-329

Artículo 186°: la filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación¹⁰⁶.

El 05 de julio de 2005, se publicó en Chile la Ley N° 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”.¹⁰⁷

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.

Lo novedoso de dicha Ley, según Varsi Rospigliosi, radica en la incorporación de los incisos 2, 3, 4 y 5 en el artículo 199° del Código Civil. Por primera vez, en Chile, se otorga a las bio pruebas 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. 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”, como ya lo hiciéramos notar, 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.

¹⁰⁶ www.chilein.com/ccivil6.htm: Código Civil de Chile.

¹⁰⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op cit, p. 472

3.3.2. ARGENTINA:

De acuerdo al Código Civil de Argentina se tiene:¹⁰⁸

Artículo 240°.

La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.

Artículo 247°.

La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.

Artículo 248°.

El reconocimiento del hijo resultará: 1ro. De la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; 2do. De una declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido. 3ro. De las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental. Lo prescripto en el presente capítulo es aplicable a la madre cuando no hubiera tenido lugar la inscripción prevista en el Artículo 242°.

Artículo 249°.

El reconocimiento efectuado es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo. El reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama.

¹⁰⁸ http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/libro1_secc2_titulo2a3.htm

Artículo 250°.

En el acto de reconocimiento es prohibido declarar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo haya reconocido ya o lo haga en el mismo acto. No se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa o simultáneamente ejercer la acción de impugnación de la filiación establecida.

Artículo 251°.

El derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción.

Artículo 252°.

Si la reclamación de filiación importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción de impugnación de esta última.

Artículo 253°.

En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte.

Es así que se tiene que en Argentina sólo se hace la distinción de las clases de filiación y se establece que todas producen los mismos efectos pero no se hace una explicación del significado de cada una de ellas como tampoco se señalan los eventos en los cuales se presentan. Cabe aclarar que en la legislación argentina, cuando se habla de hijo natural, debe entenderse que se hace referencia al hijo extramatrimonial. En lo que respecta a las relaciones de orden personal entre el hijo extramatrimonial y sus padres, estas se rigen por las mismas normas aplicables a los hijos matrimoniales, de tal manera

que son considerados iguales, regla que también es aplicable a los hijos adoptivos.

3.3.3. BRASIL:

Según lo indicado por Varsi Rospigliosi¹⁰⁹, se tiene que 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.

Entonces, se tiene que esta Ley representa un avance singular en el tema de paternidad. Claro que no es del todo contundente, es una muestra sí de la importancia que representa para la sociedad que toda persona cuente con un padre.

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) Respecto 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 conteste en 30 días, el Juez requerirá al fiscal para que inicie investigación del nexo filial.

¹⁰⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op cit, p. 463-464

Entonces, debe tenerse en cuenta que la legislación de Brasil también considera tácitamente que un derecho tan importante como lo es el conocer el nexo filial, debe ser debidamente investigado, por ende no admite la idea de que se basen en la presunción de paternidad para declarar dicho derecho.

3.3.4. ECUADOR:

El Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, Codificación N° 2002-100, R.O. 737, del 03 de enero de 2003, trata en el Título V sobre el “Derecho de alimentos” y regula de forma especial una forma de declaración de paternidad.

En el establecimiento y fijación de los alimentos se tomarán en cuenta las siguientes reglas:

- a) Se decretarán cuando obren indicios suficientes acerca de la filiación.
- b) A solicitud de parte se oficiará la realización de la prueba biológica.
 - b.1. Si el resultado es positivo, se declarará la filiación en el mismo proceso, procediéndose a la inscripción en el Registro Civil.
 - b.2. En caso de negativa injustificada, se requerirá para que en diez (10) días como máximo se proceda a su realización. De persistir la negativa se presumirá la filiación procediéndose a su declaración.
- c) El demandado puede justificar su negativa en la falta de recursos económicos.
 - c.1. Si el informe social acredita la falta de recursos, los gastos serán sufragados por una entidad del Estado.
 - c.2. Si el informe social demuestra lo contrario se declarará la filiación.
- d) Los gastos de las pruebas biológicas, costas y demás serán sufragados por el presunto progenitor. En su caso tendrá derecho al reembolso si el resultado de las pruebas lo descarta.
- e) Se prohíbe la práctica biológica en el concebido.

- f) Se permite la investigación post mortem.
- g) Deben garantizarse la idoneidad y seguridad de la realización de las pruebas.¹¹⁰

En conclusión, entre las leyes vigentes la chilena merece mención especial por la manera *sui géneris* como considera a los hijos extramatrimoniales. Distingue entre ellos a los naturales que son los voluntariamente reconocidos como tales por sus padres y que tienen mayores derechos, incluso el hereditario; y los ilegítimos propiamente dichos, que son los reconocidos forzadamente o que lo han sido voluntariamente pero sólo en el carácter de tales ilegítimos, los cuales solo tiene derecho alimentario y si el reconocimiento ha sido voluntario están sujetos a la facultad del padre de consentir en el matrimonio mientras son menores.

Así también se tiene lo señalado por Varsi Rospigliosi, en Tratado de Derecho de Familia, que a la letra dice: “De los sistemas analizados, es fácil apreciar la tendencia de revelar el nombre del progenitor. Decir quién es el padre de la criatura es una obligación de la madre, nadie más que ella sabe quién colaboró en el engendramiento de su hijo, al menos en la generalidad de los casos. Ahí está el tema, quien debe colaborar ab initio es la mujer. Sin embargo, como argumenta Dutto, la cuestión identitaria del niño no puede depender del libre albedrío materno.... No es aceptable “la posición materna de no revelar la identidad del padre y de esa manera negar a éste la posibilidad en los primeros años de su vida de tener una identidad plena”. Lo contrario es legitimar una conducta individualista por decir lo poco, egoísta con mayor precisión...”.¹¹¹

¹¹⁰ *Ibídem*, p. 470

¹¹¹ *Ibídem*, p. 473-474

CAPITULO IV

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Corresponde ahora contrastar la veracidad o no de la hipótesis formulada como respuesta tentativa al problema planteado en esta investigación. Para ello es necesario tener en cuenta todo lo examinado en los capítulos anteriores de manera detallada, a fin de preparar respuestas definitivas al referido problema. En tal sentido, se procederá a discutir, analizar y corroborar la hipótesis planteada, partiendo desde luego del examen del problema que la ha originado y de la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, la cual ha constituido el objeto de estudio en la presente investigación. El problema planteado es el siguiente:

¿Qué derechos fundamentales se vulneran con la aplicación de la presunción legal de paternidad prevista en la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, respecto a los sujetos procesales intervinientes?, para dar respuesta tentativa al presente problema, hemos planteado la siguiente hipótesis:

“Con la aplicación de la presunción legal de paternidad prevista en la Ley N° 28457, sobre Filiación judicial de Paternidad Extramatrimonial, se vulneran derechos fundamentales de los sujetos procesales intervinientes, como son el derecho a la identidad biológica del menor, el derecho de defensa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”.

A fin de verificar la validez de la hipótesis antes anotada, y teniendo en cuenta que nuestra investigación es de nivel explicativo, utilizaremos como técnica de contrastación, la argumentación a partir de un análisis doctrinario, respecto al tratamiento de la filiación judicial de paternidad extramatrimonial y los derechos involucrados.

Entonces, si bien es cierto, la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, fue dada para proteger el interés superior del niño, también es verdad que al declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, en base a la presunción, puesto que no tiene a la vista una prueba de ADN, se está vulnerado el

derecho a la identidad biológica de éste, no se está dando un desenvolvimiento de la personalidad y realización personal, olvidando completamente que la maternidad y la paternidad fueron siempre consideradas como hechos biológicos, antes que el sistema jurídico les reconociera efectos legales, razón por la cual la filiación fue prima facie como un hecho biológico o biogenético derivado del engendramiento. Es un hecho natural que existe siempre de todos los individuos, se es siempre hijo de un padre y de una madre, no así jurídicamente.¹¹²

Es por ello que luego de realizar una exhaustiva investigación, y utilizando la técnica del análisis documental y la argumentación, debido al tipo de investigación diseñada, nos atrevemos a decir, que con la presente investigación, la hipótesis planteada, ha sido contrastada en atención a las siguientes razones:

A. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD Y SU IMPLICANCIA EN EL DERECHO A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA DEL MENOR:

1. Se dice que la aplicación de la presunción de paternidad prevista en la Ley N° 28457, en los casos en que no existe la prueba de ADN, vulnera el derecho fundamental a la identidad biológica del menor, derecho que de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional debe ser entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y el modo cómo es, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, entonces, en el presente caso, se vulnera el derecho, porque no se ha demostrado fehacientemente que la persona que fue declarada como su progenitor, realmente lo sea, quedando la posibilidad de que la demandante haya consignado datos errados sobre el origen del menor al momento de solicitar la declaración de filiación, siendo ello así, la incertidumbre de éste no habrá sido dilucidada, por lo tanto, el menor crecerá con una filiación que se le otorgó basada únicamente en la manifestación de la demandante, que por lo general es la madre del menor, entonces, teniendo en cuenta que parte fundamental del derecho a la identidad,

¹¹² CICU, Antonio. La Filiación, 1° edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, p. 16.

consiste en el derecho a conocer su propio origen, la identidad de la persona se fundamenta en la misma dignidad del ser humano, por lo tanto, en los casos en que no existe prueba de ADN a la vista, en un proceso de filiación extramatrimonial tramitado bajo la ley antes referida, no puede considerarse que el Derecho al conocimiento del origen se base en la voluntad caprichosa del interesado, que por lo general es la manifestación de la madre en representación del menor. Este derecho tiene inconvenientes considerables con otros derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento constitucional, como es la intimidad y el respeto a la dignidad de la persona. Asimismo, se tiene que el derecho a la identidad del menor se relaciona también con diversos aspectos de su personalidad por ello es que algunos autores lo consideran un elemento indispensable para el libre desarrollo de la personalidad; sin embargo, dicho desarrollo no podría ser a cabalidad, si no se conoce quienes son los verdaderos progenitores del menor.

2. Cabe precisar, además, sobre el derecho fundamental a la identidad biológica del menor, que éste se vulnera con la aplicación de la presunción legal de paternidad, puesto que los niños, desde el momento en el que nacen, necesitan forjarse una identidad, siendo para ello, el primer paso, inscribir el nacimiento y de ese modo podrá contar con un nombre y una nacionalidad. Pues, debe tenerse en cuenta que el derecho a la identidad es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, y es necesario para poder beneficiarse de los otros derechos fundamentales. Además, desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad, incluyendo ésta, el nombre y el apellido, tal y como lo refieren los artículos 19° y 20° de nuestro Código Civil vigente.
3. Entonces, queda claro que, si bien es cierto, la Ley N° 28457, fue dada para proteger el derecho del menor, también es verdad que al momento de proponerla no se consideró la posibilidad de que tratándose de un derecho fundamental que marcará el desarrollo del menor, deberá tenerse ciertas previsiones, como lo es ante la posibilidad de que se tenga que declarar la filiación respecto a un tercero,

sin tener medio probatorio alguno, tan solo basándose en la manifestación de voluntad de la demandante; es decir, se debió considerar la posibilidad de que la demandante obre de mala fe y demande a una persona la obligación de reconocer a un menor sin que realmente exista un vínculo entre ambos; entonces, considero que dicha ley debe ser modificada, en el extremo de que solamente de deba declarar una filiación judicial de paternidad extramatrimonial cuando exista la prueba del ADN, caso contrario, y dada la importancia del derecho que se quiere reconocer, deberá continuar el trámite el Juez Especializado de Familia, donde se tenga una etapa probatoria. Por ello, se dice que el legislador puede colocar ciertas limitaciones al ejercicio de ese derecho los cuales estarán limitados desde un punto de vista formal y material.

4. En ese sentido, el derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad pero para ello, deberá ser necesario que se haya acreditado dicha relación de manera fehaciente, pues sólo así, cada persona ostentará la filiación que realmente le corresponde, que para el caso será en base a la prueba del ADN, para que así, cada sujeto pueda figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea.
5. Así también se debe tener en cuenta que en el marco internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño cristaliza el reconocimiento del derecho a conocer a los padres, de igual forma la Convención Americana de Derechos Humanos y además, nuestra propia Constitución Política del Perú; sin embargo, ello no implica que por tratar de proteger, el derecho a la identidad del menor, se tenga que declarar una filiación sin sustento alguno, es decir, basado únicamente en la manifestación de voluntad de la parte demandante que como ya se indicó en los párrafos precedentes, por lo general se trata de la madre del menor, entonces, no se puede admitir la idea de que se atribuya un derecho “vacío” a un menor que se encuentra en la incertidumbre sobre la existencia de su progenitor, el cual, en los casos en que el progenitor por diversos motivos no haya ejercido su derecho de contradicción en el proceso judicial instaurado en su contra, en mérito a la

aplicación de la Ley N° 28457 “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, pues aún continuará en la incertidumbre a pesar de haberse declarado la filiación judicial de paternidad extramatrimonial, siendo así, debe quedar claro que dicho derecho debe tener un contenido mínimo, susceptible y necesitado de protección.

6. Tal es así que, siguiendo con lo opinado por CICU, coincidimos que en el presente caso, en el supuesto de no existir una prueba de ADN, no resulta lógico declarar jurídicamente una filiación que su naturaleza se desconoce.
7. Teniendo en cuenta que la filiación es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación, de donde se deriva el parentesco, punto de referencia para fijar las relaciones jurídicas dentro del círculo de la familia, se puede decir que, al declarar una filiación entre el menor y el supuesto padre, sin tener a la vista una prueba de ADN, no se está teniendo en cuenta que diferentes factores se verán afectados, como son los siguientes: psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos.
8. Entonces, si consideramos que la filiación es la relación biológica que une al procreante con el procreado, aquí no se ha demostrado biológicamente tal situación, por lo tanto, no se trataría de una verdadera filiación, viéndolo sobre todo desde el punto de vista biológico, ya que al darse una declaración de filiación judicial extramatrimonial este solo sería un reconocimiento expreso o forzado ya que biológicamente no ha sido probado, subsistiendo la duda respecto al verdadero origen del menor. Esto también es apreciado por la doctrina nacional, en cuanto a que la filiación es considerada la más importante relación de parentesco que partiendo de una realidad biológica, es decir la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos.
9. Considero que el origen de una persona solo puede ser determinado a través de una verdad biológica, por lo cual, en los procesos de filiación debe pretenderse encontrar verdades biológicas que precisen la paternidad respecto a un menor;

teniéndose en cuenta que la única prueba certera y fehaciente para determinar la paternidad, es la prueba del ADN, la declaración de filiación debe basarse en datos biológicos de las personas, y no en presunciones que en algunos casos pudieran dar lugar a errores materiales. Pues, sea cual fuese la razón por la cual el demandado no se somete a la prueba del ADN, y esto haga presumir que es el progenitor del menor a favor de quien se solicita la declaración de un derecho como lo es la filiación, ello, hace imposible afirmar que todo aquel que se niega a someterse a la realización de la prueba, aún a pesar de los apercibimientos decretados, sea el verdadero progenitor del menor de edad, entonces, con ello no se puede decir que exista certeza respecto al origen del menor.

10. Atendiendo a la importancia de conocer el propio origen del menor, lo cual serviría además para satisfacer las necesidades básicas de éste, consideramos que con declarar una filiación sin medio probatorio alguno, solo se garantizaría en algunos casos, la satisfacción de algunas necesidades, pero no el origen biológico. Entonces, se debe tener en cuenta además, el grado de importancia que tiene este derecho del menor, para así garantizar fehacientemente el derecho que tiene éste de conocer su verdadero origen.
11. Otra razón por la cual se considera que el derecho a la identidad biológica del menor se vulnera al aplicar la presunción en un proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, en base a la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, es en el caso que no existiendo la prueba del ADN, se declara la filiación judicial solicitada, y luego, el supuesto progenitor al verse afectado por lo resuelto en vía judicial, solicita la nulidad de la declaración filial, que sucederá con el menor?, pues, el Tribunal Constitucional ante dicha situación dispuso suspender los efectos nulificantes sobre tal declaración, hasta las resultas del proceso de filiación extramatrimonial, que se reinicia al haberse violado el debido proceso; entonces, en esta situación se está afectando gravemente el derecho del menor a conocer su origen, puesto que en un inicio le dijeron que su progenitor era tal persona, y, luego, tener que decirle que aún no se conoce su verdadero origen, ya que el supuesto progenitor ha solicitado

la nulidad de dicha declaración, acaso no crea una inestabilidad psicológica y emocional en el menor.

B. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO DE DEFENSA DEL DEMANDADO:

Considerando que el derecho de defensa que tiene toda persona está referido a la facultad de poder accionar en salvaguarda de sus intereses, me atrevo a decir que en los procesos judiciales de declaración de paternidad extramatrimonial que se tramitan como especiales bajo la aplicación de la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, el derecho de defensa del demandado, se ve vulnerado con la aplicación de presunción de paternidad, pues, respecto al modo de actuarse las pruebas y en cuanto a que éstas se encuentran limitadas para la parte demandada; no sucediendo lo mismo para la parte demandante, ya que en estos casos, basta el dicho de ésta para que se ponga en movimiento el aparato judicial en defensa de sus intereses, por lo que dicha pretensión aparte de carecer de fundamento, no tiene base probatoria, puesto que la única prueba deberá ser proporcionada por la parte demandada, pero cabe aclarar que ésta es ofrecida por la parte demandante.

1. Así tenemos que en el supuesto caso que la parte demandante proporcione una dirección errónea o falsa del demandado al momento de entablar la demanda de filiación judicial, éste no tomará conocimiento de dicho proceso judicial iniciado en su contra, por ende, no presentará oposición contra el mandato filiatorio, situación ante la cual, el órgano jurisdiccional sin exigir la presentación de medio probatorio alguno a la demandante, es decir, sin calificar ni actuar medio probatorio previo, procederá a convertir el mandato en declaración judicial de paternidad, en mérito únicamente a lo señalado por la demandante en su primer escrito presentado ante el órgano jurisdiccional, respecto a la paternidad de su hijo, cuya filiación se demandó, ocasionando la expedición de una resolución que declara la filiación demandada, lo cual demuestra una total desigualdad de las partes al momento de recurrir al órgano jurisdiccional, ya que se limita el uso de

medios probatorios por el demandado, pues, como se señaló líneas arriba la única prueba admitida en este tipo de proceso, será la prueba del ADN, la cual, por cierto será solventada por la parte demandada pero ofrecida por la parte demandante, quedando demostrado así, que el derecho de defensa del demandado se vulnera totalmente con la aplicación de la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, ya que el demandante no tiene opción, a ofrecer ningún medio probatorio, siendo suficiente para el juzgador, lo manifestado por la parte actora, para que se ampare su pretensión.

2. Asimismo, cabe resaltar que el derecho de defensa del demandado se ve vulnerado también en los casos en que éste, no cuente con los recursos económicos necesarios para solventar la prueba del ADN, ante lo cual, tampoco podrá presentar otro medio probatorio que esté a su alcance, por lo que una vez más se demuestra que esta ley atenta contra el derecho de defensa del demandado.
3. Si bien es cierto que el Estado, tiene el deber de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos contra los peligros que puedan surgir, también lo es que en el Estado Constitucional de Derecho no puede sostenerse bajo el amparo de este deber, que el Estado o los particulares restrinjan sin justificación los derechos constitucionales de las demás personas, como es en el presente caso, con el afán de querer resolver una de las problemáticas de nuestro país, se declara una filiación sin tener medio probatorio alguno que la acredite como tal entre el menor y su supuesto progenitor, sin medir las consecuencias que esto ocasionará.
4. Siendo así, y de acuerdo con lo señalado por Devis Echandía, citado por CASTILLO QUISPE¹¹³, respecto al derecho de contradicción, quien señala que: “El derecho de contradicción (...) pertenece a toda persona natural o jurídica por el solo hecho de ser demandada (...), y se identifica con el derecho de defensa frente a las pretensiones del demandante (...). Pero se fundamenta en un interés general (...), porque no sólo mira a la defensa del demandado (...) y a la

¹¹³ CASTILLO QUISPE, Máximo y SÁNCHEZ BRAV, Edwar. “Manual de Derecho Procesal Civil”. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, Enero 2013, p. 57.

protección de sus derechos sometidos al proceso (...), sino que principalmente contempla el interés público en el respeto de dos principios fundamentales para la organización social: el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos, y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo(...).

5. Entonces, teniendo en cuenta la importancia de la pretensión demandada como es la filiación, lo cual implica el reconocimiento de obligaciones y derechos tanto para el menor como para el demandado, sin que exista medio probatorio alguno, en los supuestos en que no se tenga a la vista la prueba del ADN, la aplicación del proceso especial contemplado en la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, no cumple la finalidad para la cual fue promulgada, y más aún si consideramos que al modificar esta Ley, se continúa vulnerando el derecho del demandado, puesto que ahora pueden demandar acumulativamente a la filiación, la pensión alimenticia, lo cual constituye otro atentado contra el derecho de defensa del demandado, puesto que para imponer un pensión alimenticia a una persona es necesario que se tenga en cuenta, ciertos requisitos establecidos en nuestra legislación actual. Pues, no debe olvidarse que éste proceso al igual que otros, está sujeto al actuar malicioso de los sujetos procesales, ya sea activo como pasivo, lo cual sin duda, es necesario tenerse en cuenta al aplicar la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, y evitar que dicha situación resulte lesivo al debido proceso y a las garantías que éste comprende.

6. Teniendo en cuenta todo lo mencionado en los párrafos anteriores, se debe traer a colación lo dispuesto en el artículo 402° del Código Civil vigente, respecto a la procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, pues la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, modificó el inciso 6) de dicho artículo, señalando que: “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:
(...)

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

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

7. Entonces, claro está, que la paternidad extramatrimonial debe ser declarada judicialmente, en mérito a la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, sólo cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN, es decir, en los casos en que por diferentes motivos no se tenga la prueba del ADN a la vista, mal se hace en declarar judicialmente una paternidad sin medio probatorio alguno, por lo que, en esos supuestos, dicho proceso, deberá suspenderse y ser derivado al juzgado de familia, para que se continúe con el trámite que corresponda sin vulnerar derechos fundamentales de las partes intervinientes en dicho proceso judicial. Pues, al igual que la profesora y magistrada Mosquera Vásquez, citada por VARSÍ ROSPIGLIOSI, quien señala que “se considera irresponsable que un tema tan delicado como el de la filiación esté en manos de los jueces de paz letrados, pues estos no tienen la experiencia suficiente en el trámite de procesos en los que se discutan derechos de los niños y adolescentes, y sobre todo en procesos de tanta trascendencia como lo es uno de filiación, pues su actuación como jueces se circunscribe a proceso menos complejos en todas las áreas que conocen, basta con revisar la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Además, considera que “Es peligroso expedir una resolución que declare la paternidad de un niño por el simple hecho de haber presentado la demanda, y más peligroso aún que ella sea considerada un mandato al no existir contradicción a la misma. Esto puede suceder en países donde existe transparencia en la ciudadanía y en el nuestro. me

explico, me ha pasado varias veces en que se indica un falso domicilio del demandado, supuestamente están bien notificados, pero no es así, y esto se torna más peligroso aún en un proceso en el cual no existe actuación de medios probatorios. En caso se notifique al demandado y este no formule oposición porque se notificó en un lugar distinto, sin más discusión la ley señala que la primera resolución se convertirá en un mandato”¹¹⁴.

8. Entonces, totalmente de acuerdo con la magistrada antes señalada, se puede decir que la forma como está hecha la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, no nos brinda ninguna seguridad, pues como ya se dijo anteriormente, dada la importancia del derecho que se pretende reconocer, éste proceso, en los supuestos que no se tenga la prueba del ADN, debe gozar de una etapa probatoria, donde el derecho del demandado principalmente en este caso, no se vea vulnerado, puesto que tenemos un demandado indefenso.
9. Otro supuesto en el cual se ve vulnerado el derecho de defensa del demandado, es respecto a que la Ley N° 29715, “Ley que modifica el artículo 2 de la Ley N° 28457, señala que el costo de la prueba del ADN es abonado por la parte demandada en el momento de la toma de las muestras o puede solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179° y siguientes del Código Procesal Civil; entonces, de ser así, y de no contar el demandado con los recursos económicos necesarios para cubrir dicho costo, no podrá ejercer su derecho de defensa, ya que el hecho de solicitar auxilio judicial como lo señala la Ley, no significa que se encuentre liberado de dicho pago, pues, se está olvidando que el auxilio judicial que se pueda solicitar no está destinado para cubrir los costos de dichos exámenes, por lo tanto, el derecho de defensa del demandado se está vulnerando otra vez.
10. Queda claro, entonces, que el derecho de defensa es al igual que el derecho de acción que tiene la parte demandante, una expresión del derecho a la tutela

¹¹⁴ VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op cit, p. 424.

jurisdiccional, entonces, el derecho de defensa tiene las mismas características del derecho de acción, siendo por ende un derecho constitucionalmente reconocido, el cual permite que el demandado, también goce de protección jurisdiccional efectiva, por lo que se puede decir que tanto el derecho de defensa como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva están íntimamente relacionados. Siendo así, no se puede obviar que el derecho de defensa es un derecho inherente de todo sujeto de derecho y elemental en un estado de derecho como es el nuestro.

11. Finalmente, cabe señalar lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida dentro de un proceso de amparo como consecuencia de una declaración de filiación extramatrimonial, sin la participación del demandado, con lo cual se evidencia que en la realidad, al aplicar la Ley N° 28457, en mérito a una presunción, sí se vulnera el derecho del demandado; así tenemos que: *“De acuerdo a lo que se aprecia de la demanda, se califica el proceso sobre filiación extramatrimonial seguido contra el recurrente de indebido o irregular, en tanto se imputa violación de su derecho de defensa. Este Colegiado, al respecto y de lo que aparece de los actuados de dicho proceso ordinario, acompañados al expediente constitucional, observa que en efecto no se cumplió en momento alguno con notificarle válidamente el mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, pues como ha quedado demostrado con la hoja de movimiento migratorio (fojas 96 del expediente principal), el recurrente estuvo ausente del país durante el período comprendido entre el 24 de junio de 1999 y el 18 de diciembre de 2009, en que retornó al suelo patrio. Aunque de los actuados del proceso sobre filiación extramatrimonial, se aprecia que el entonces demandado fue notificado por debajo de la puerta en el domicilio que al efecto señaló la demandante del citado proceso, dicho acto procesal carece de toda validez, pues no encontrándose el actual recurrente el territorio del Estado, no se pudo garantizar su derecho de defensa en la forma prevista por la Ley N° 28457, que regula el proceso de filiación extramatrimonial. Conviene al respecto, precisar que de acuerdo con el citado procedimiento, emitido el mandato de declaración judicial, éste se comunicará al demandado, quien tendrá*

derecho a oponerse específicamente mediante la prueba de ADN, contando para tal efecto con el término de diez días para la indicada oposición, plazo fuera del cual dicho mandato se convertirá recién en una resolución de declaración judicial de paternidad.

*En el contexto descrito y siendo evidente que el actual amparista no tuvo conocimiento alguno del mandato de declaración judicial de paternidad, no se le ha dado la oportunidad de oponerse en la forma antes señalada ni mucho menos de interponer los mecanismos impugnatorios previstos por la ley, afectándose de este modo y de manera directa su derecho a defenderse”.*¹¹⁵

C. LA VULNERACIÓN DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA POR LA APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE PATERNIDAD:

1. Con la presente investigación, queda claro que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se está vulnerando con la aplicación de la presunción legal de paternidad en mérito a la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, en los supuestos en que no existe la prueba del ADN a la vista; sin embargo, para ello, previamente es necesario recordar que el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, de acuerdo a lo manifestado por Gonzales Pérez, citado por Castillo Quispe ¹¹⁶“...es el derecho de toda persona a que se “haga justicia”, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas...”, puntualizando que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva despliega sus efectos en 3 momentos, a saber: “...primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable y tercero, una vez dictada sentencia la plena efectividad de sus pronunciamientos”. Siendo ello así, entonces, en el presente caso pues, la parte demandada, al no haber tomado conocimiento de que se ha iniciado un proceso

¹¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Expediente N° 04509-2011-PA/TC”. Pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional: 11 de julio de 2012. Fundamento Jurídico 05,06 y 07. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/04509-2011-AA.html>. P. 03

¹¹⁶ CASTILLO QUISPE, Máximo y SÁNCHEZ BRAVO, Edwar.Op cit, p. 39

judicial sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial en su contra, y por falta de su manifestación ha sido declarado padre de un menor, no ha tenido la oportunidad de acceder al órgano jurisdiccional en busca de tutela jurisdiccional efectiva, quedando así su derecho vulnerado, puesto que el órgano jurisdiccional, sin solicitar medio probatorio alguno, en mérito únicamente a la manifestación de la parte demandante procede a declarar judicialmente la paternidad.

2. El derecho a la tutela jurisdiccional se ve afectado desde el momento en que la propia ley señala que el demandado podrá oponerse al mandato filiatorio si es que éste se somete a la prueba del ADN, sin tener opción a presentar cualquier otro medio probatorio, entonces, así no se garantiza el ejercicio legal de sus derechos dentro de un proceso judicial, ya que no cuenta con un mínimo de garantías en salvaguarda de sus intereses. Es el derecho que tienen las partes dentro de un proceso, para acceder al órgano jurisdiccional y obtener del mismo una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas, sin embargo, con la aplicación de la presunción de paternidad, se está restringiendo el ejercicio del demandado.
3. Considerando que este derecho está formado tanto por el derecho que tiene el demandante para acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela, como el derecho que tiene el demandado para acceder ante el órgano jurisdiccional con la finalidad de que sus derechos no sean vulnerados, con el accionar de la parte demandante; se puede observar que el derecho a la tutela jurisdiccional se ve vulnerado cuando no existe prueba de ADN, cuando el juez, sin mayor análisis convierte el mandato filiatorio en declaración judicial de paternidad, es decir, no existe mayor análisis, puesto que tampoco existe una etapa probatoria, pese a la importancia del derecho que está en juego, como lo es la filiación, resultando afectados ambas partes procesales, pues por un lado el menor que no tiene la certeza de quien es su verdadero progenitor y por el otro lado tenemos al demandado que no tomó conocimiento del inicio del proceso y que en base únicamente a la manifestación de la parte demandante ha sido declarado padre.

4. No olvidemos que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso, este derecho permite que toda persona sea parte en un proceso, para promover cierto grado de actividad jurisdiccional con relación a las pretensiones planteadas, constituyéndose en un principio básico del Derecho Procesal Civil; además, este derecho no se ve agotado únicamente con el ejercicio del derecho de acción sino que además, tiende a asegurar la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión planteada, situación que no se da en el presente caso, pues la resolución que declara la filiación de paternidad extramatrimonial, carece de una debida motivación, puesto que no existe valoración de medios probatorios los cuales sirvan de sustento al momento de resolver. Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva han sido reconocidos por nuestra Constitución Política en su artículo 139°, garantizándose así el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso, y de impartir justicia con un mínimo de garantías, es decir, dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales, queda claro que en estos casos no se cuenta con el mínimo de garantías necesarias para hablar de un debido proceso. Más aún si consideramos que el servicio de justicia nuestro todavía no goza de aceptación social mayoritaria, lo que debe servir para continuar con la búsqueda, creación y regulación legal de nuevas herramientas procesales que coadyuven a mejorar el servicio y esencialmente sirvan para dar tutela efectiva a los ciudadanos.

5. El derecho a la tutela jurisdiccional, es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas. Para ello, es necesario tener en cuenta lo señalado por BORDA, citado por María Josefa Méndez Costa en “La Filiación”: “El Juez debe valorar el conjunto de la prueba y formar con ella su convencimiento, que pueda ser contrario a la filiación...”.

6. Finalmente, teniendo en cuenta que el derecho a la tutela jurisdiccional no solamente es un derecho procesal y un derecho constitucional, sino que es esencialmente un derecho humano, un derecho fundamental, se puede decir que al ser un derecho que se encuentra muy relacionado con el derecho de acción, contradicción y debido proceso, al vulnerarse el derecho de defensa del demandado, implícitamente se está vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva por ambas partes.

CAPITULO V
PROPUESTA LEGISLATIVA

1. PROYECTO DE LEY N°....

El Congresista de la República que suscribe,....., en ejercicio del derecho de iniciativa en la formación de las leyes que le confiere en artículo 107° de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 74° y 75° del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY

LEY N°....

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 1° y 2° DE LA LEY N° 28457 “LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL”, MODIFICADA POR LEY N° 29821

Artículo 1.- Modificación de los artículos 1° y 2° de la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, modificada por Ley N° 29821.

Modifíquese los artículos 1° y 2° de la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, modificada por Ley N° 29821, los cuales quedan redactados en los términos siguientes:

Artículo 1°: Demanda, Acumulación de Pretensiones y Juez Competente:

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

En este mismo proceso podrá acumularse como pretensión accesorio, la fijación de una pensión alimentaria, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 85° del Código Procesal Civil.

En este caso, el Juez, además de expedir el mandato declaratorio de paternidad extramatrimonial, correrá traslado al demandado de la pretensión de alimentos.

El emplazado tiene un plazo no mayor a diez días de haber sido notificado válidamente para oponerse y absolver el traslado de la pretensión de alimentos sujetándose a lo establecido en el artículo 565° del Código Procesal Civil.

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el Juez , se abstendrá de la continuación del proceso iniciado y lo derivará al Juez Especializado de Familia, para que sea tramitado de acuerdo a lo dispuesto por nuestro Código Civil vigente.

Si el emplazado formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, y no se somete a la prueba del ADN por falta de recursos económicos, el Estado, previo informe de bienestar social que acredite la falta de recursos económicos, asumirá los gastos que dicha prueba origine.

El Juez de Paz Letrado, solo será competente para declarar la filiación judicial de paternidad extramatrimonial, cuando el demandado se apersona al proceso y manifiesta expresamente su aceptación o cuando exista la prueba del ADN.

Artículo 2°. Audiencia:

Formulada la oposición y absuelto el traslado de la pretensión de alimentos, el juez fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.

En dicha audiencia se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo. Asimismo, se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 555 y demás del Código Procesal Civil en lo que respecta a la pretensión de fijación de una pensión alimentaria.

El costo de la prueba es abonado por ambas partes, en el momento de la toma de las muestras.

Por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4 el juez resuelve la causa”.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su Promulgación.

En Lima, a los Días del mes dede dos mil catorce

.....

Presidente del Congreso de la República

Por tanto:

Mando se publique y cumpla.

2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En estos últimos años, desde la promulgación de la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, y la posibilidad de solicitar en vía de acción la filiación de paternidad extramatrimonial en base a la prueba genética del ADN, nuestro sistema judicial se ha visto promovido por pretensiones dirigidas a alcanzar dicho reconocimiento, obviamente en la mayoría de los casos han sido interpuestos por la madre de los hijos no reconocidos voluntariamente por el progenitor. Sin embargo, no siempre se ha tenido el resultado deseado, tal es así que el propio derecho del menor a la identidad biológica se ve vulnerado al aplicar la presunción contemplada en la Ley referida, para ello es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos.

2.1. DERECHO A LA IDENTIDAD

Uno de los problemas que más se presenta en toda sociedad es el referido a la identidad de las personas, principalmente en lo que a niños se refiere no reconocidos por sus padres. Este problema se observa en muchos países, los que de alguna u otra forma tratan de solucionarlo con programas sociales, programas educativos, entre otros; estableciendo para ello normas orientadoras, sancionadoras.

Al igual que todos los derechos humanos, el niño tiene derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, también se debe tener en cuenta que tiene derecho a un desarrollo integral de su personalidad, por lo tanto, el Estado está en la obligación de velar por la protección de esos derechos. Es por ello, que la moderna jurisprudencia italiana define y precisa el concepto de identidad personal como “el conjunto de atributos, calidades, caracteres y acciones que distinguen a un individuo con respecto a otro, y que conforma su derecho a ser reconocido en su peculiar realidad”.

Los menores no reconocidos, no pueden gozar libremente de otros derechos fundamentales, ya que el derecho a la identidad es un derecho base para los demás, encontrándose muchas veces expuestos a discriminación por la sociedad. En mérito a la identidad, el menor adquiere derecho a un nombre propio que lo individualice dentro de su entorno en el cual se desarrolla. Entonces, atendiendo la importancia de los derechos inherentes al ser humano, el reconocimiento filial debe ser basado en medios probatorios idóneos y no en base únicamente a una presunción, como se viene realizando con la Ley N° 28457.

2.2. REGULACIÓN LEGAL SOBRE FILIACIÓN

En el derecho Familiar Peruano se regula la relación paterno filial distinguiendo entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales; esto no fue así desde un inicio, 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 ilegítimos¹¹⁷, los que incluso para efectos hereditarios recibían en proporción a la mitad de lo que recibía un hijo legítimo¹¹⁸. Luego, con la Constitución de 1979, se tiene que “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, la cual en concordancia con nuestro Código Civil vigente, regula la relación paterno filial, diferencia la filiación matrimonial de la extramatrimonial.

Entendiéndose como hijos extramatrimoniales a los concebidos y nacidos fuera de una relación matrimonial; en este caso para establecer la filiación requieren

¹¹⁷ El código Civil de 1984 establecía la presunción juris tantum de legitimidad para el hijo nacido durante la vigencia del matrimonio en el art. 299, en el artículo 348 establecía que eran hijos ilegítimos los nacidos fuera de matrimonio.

¹¹⁸ Art. 762 Código Civil de 1984: “Si hay hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos últimos recibirá la mitad de lo que reciba cada legítimo”.

el reconocimiento efectuado por el respectivo padre o madre o en su defecto una sentencia declaratoria¹¹⁹; el reconocimiento es un acto personal que se puede realizar en el registro al momento de declararlo, también se puede efectuar por acta en la misma partida de nacimiento, y por medio de otros instrumentos como son la escritura pública y el testamento (artículos 390 y 391 CC), el reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio no admite modalidad y es irrevocable, como lo preceptúa el artículo 395 CC.

El artículo 402° del Código Civil, establece seis supuestos para la declaración judicial de filiación extramatrimonial, dentro de los cuales se tiene: “...f. Cuando se acredite el vínculo parental en base al resultado de la prueba del ADN, u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Entonces, se tiene claro que para la declaración judicial de paternidad se requiere acreditar alguno de los supuestos legales, lo que demanda un proceso cognoscitivo lato involucre las etapas procesales que garantizan un adecuado ejercicio del derecho de defensa de las partes.

Siendo ello así, se debe recordar que todo proceso judicial es un instrumento para cumplir un fin, por lo tanto, en el presente caso, no basta con que la norma se aplique sino que ésta cumpla con la finalidad para la cual ha sido creada.

2.3. LA PRETENSIÓN DE FILIACIÓN PREVISTA EN LA LEY 28457

Se tiene que con fecha 07 de Enero de 2005 se promulgó la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, la cual fue promulgada como consecuencia de la problemática social por la que atraviesa nuestro país, como lo es la gran cantidad de niños que no han sido debidamente reconocidos por sus progenitores.

¹¹⁹ Artículo 387 Código Civil de 1984.

Siendo así, la finalidad de dicha Ley, fue proteger el derecho constitucional a la identidad del menor; para ello estableció un proceso especial para la declaración judicial de la filiación, considerando lo siguiente: quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. Resolución que en los casos en que no exista prueba de ADN, no contiene un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión, sino que será emitida solamente a pedido de parte; asimismo, se tiene que el demandado podrá formular oposición al mandato judicial en el término de diez días y siempre que se obligue a realizarse la prueba del ADN. Si bien es cierto el resultado de la prueba de ADN servirá al Juez para declarar fundada o infundada la oposición al mandato, pero en el caso de que el demandado no se someta a la prueba del ADN el mandato inicial se convierte en declaración judicial de paternidad, en base únicamente a la presunción.

Entonces, considerando que a pesar de que la negativa del presunto progenitor a someterse a la prueba pericial genética del ADN, pese a haber sido requerido, ello no es suficiente para presumir la paternidad respecto del menor, es preciso mencionar que las motivaciones de la racionalidad humana escapa al derecho, y sería imposible afirmar que todo aquel que se niega a someterse a la realización de la prueba, aún a pesar del apercibimiento, sea por ese simple hecho el verdadero progenitor del menor.

Por consiguiente; la primacía de la persona humana y su identidad no puede estar sujeta a discriminación, sino a igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, sin embargo, ello no quiere decir que vulneren otros derechos del demandado.

3. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa legislativa tiene como propósito modificar los artículo 1° y 2° de la Ley N°28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial. No genera gasto al Estado, pero si se logrará que derechos fundamentales de las partes procesales se encuentren protegidos, como son el derecho a la identidad del menor, el derecho de defensa del demandado y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, tal y como lo ha señalado nuestra Constitución Política del Perú.

CONCLUSIONES

1. La Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, ha sido diseñada con la finalidad de obtener procesos rápidos y expeditivos que ayuden a resolver los conflictos sobre la filiación extramatrimonial, con respuestas prontas y adecuadas; sin embargo, a través de la presente investigación se ha podido comprobar que en algunos casos tal finalidad no se cumple, dado que con dicha ley se vulnera derechos fundamentales de las partes vinculadas a un proceso judicial relacionados con la mencionada materia.
2. Ha quedado evidenciado que la Ley N° 28457, al contemplar la posibilidad de aplicar la presunción de paternidad, en casos que no existe la prueba del ADN, resulta atentatoria al derecho de la identidad de la parte demandante que acude al órgano jurisdiccional en busca de tutela, ya que existe el riesgo de que la filiación que un día se declaró en base a la presunción pueda ser desvirtuada con posterioridad, ocasionando un daño moral y psicológico al menor, a quien en lugar de proteger sus derechos como lo es a la identidad, se le ocasiona mayor confusión respecto a la existencia de su progenitor.
3. Si bien es cierto, la ley N° 28457, a través de la prueba del ADN resulta efectiva para determinar la filiación entre dos personas, también es verdad que en los procesos donde no se tiene la prueba del ADN, la filiación es determinada en base únicamente a la manifestación de voluntad de la demandante que por lo general es la madre del menor, es decir, la filiación no será determinada por la prueba del ADN sino por simple presunción, quedando por ende la incertidumbre del menor en cuanto a su origen, biológico.
4. Con la presente investigación, se puede decir que el problema surge cuando se trata de correlacionar el vínculo biológico con el jurídico, es decir, en base al derecho no se puede tratar de crear un vínculo biológico como se ha señalado en la presente investigación, pues en los casos en que no se tiene medio probatorio

alguno, se declara progenitor a una persona respecto a otra, basándose únicamente en la manifestación de voluntad de una de las partes.

5. Se ha podido contrastar que el derecho de defensa del demandado se vulnera con la declaración de paternidad extramatrimonial en mérito a la presunción, puesto que éste, no puede oponerse al mandato filiatorio, sino únicamente sometiendo a la prueba del ADN, medio probatorio que ha sido ofrecido por la parte demandante, y no por el demandado, además, también se vulnera el derecho a un debido proceso, pues no existe etapa probatoria, pese a la complejidad e importancia del derecho discutido, situación que no existe en otro tipo de procesos, no obstante, lo señalado por el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias, respecto a la etapa probatoria que existen en procesos ordinarios y la inexistencia de la misma, en procesos constitucionales, refiriendo que en un proceso de amparo no existe etapa probatoria, porque en él no se declaran ni constituyen derechos constitucionales a favor de ninguna de las partes, lo que sí sucede en otra clase de procesos ordinarios, para cuyo caso, precisamente se ha previsto la etapa probatoria; entonces, siendo ello así, el derecho de defensa del demandado y el derecho a un debido proceso se encuentran vulnerados, ya que en los casos en que no existe prueba de ADN, el órgano jurisdiccional, aplicando la presunción declara la paternidad respecto del menor.
6. Al no respetarse el derecho a la identidad biológica del menor y el derecho de defensa del demandado, queda claro que al aplicar la presunción de paternidad, se está vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; por lo que solamente se debe tramitar un proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, bajo los alcances de la Ley N° 28457, siempre y cuando se tenga la aceptación expresa del demandado o se cuente con la prueba de ADN que acredite dicha filiación, caso contrario deberá ser tramitado de conformidad con lo dispuesto por nuestro Código Civil vigente y no aplicarse de manera arbitraria la presunción legal de paternidad como ocurre en la actualidad.

RECOMENDACIONES

1. Teniendo en cuenta la importancia de los derechos que se encuentran vulnerados con la aplicación de presunción de paternidad, que se considera en la Ley N° 28457, “Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, se debe realizar determinadas modificaciones, a fin de proteger principalmente el derecho a la identidad biológica del menor, el derecho de defensa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva dentro de un proceso judicial.
2. En los casos en que el demandado no se oponga al mandato judicial de filiación ya sea porque no fue correctamente emplazado y este no tomó conocimiento oportuno del proceso instaurado en su contra, o por diferentes razones no se tenga a la vista la prueba del ADN, el Juez de Paz Letrado deberá abstenerse de continuar con la tramitación de dicho proceso y derivarlo al Juzgado Especializado de Familia, con la finalidad de que el proceso sea resuelto con todas las garantías de un debido proceso, en el cual se tendrá una etapa probatoria, donde se evalúen los medio de prueba que las partes consideren pertinentes y así, la incertidumbre quedará dilucidada, por lo que se recomienda que no se aplique la presunción de paternidad en estos casos, teniendo el demandado mayor oportunidad para ejercer su derecho de defensa.
3. Teniendo en cuenta lo señalado en el párrafo anterior, se puede indicar que la filiación en mérito a la Ley N° 28457, solo deberá ser declarada en base a la aceptación expresa del demandado o en base a la prueba de ADN que se haya realizado, pero no en base a presunciones.
4. En caso que el demandado alegue no contar con los recursos económicos suficientes para solventar el costo de la prueba de ADN, el Estado, previo un informe de bienestar social, deberá cubrir dicho costo, con la finalidad de obtener la verdad sobre el origen del menor que por lo general está representado por su madre.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS:

1. ARIANO DEHO, Eugenia: “El Nuevo Proceso de Declaración de Filiación Extramatrimonial. ¿Vanguardismo o Primitivismo Procesal?”. En Actualidad Jurídica. Información Especializada para Abogados y Jueces. Tomo 134. Editorial Gaceta Jurídica S.A. 1ª edición. Lima. Perú. Enero 2005.
2. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. “La Constitución de 1993-Análisis Comparado”. 3era. Ed. ICS Editores. Lima - Perú 1997.
3. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El Derecho a Probar Como Elemento Esencial de un Proceso Justo”. ARA Editores. Lima - Perú 2001.
4. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Actualizado, corregido y aumentado”. Editorial Heliasta. S.R.L. 13ª edición. Buenos Aires. Argentina 2002.
5. CARNELUTTI, Francisco. “Teoría General del Derecho”. Ara Editores. Lima-Perú. 2006.
6. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Los Derechos Constitucionales”. 3era. Ed. Palestra Editores. Lima-Perú 2007.
7. CASTILLO QUISPE, Máximo y SÁNCHEZ BRAVO, Edward. “Manual de Derecho Procesal Civil”. Jurista Editores. Lima-Perú. Enero 2013.
8. CHAMORRO BERNAL, Francisco. “La Tutela Judicial Efectiva”. Bosh. Barcelona - España 1994.
9. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano”. Editorial Gaceta Jurídica S.A. 10ª Edición. Lima-Perú. 1999.

10. CORTE SUPREMA ITALIANA 13 VII 71. “Foro Italiano 1972 I 432” citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos en “Derecho a la Identidad Personal”. Astrea 1992, p. 155, en ACTUALIDAD JURÍDICA, Información Especializada para Abogados y Jueces. Tomo 209. Ed. Gaceta Jurídica. Lima-Perú. Abril 2011.
11. DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial. Editorial Gaceta Jurídica, Número 158, Noviembre 2011.
12. ESCRICHE, Joaquín. “Diccionario Razonado –Legislación y Jurisprudencia”. Tercera Edición Corregida y Aumentada. Tomo II. Editorial Librería de la Señora e Hijos de D. Antonio Calleja Editores. Madrid 1847.
13. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos en “La Constitución Comentada-Artículo por Artículo”. Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica S.A. 1era. Edición. Lima-Perú. 2005.
14. FURUKEN ZEGARRA, Carlos. “El Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial y el Derecho a un Debido Proceso”. En Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial. Año 13.Nº 108. Editorial Gaceta Jurídica S.A.1ª Edición. Lima, Perú. Setiembre 2007. Pág. 97.
15. GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. “Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores. Lima-Perú 2009.
16. GARCÍA TOMA, Víctor. “Los Derechos Fundamentales en el Perú”. Jurista Editores. Lima - Perú 2008.
17. GARCÍA TOMA, Víctor. “Teoría del Estado y Derecho Constitucional”. Adrus Editorial. 3era. Edición Lima – Perú. Agosto 2010.

18. MALQUI REYNOSO, Max. "Derecho de Familia". Tomo II. Editorial San Marcos. Lima-Perú. 2002.
19. MONROY GÁLVEZ, Juan. "Diccionario Procesal Civil". Gaceta Jurídica. Primera edición. Lima-Perú. Noviembre 2013.
20. OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. "El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva". Palestra Editores. Lima - Perú 2001.
21. RAMOS NUÑEZ, Carlos. "Cómo Hacer una Tesis de Derecho y no Envejecer en el Intento". Gaceta Jurídica. Lima - Perú 2000.
22. ROMERO MENDOZA, Joel. "La Prueba del ADN como Medio Probatorio de Actuación Necesaria para la Resolución de los Procesos de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial en la Ciudad de Cajamarca". Tesis Mg. Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca. 2008.
23. SERRANO MEDINA, Glenn Joe. "Consecuencias Jurídico-Sociales en los Hijos Alimentistas en la Legislación Civil Peruana". Tesis Dr. Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca. 2012.
24. SIERRA BRAVO, Restituto. "Técnicas de Investigación Social". Editorial Paraninfo. 10ma. Ed. Madrid 1994.
25. TICONA POSTIGO, Víctor. "El Debido Proceso y la Demanda Civil". Tomo I. Editorial Rodhas. 2da Edición. Lima - Perú 1999.
26. TICONA POSTIGO, Víctor. "Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil". Tomo I. Editorial San Marcos. 3ra Ed. Lima - Perú 1998.

27. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. “Constitución y Proceso”. Jurista Editores. Lima – Perú. Noviembre 2009.
28. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Derecho Genético”. Editorial Grijley. 4ª.Edición. Lima-Perú 2001.
29. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Tratado de Derecho de Familia”. Editorial Grijley. 4ª.Edición. Lima-Perú 2001.
30. VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. “Derecho de Familia”. Tomo I. Editorial Rodhas. Lima –Perú, 1998.
31. ZANNONI, Eduardo A. “Identidad Personal y Pruebas Biológicas”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13, Derecho privado en la Reforma Constitucional, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1997.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia emitida en el Expediente N° 0004-2006-PI/TC. 29 de marzo de 2006.
2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia emitida en el Expediente N° 2273-2005-PA/TC, de 20 de abril de 2006.
3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia emitida en el Expediente N° 3072-2006-AA. 27 de febrero de 2008.
4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia emitida en el Expediente N° 579-2008-PC/TC. 05 de junio de 2008.
5. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia emitida en el Expediente N° 3151-2006-AA/TC. 17 de setiembre de 2008.

6. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia emitida en el Expediente N° 3843-2008-PA/TC. 01 de julio de 2009.
7. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia emitida en el Expediente N° 03052-2009-AA, de 14 de Julio de 2010.
8. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia emitida en el Expediente N° 5829-2009-PA/TC, de 23 de setiembre de 2010.
9. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia emitida en el Expediente N° 189-2010-PA/TC, de 17 de marzo de 2011.
10. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia emitida en el Expediente N° 04509-2011-PA/TC de 11 de julio de 2012.
11. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia emitida en el Expediente N° 139-2013-PA/T, de 18 de marzo de 2014.

PÁGINAS DE INTERNET:

1. <http://www.monografias.com/trabajos72>
2. <http://www.monografias.com/trabajos/epistemología>
3. <http://www.chilein.com/ccvivil6.htm>
4. <http://www.campus.usal.es>
5. <http://www.tc.gob.pe>