



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

ESCUELA DE POSTGRADO

**INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA DE ADN COMO
PRUEBA LEGAL EN EL PROCESO DE DECLARACIÓN
JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL EN EL
PERÚ**

Tesis para optar el grado de maestro

en Derecho

Mención Derecho Civil y Comercial

NANCY GIOVANNA FIGUEROA VILLARREAL

Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2018

Nº. Registro: T0618

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor José Antonio Becerra Ruiz

Presidente

Doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza

Secretario

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

A Dios por bendecirme para llegar hasta donde he llegado, porque hiciste realidad este sueño. Gracias mi amado dios.

A mi familia, que sin su apoyo y colaboración, no lo hubiera logrado sobre todos a mis señores padres quienes hicieron que se pudiera hacer éste sueño realidad.

ÍNDICE

	Pág.
Resumen.....	viii
Abstract.....	ix
I. INTRODUCCIÓN	1
Objetivos	5
Hipótesis.....	6
Variables.....	6
II. MARCO TEÓRICO	7
2.1. Antecedentes.....	7
2.2. Bases teóricas	8
2.2.1. Los sistemas procesales.....	8
2.2.2. Los fines del proceso: Búsqueda de la verdad	16
2.2.3. Carga de la prueba y los sistemas procesales	19
2.2.4. El derecho de defensa en el proceso.....	22
2.2.5. Control de constitucional: Los sistemas de control de la constitucionalidad.....	29
2.2.6. La filiación extramatrimonial.....	35
2.3. Definición de términos	49
III. METODOLOGÍA	52
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	52
3.2. Plan de recolección de la información de la investigación y/o diseño estadístico	53

3.3. Instrumento(s) de recolección de la información	54
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	55
IV. RESULTADOS	57
4.1. La filiación extramatrimonial	57
4.2. La actuación de las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su regulación en la Ley N° 27048	65
4.3. La Ley 28457: Carga de la prueba e Inversión de la carga al demandad...88	
4.4. La filiación en el derecho comparado	91
V. DISCUSIÓN.....	127
5.1. Ley 28457 de declaración judicial de filiación extramatrimonial	127
5.2. Proceso monitorio.....	127
5.3. Regulación legal sobre filiación	132
5.4. El derecho material y el proceso	135
5.5. La pretensión de filiación prevista en la ley 28457 no se sustenta en el resultado de la prueba de ADN.....	137
5.6. Declaración judicial sobre el fondo sustentado solo en actos procesales.	141
5.7. Proceso de filiación y debido proceso	143
5.8. Competencia de los jueces de paz letrados	147
5.9. La ley y el problema social.....	149
5.10. Validación de hipótesis	152
VI. CONCLUSIONES	157
VII. RECOMENDACIONES.....	161
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	162

RESUMEN

La presente investigación tuvo como objetivo general determinar la inconstitucionalidad de la prueba de ADN como prueba legal en el marco de un proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial en el Perú; razón por la cual se desarrolló los siguientes temas: la relación de los derechos fundamentales y la carga de la prueba; los derechos fundamentales que son vulnerados con la actuación de la prueba de ADN y los fundamentos jurídicos existen para poder plantear la inconstitucionalidad de la Ley N° 28547 y su modificatoria Ley N° 29715.

Para el desarrollo del presente trabajo se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático -normativa-teórica- y por su naturaleza fue cualitativa; empleándose la técnica documental y análisis de contenido para la elaboración del marco teórico y la discusión; la técnica del análisis cualitativo y la argumentación jurídica como método del diseño para validar la hipótesis y logro de los objetivos de la investigación.

Llegamos a la conclusión que la Constitución en su Art. 138 establece la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder judicial a través de sus órganos con arreglo a la Constitución y a las leyes; en el caso de la Ley 28457 es una norma de carácter procesal que no sustituye a la norma sustantiva; declarar sin derecho no es regular, es inconstitucional, porque resulta vulnerando los derechos a la prueba como contenido del debido proceso y de manera conexa al derecho de defensa.

Palabras Clave: Inconstitucionalidad, proceso judicial, paternidad extramatrimonial, filiación extramatrimonial, prueba legal.

ABSTRACT

The present investigation had as general objective to determine the unconstitutionality of the DNA test as legal proof in the framework of a judicial declaration process of extramarital paternity in Peru; Which is why the following themes were developed: the relation of fundamental rights and the burden of proof; The fundamental rights that are violated with the performance of the DNA test and the legal bases exist to be able to raise the unconstitutionality of Law No. 28547 and its amending Law No. 29715.

For the development of the present work a legal investigation was carried out of dogmatic type -normative-theoretical- and by its nature was qualitative; Using the documentary technique and content analysis for the development of the theoretical framework and discussion; The technique of qualitative analysis and legal argument as a method of design to validate the hypothesis and achievement of research objectives.

We conclude that the Constitution in its Article 138 establishes the power to administer justice is exercised by the judiciary through its organs in accordance with the Constitution and laws; In the case of Law 28457 is a procedural rule that does not replace the substantive rule; Declare without right is not regular, is unconstitutional, because it violates the rights to the test as a due process and related to the right of defense.

Key Words: Unconstitutionality, judicial process, extramarital paternity, extramarital affiliation, legal proof.

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, a partir de la vigencia de la Ley N° 28457, Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, los procesos de Filiación, tienen la naturaleza de los procesos monitorios puros, donde el Juez decide ab initio e inaudita parte, es decir mediante cognición sumaria, donde se produce una sentencia condicional a simple requerimiento del actor y, que si no es impugnada, surte todos los efectos de la Cosa Juzgada material.

La presente investigación tiene como fin proponer una solución al debate jurídico surgido acerca de la constitucionalidad de la Ley de Filiación Extramatrimonial – Ley 28457. Las posiciones discrepantes de los órganos jurisdiccionales sobre la aplicación de la Ley 28457 en los procesos de filiación extramatrimonial, se han convertido en un problema que ha trascendido la esfera jurídica, convirtiéndose en un problema social, dada la coyuntura en la que vivimos; sin embargo ningún órgano jurisdiccional ha analizado el problema de constitucionalidad de la Ley 28457.

La reforma de la Ley N° 28457, instaurada por la Ley N° 29715, que, junto con otra disposición de índole aclaratoria, modifica la carga de la prueba en el proceso de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial. Este cambio legislativo resulta relevante y de suma importancia para la investigación y para el análisis jurídico constitucional, pues altera una de las garantías del debido proceso y porque, aunque seguramente popular, no resuelve el problema para el que se promovió, pudiendo ser calificada como demagógica.

Dentro de los tantos problemas que existen en las sociedades, especialmente en la peruana, es el referido a la paternidad, lo que es reflejado en el gran número de niños, niñas, adolescentes, jóvenes e incluso personas adultas no reconocidos por sus padres biológicos. Este problema de paternidad no responsable se observa en la mayoría de países en vías de desarrollo, los que de alguna u otra forma tratan de solucionarlo con programas educativos, programas sociales, programas de salud, con políticas de paternidad responsable, entre otros.

Existen infinidad de causas o motivos para tratar de entender el problema de la irresponsabilidad de los padres (se incluye en dicho concepto a las madres que no reconocen a sus hijos extramatrimoniales), por ejemplo : no son conscientes de su deber de declarar y reconocer a sus hijos, porque de manera errada piensan que no reconociendo a su hijo (a) no van a ser demandados por una probable pensión de alimentos ó quizá por el triste motivo de que al ser padres inmaduros y estar mal asesorados no quieren aceptar tal hecho perjudicando los derechos del menor a ser reconocido e identificado con los apellidos de sus padres, ¡qué peor castigo para un menor vivir toda una vida con los dos apellidos de la madre ó padre y que error de aquéllos callar tal hecho y no iniciar la acción legal pertinente para no privarle a su hijo de llevar los apellidos del otro progenitor!.

Ante tales hechos, el derecho puede resultar eficaz en su función reguladora y sancionadora de conductas, pero se requiere que la norma que expida el Congreso de la República sea adecuada, que insertada en el contexto social armonice con él y no quiebre el ordenamiento jurídico vulnerando derechos fundamentales; ello sucede con la Ley N° 28547 : Ley que regula la Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial, ya que si bien es cierto es una norma que tiene el mejor de los

finés y buenas intenciones, su articulado viola el derecho vigente y las normas constitucionales, en consecuencia, consideramos que la Ley N° 28547 es una norma ilegal e inconstitucional por afectar derechos fundamentales.

Analizando la ley en estudio no queda la menor duda que el legislador ha consagrado el proceso monitorio puro, pues los argumentos de la demanda no requieren ser acreditados de forma alguna. Así fluye nítidamente de lo establecido en los Artículos 1 y 2 de la ley referida. En efecto, dictado el auto que admite la demanda (resolución declaratoria de filiación) si no se opone el demandado, dicho auto se convierte en declaración judicial de paternidad constituyendo una resolución judicial con cosa Juzgada material. Si se opone, el demandado debe realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes y si no lo hace la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

En consecuencia, en este proceso especial, el dicho de la parte actora es suficiente para el amparo de su pretensión sin que haya necesidad de alguna de su corroboración con medio probatorio alguno. Esta opción del legislador nacional es absolutamente cuestionable porque afecta al menos dos derechos fundamentales como son el debido proceso y el de defensa, por lo que estaríamos ante una ley inconstitucional.

En ese sentido, el trabajo de investigación se encuentra estructurado, de la siguiente manera:

La introducción que explica la importancia de la investigación y algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; así mismo se incluyen la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y las variables que permitieron recolectar una serie de datos.

Luego se desarrolla el **marco teórico**, que comprendió el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justificaron el problema de investigación y por otro lado dar sustento y justificación al trabajo de investigación, enfocados en los fundamentos teóricos doctrinales. Asimismo, comprendió el desarrollo de la **metodología**, que involucro: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de investigación, empleándose los métodos y técnicas de la investigación cualitativa y dogmática jurídica.

En seguidamente, se presentan los **resultados**, por la naturaleza de la investigación relacionado a los aspectos doctrinales, normativos, las posiciones dogmáticas sobre el problema, los alcances y limitaciones de la regulación normativa; y, el tratamiento en el derecho comparado.

Luego se procedió a la **discusión**, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, los cuestionamientos a las bases teóricas, los problemas en la aplicación, los criterios y razonamientos jurídicos; la validez de las teóricas. Por último, se incluyen, finalmente las conclusiones al que se han arribado, las

recomendaciones del caso, y las referencias bibliográficas citadas y consultadas en el proceso de investigación.

1.1. Objetivos de investigación

Objetivo general

Determinar los fundamentos para justificar la inconstitucional la prueba de ADN como prueba legal en el marco de un proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial en el Perú.

Objetivos específicos

- a) Analizar la relación de los derechos fundamentales y la carga de la prueba en los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial.
- b) Explicar los derechos fundamentales que son vulnerados con la actuación de la prueba de ADN en el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial.
- c) Establecer los fundamentos jurídicos existen para poder plantear la inconstitucionalidad de la Ley N° 28547 y su modificatoria Ley N° 29715: Ley que regula la Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial.

1.2. Formulación de hipótesis¹

La prueba de ADN como prueba legal en el proceso de filiación extramatrimonial es inconstitucional, porque resulta vulnerando los derechos a la prueba como contenido del debido proceso y de manera conexas al derecho de defensa.

1.3. Variables

- **Variable Independiente (X):**

Proceso de filiación extramatrimonial:

La prueba de ADN

- **Variable Dependiente (Y):**

Inconstitucionalidad

¹ Las hipótesis en las investigaciones dogmáticas o teóricas son “opcionales”, y si se plantean son solo descriptivas, así mismo que no en todas las hipótesis descriptivas se formulan una estructura de variables, siendo simplemente enunciativas. ZELAYARAN DURAND, Mauro. *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2000, p. 239.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Efectuado la búsqueda de los antecedentes de investigación se han podido encontrar los siguientes trabajos:

Rosa Isabel Olórtegui Delgado (2010). “Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial”. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial. Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Unidad de postgrado. Expresando que a lo largo de este trabajo se intentó demostrar que la culpa dejó de ser el motor que ponía en funcionamiento los ámbitos contractual y extracontractual de la responsabilidad civil. La imputabilidad basada en la culpabilidad ve limitado su campo de aplicación por la existencia de factores objetivos, que prescindiendo de toda culpa, liga una causa a un resultado. Cuando hablamos de falta de reconocimiento del hijo por parte del padre no hay duda de que esta situación provoca en el niño un daño importante, tanto a nivel moral como material. Pero esto no es sólo responsabilidad de la parte masculina de la relación, también la madre puede tener actitudes que, a veces por egoísmo, a veces por venganza hacia una pareja que no funcionó, o por negligencia ante una relación sexual aislada, impide que su hijo goce de derechos que le son reconocidos no solamente en la Constitución Política del Estado sino también en tratados internacionales o incluso en el Código Civil. Aunque socialmente siempre sea más sancionado un padre que se ausenta de sus deberes como tal, no debemos perder de vista situaciones como las expuestas con respecto a la madre.

Víctor Efraín Flores Leiva (2012). “El proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial – Ley N° 28457- y su tratamiento jurisdiccional en el Distrito Judicial de Ancash, periodo 2005-2010”. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial. Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo” – Escuela de Postgrado. Concluyendo que: El Derecho de verdad biológica y tener la certeza de paternidad, implica contar con normas que privilegien el derecho del hijo a conocer su identidad en tal sentido que toda ley que atenta contra el derecho de identidad del menor atenta contra la norma constitucional. La determinación del nexum filii merece una justa solución, pero la Ley 28457, intimatoria de paternidad extramatrimonial, no es una ley de encaje, es una buena ley, pero que no representa una solución integral al problema. Esta ley —y todas en general— no ofrecen soluciones eficaces, sólo alternativas.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Los sistemas procesales

Si bien es evidente la distinción que existe entre los principios procesales dispositivo e inquisitivo, es importante tener en cuenta que ninguna norma o código desarrolla los alcances o características de cada uno de dichos principios y mucho menos establece las diferencias existentes entre ambos, pues ello responde más bien a un plano doctrinal o teórico².

² GIMENO GUZMÁN, Vicente. *Derecho Procesal Civil – El proceso de declaración parte general*. Madrid: Colex, 2007, p. 78.

En ese orden de ideas y, siguiendo a Blanco Gómez, diremos que la naturaleza dispositiva o inquisitiva de un proceso es consecuencia inmediata de los principios que lo informan. Así, la demanda, la disposición del objeto litigioso, la congruencia, entre otros, conforman el sistema dispositivo; mientras que la iniciación oficiosa, la indisponibilidad, etc., determinan el sistema inquisitivo³.

Al respecto, resulta conveniente analizar la naturaleza jurídica de estos sistemas, a efectos de comprender la aplicación práctica –en el desarrollo del proceso– de cada una de las instituciones o principios que a su vez los conforman. Nos interesa en este caso la institución de la prueba de oficio⁴.

a. El sistema dispositivo

Este sistema, también llamado por algún liberal o privatístico, tiene como principal característica, el hecho de que las partes tengan reservado el dominio del proceso. Así, corresponde a los litigantes de manera exclusiva el ejercicio de la acción y el planteamiento de la pretensión procesal, ellos serán quienes fijen la cuestión litigiosa y determinen los hechos que respaldan sus pretensiones procesales, ellos son los que presentan los medios probatorios que convienen a sus pretensiones, y tienen la exclusiva facultad de impugnar las decisiones judiciales. Mientras que el juez desempeña un papel esencialmente pasivo, pues solo espera el

³ BLANCO GÓMEZ, José Luis. *Sistema dispositivo y prueba de oficio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994, p. 36.

⁴ HERENCIA ORTEGA, Inés Gabriela. “Las pruebas de oficio frente al principio de preclusión en el proceso civil”. En: *Actualidad Jurídica*, T. 142, Lima, 2005.

momento de la sentencia para atribuir la victoria a quien hubiera acreditado mejor los fundamentos de su pretensión⁵.

Por ello, se afirma que en este sistema el proceso se reduce a una relación de Derecho Privado que solo interesa a las partes quienes se sirven del Estado para satisfacer su interés. En palabras de Blanco Gómez se trata del “primado indiscriminado de las partes en el proceso y el notorio retraimiento oficial”⁶, o bien el monopolio de las partes en la producción del material fáctico del proceso.

En ese orden de ideas, y siguiendo a Fabrega⁷ diremos que lo esencial en este sistema es que reconoce a las partes su potestad sobre el objeto del proceso, razón por la cual se encuentra regido por los siguientes principios:

- a. No hay proceso sin demanda privada (*nemo iudex sine actore*).
- b. Las partes estructuran el objeto del proceso.
- c. El demandante puede desistir de la pretensión o las partes pueden transigir el proceso, sin limitación ni restricción alguna, salvo que se trate de *ius cogens*.
- d. El juez ha de fallar sobre la pretensión ejercitada, sin poder sustituir una pretensión por otra no solicitada.
- e. El juez no puede decidir sobre una materia distinta a la controvertida.
- f. El juez no puede contrariar los hechos afirmados por las partes.

⁵ BLANCO GÓMEZ, ob. cit. p. 56.

⁶ *Ibidem*.

⁷ FABREGA PONCE, Jorge. *Actividad probatoria del juez*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, p. 132.

Ahora bien, de todo lo expuesto podemos decir que las partes no solo tienen el dominio del objeto litigioso, que por definición les corresponde, sino además llegan a manejar íntegramente el proceso hasta el punto de que su voluntad es imprescindible para todo. Así, Rodríguez Urraca refiriéndose a las partes señala “(...) únicos dueños de toda la actividad procesal y del contenido del proceso (...) sin tolerar (...) injerencias extrañas en la intimidad del debate”⁸.

Esta visión de las partes como dueñas absolutas del proceso es consecuencia de una concepción del proceso civil como negocio privado, de origen civilista y de interés exclusivo de los litigantes, noción que hoy en día se encuentra proscrita, no obstante, existen quienes aún la asumen como válida.

Ahora bien, cabe precisar que este sistema ha sido objeto de diversas críticas debido a que la desmesurada concentración de poderes en las partes y el aislamiento tan marcado del juez tienen que producir un aislamiento defectuoso del proceso y de paso permite las corruptelas, grandes y pequeñas, que implican un grave detrimento de la justicia.

b. El sistema inquisitivo

El sistema inquisitivo constituye básicamente un método de enjuiciamiento unilateral mediante el que la propia autoridad –actuando como pretendiente– se pone en el papel de investigador, de acusador y de juzgador⁹. En otras palabras, el

⁸ RODRÍGUEZ URRACA, José. *Autoridad del juez y principio dispositivo*. Valencia: Universidad de Carabobo, 1998, p. 95.

⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Debido proceso versus prueba de oficio*. Bogotá: Themis, 2004, p. 38.

juez no solo tiene poder sobre aspectos procesales, sino además sobre la pretensión en sí y sobre su ejercicio¹⁰.

De esta manera, puede decirse que las características o principios fundamentales de este sistema son los siguientes:

- a) El propio juez comienza, oficiosamente o por denuncia, las actuaciones del caso y se preocupa por hacer adelantar el juicio mediante el puntual ejercicio del impulso procesal.
- b) El mismo juez se encarga de investigar y buscar las pruebas que le pueden resultar aceptables para lograr el convencimiento de la rectitud de su acusación.
- c) El mismo juez –que primero investigó, luego imputó y después probó la imputación– es quien ahora juzga.
- d) El juez puede decretar prestaciones distintas a las solicitadas, siempre que se relacionen con el objeto del proceso.
- e) El juez puede rechazar acuerdos sobre la cuestión litigiosa, cuando estime que vulneran los derechos –aun los disponibles– de las partes.
- f) No interesa que el juicio sea escrito u oral, secreto o público. En rigor, el sistema pasa por el papel preponderante que el juez ejerce durante todo el proceso.

De lo indicado se desprende que para el sistema inquisitivo el proceso es un instrumento jurídico cuya finalidad es satisfacer los intereses sociales con

¹⁰ Ibid., p. 56.

prescindencia de los intereses de los particulares¹¹. Se busca mantener el orden público como prioridad. El proceso se encuentra bajo el dominio y control de los representantes del Estado dentro de él. Le corresponde al juez un papel activo y puede, como los demás órganos del Estado, promover de oficio la acción procesal.

c. Tendencia actual en el Derecho Procesal

Tanto el sistema dispositivo, como el inquisitivo son fundamentales para la regulación legal de la cuestión probatoria del proceso, ya sea esta civil o penal, y por lo tanto, para la conformación general del procedimiento, cuyo aspecto quizá más importante es el de las pruebas, ya que de ellas depende el buen éxito o el fracaso de aquel¹². Ahora bien, en cuanto a la evolución histórica de estos sistemas, no es posible determinar un avance uniforme, todo lo contrario, encontraremos que el mayor avance ha sido alcanzado por el proceso inquisitivo, pero con la salvedad de la libertad en la valoración de la prueba. Al respecto, cabe precisar que ya desde hace cuatro siglos atrás, nadie discute la conveniencia y más aún la necesidad de imponer el principio inquisitivo en materias penales; así como para los procesos laborales y tributarios.

Sin embargo, en cuanto al proceso civil, su implantación no ha sido nada fácil; no obstante, lo cual ya ha sido instituido entre los modernos códigos de Alemania, Italia, Austria, Rusia, Brasil, Argentina, México, Portugal, Francia, Colombia, y quedará consagrado en otros países próximamente.

¹¹ BLANCO GÓMEZ, José Luis. Ob. Cit. p. 36.

¹² DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. T. I. Bogotá: Temis, 2002, p. 71.

En otras palabras, los procesos civiles modernos (italiano, alemán, francés, austriaco, argentino, brasileño, mexicano, colombiano, ruso, etc.), son procesos inquisitivos, sin que por ello se les haya privado a las partes del derecho a aportar pruebas, e incluso, sin que deje de existir la carga de la prueba, desde el momento en que se corre el riesgo de su falta si el juez no las decreta oficiosamente, por desconocerla o por falta de iniciativa, como lo observan atinadamente muchos autores y sin eliminar la necesidad de la demanda y la congruencia de la sentencia.

De otro lado, cabe precisar que un importante sector de la doctrina habla hoy de procesos mixtos por las facultades para mejor proveer y otras iniciativas que se permiten al juez. Por ello, resultaría más oportuno hablar de modelos mixtos a efectos de señalar a aquellos ordenamientos procesales que actualmente son muy numerosos, en los cuales se prevén extensos poderes instructorios del juez, junto a la plena posibilidad que las partes tienen de deducir todas las pruebas admisibles y relevantes para la verificación de los hechos¹³. Entonces, la conclusión resulta más que evidente: el proceso civil totalmente dispositivo no existe ya¹⁴.

d. El sistema del Código Procesal Civil peruano

En cuanto a nuestro sistema procesal debemos señalar que este contiene los elementos de ambos grupos de sistemas. Es decir, se trata de un sistema mixto que ha recibido la influencia de ambas vertientes.

¹³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 402.

¹⁴ DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. Ob. Cit. p. 71.

Así, el Código Procesal Civil vigente ha consagrado en su artículo II del Título Preliminar el sistema publicista del proceso civil, cuando expresamente señala: “Artículo II.- Principios de Dirección e Impulso del Proceso.- La dirección del proceso está a cargo del juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código. El juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código”.

Al respecto, Juan Monroy Gálvez se ha expresado sobre este principio y ha señalado que su principal finalidad es la de limitar los excesos del sistema dispositivo, en el que el juez estaba únicamente destinado a protocolizar la actividad de las partes. A ello agrega que el principio de impulso procesal constituye una manifestación concreta del principio de dirección, todo ello sobre la base de una visión publicista del proceso¹⁵. En este mismo sentido, el artículo VI del Título señala: “Artículo VI.- Principio de Socialización del Proceso.- El juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica afecte el desarrollo o resultado del proceso”.

Este otro principio constituye también una expresión del sistema publicista, y tendría como principal objetivo el justificar la intervención del juez en la actividad probatoria ante las deficiencias de defensa, económicas o sociales, que en determinadas circunstancias imposibiliten obtener una solución conforme a derecho. Entonces, luego de analizados tanto el principio de dirección del proceso,

¹⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis, 1996, pp. 92-93.

así como el principio de socialización, resulta evidente que nuestro sistema se ha orientado hacia una tendencia publicista del proceso civil.

Ahora bien, todo lo señalado hasta este punto, no implica que se haya descuidado un principio fundamental, característico del sistema dispositivo, que es el de aportación de la parte. Dicho principio ha sido materializado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal y señala de manera expresa lo siguiente: “Artículo VII.- juez y derecho. - El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

Esto último, nos lleva a afirmar que, si bien nuestro Código Procesal Civil responde a una marcada tendencia publicista, esta última ha sido moderada y adecuada a las garantías del proceso. Ello, a fin de evitar las distorsiones y abusos propios de un sistema predominantemente inquisitivo. Así, resulta necesario, por ejemplo, reevaluar instituciones procesales como la prueba de oficio, a efectos de garantizar su adecuada aplicación en un sistema caracterizado por el respeto de las mencionadas garantías procesales.

2.2.2. Los fines del proceso: Búsqueda de la verdad formal o la verdad material

Al intentar determinar los fines del proceso, se puede hablar de dos claras direcciones o vertientes: la teoría objetivista, que considera al proceso en su esencia, y la teoría subjetiva que se refiere al sujeto en sus efectos prácticos. Para los

defensores de la primera, la misión del proceso estriba en la actuación de la ley. Para los defensores de la segunda, el proceso tiene como finalidad la protección de los derechos subjetivos¹⁶.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que el fin último del proceso y su motivo fundamental de existencia es la justicia y para ello resulta fundamental lograr el esclarecimiento de la verdad¹⁷.

En este orden de ideas, debemos hacer referencia a la discusión referente a si el proceso debe orientarse hacia la búsqueda de la verdad material o bien hacia la verdad formal. Me explico. Se debe tener en claro que resulta prácticamente imposible hablar de verdades absolutas, las cuales únicamente pertenecen al ámbito de la religión o la metafísica, por lo que las demás verdades no son sino relativas. En otras palabras, resulta una utopía buscar la “verdad material” por ser inasequible para el hombre, más aún, dicha búsqueda puede llevar a coartar libertades. Costo innecesario para un fin inalcanzable.

En ese marco, la verdad que se consiga en el proceso deberá ser relativa, es decir, dependiente del contexto procesal y de los datos probatorios sobre los que se basa. Sin embargo, esto último no implica que en el proceso no se pueda y más aún no se tenga que hablar de verdad, a mayor abundamiento, y conforme señala Taruffo¹⁸ la verdad constituye un necesario ideal regulativo que orienta la actividad probatoria y la comprobación de los hechos.

¹⁶ MIGUEL Y ROMERO, Mauro y Carlos DE MIGUEL ALONSO. *Derecho procesal práctico*. Barcelona: Bosch, 1967, p. 5.

¹⁷ *Ibíd.* p. 7.

¹⁸ TARUFFO, Michele. *Ob. Cit.* p. 58.

En esa línea, Luigi Ferrajoli, presentó la problemática de la “verdad” y de la misión de los jueces a la hora de sentenciar, que deriva necesariamente en la alternativa epistemológica entre cognoscitivismo o decisionismo, entre garantismo o autoritarismo. La solución –para el citado autor– se encuentra en que la verdad procesal está dada por la correspondencia entre el juicio del juzgador y los elementos de la causa, una verdad meta- jurídica es ajena al garantismo¹⁹.

Así, señala que las garantías procesales que circundan a la averiguación de la verdad procesal en el proceso cognoscitivo aseguran la obtención de una verdad mínima en orden a los presupuestos de la sanción, pero también garantizada, gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa mediante la refutación de la acusación²⁰.

Mientras que el proceso decisionista, y típicamente el inquisitivo, apunta en todo caso a la búsqueda de la verdad sustancial, que por eso se configura como verdad máxima, perseguida sin ningún límite normativo en cuanto a los medios de adquisición de las pruebas y al mismo tiempo no vinculada, sino discrecional, aunque solo fuera porque la indeterminación y el carácter valorativo de las hipótesis acusatorias reclaman más que pruebas, juicios de valor no refutables por la defensa²¹.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 540

²⁰ *Ibid.* p. 541.

²¹ *Ibid.* p. 542.

De todo lo expuesto, resulta completamente erróneo asumir a la “verdad absoluta o material” como el objetivo a alcanzar pues ello daría lugar a una actitud meramente voluntarista que tarde o temprano termina en actitudes autoritarias.

2.2.3. Carga de la prueba y los sistemas procesales

Nos explica el jurista GIUSEPPE CHIOVENDA: “La teoría de la carga de la prueba está íntimamente relacionado con la conservación del *principio de dispositivo* en el proceso [...] En un sistema que admitiese la investigación de oficio de la verdad de los hechos, la distribución de la carga de la prueba no tendría sentido [...]”²², además, el profesor JUAN MONTERO AROCA afirma: “La teoría de la carga de la prueba sólo se aplica cuando existe duda o incertidumbre de los hechos, es decir, cuando no se logró certeza respecto de los hechos controvertidos y relevante al caso por la actividad de las partes [...]”²³. No obstante ello, ha quedado claro que el Código Procesal Civil tiene un sistema mixto en materia probatoria, por tanto, por regla general es aplicable la carga de la prueba y en forma excepcional la prueba de oficio; en este mismo sentido, el jurista MICHELE TARUFFO sostiene que: “[...] En efecto es oportuno hablar de *modelos mixtos* para indicar aquellos ordenamientos procesales – que actualmente son numerosos– en los cuales se prevé más o menos extensos los poderes de instrucción del juez, en cuanto a la plena posibilidad que las partes tienen de aportar todas las pruebas admisibles y relevantes para la certeza de los hechos”²⁴.

²² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Vol. 3. México: Jurídica Universitaria, 2002, p. 90.

²³ MONTERO AROCA, Juan et al. *Derecho Jurisdiccional*. T. I. Barcelona: Tirant lo Blanch, 1994, p. 126.

²⁴ TARUFFO, Michele. *Ob. Cit.*, p. 412.

Pues bien, el artículo 196° del Código Procesal Civil, regula la carga de la prueba señalando: “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”; como se observa esta norma es la manifestación del sistema privatístico o dispositivo. De otro lado, el sistema publicístico o inquisitivo se encuentra desarrollado en el artículo 194° del Código Procesal Civil, que dice: “Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes [...]”, norma que además tiene concordancia con el artículo 51° inciso 2) del Código Procesal Civil²⁵.

En conclusión, la actividad probatoria no resulta una facultad exclusiva de las partes, sino, además, constituye una facultad o poder del juzgador. Al respecto, el profesor español Gimeno Sandra²⁶, comentando la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, donde el principio de aportación de parte es una regla, señala: “En este sentido, no compartimos la necesidad de la vigencia cuasi-absoluta del principio de aportación de parte en su vertiente probatoria en el proceso civil, por tratarse de un paso atrás en el camino, ya emprendido, hacia la Justicia civil social, que persigue un acercamiento de la verdad formal (hoy dominante en el proceso civil) a la material. Además, resulta contradictorio con la regulación dada al arbitraje (el otro gran sistema heterocompositivo de resolución de conflictos intersubjetivos), en el

²⁵ Art. 51.2 del CPC: “Los jueces están facultados para: (...) 2. Ordenar los actos procesales necesarios al establecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; (...)”.

²⁶ GIMENO GUZMÁN, Vicente. Ob. Cit., pp. 393-394.

que los árbitros pueden ordenar, por iniciativa propia, la práctica de medios de prueba “*que estimen pertinentes y útiles*” [...].”

Una posición contraria a las mencionadas es la desarrollada por el argentino GUSTAVO CALVINHO, seguidor del profesor ALVARADO VELLOSO²⁷, para quien al proceso desde el punto de vista constitución y respeto de los derechos fundamentales –posición garantista– tiene por finalidad resolver el conflicto de intereses a cargo de las partes, por tanto, el juez no debe intervenir en la actividad probatoria porque de lo contrario se rompería el principio de imparcialidad y quedaría contaminado de la prueba a favor de una parte; por ello, propone un sistema democrático donde el poder primariamente debe recaer sobre las partes, de lo contrario se desmoronaría el su igualdad y la imparcialidad del juez –reconocida por la constitución–, por eso, no acepta el ofrecimiento y producción de prueba de oficio ni el impulso de oficio, pues esa actividad la deben llevar a cabo solamente los litigantes –pero nunca la autoridad, quien en el desarrollo del proceso debe limitarse a conectar instancias y resolver los incidentes o incidencias procedimentales que se susciten.

Según estos autores no es problema del proceso la búsqueda de la verdad, sino la solución del conflicto de intereses, toda vez que la solución del problema de la verdad corresponde a la epistemología. Sobre esta línea, el jurista MICHELE TARUFFO²⁸ comenta: “el problema va a veces puesto en un contexto ideológico más o menos difuso que atiende específicamente a las ideologías de la función del

²⁷ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 36.

²⁸ TARUFFO, Michele. *Ob. Cit.*, pp. 431 y ss.

proceso civil y de la decisión que lo concluye”, según esta posición la función del proceso civil es exclusivamente resolver controversias poniendo fin a los conflictos entre individuos privados, por ello el juez debe tener una actitud pasiva en la producción de pruebas a cargo de las partes; la decisión es justa exclusivamente en cuanto haya seguido un proceso equilibrado y recto.

Éste autor agrega al respecto: “si la certeza de la verdad de los hechos no interesa, entonces no es necesario proveer al juez de poderes de instrucción autónomos para consentirle de acertarla cuando a este objetivo las iniciativas de las partes resultan insuficientes [...]”. No compartimos esta última posición desarrollada, toda vez que consideramos que buscar la verdad jurídica objetiva de los hechos constituye una manifestación del valor justicia, valor supremo de una sociedad. Conforme a lo expuesto, podemos mencionar que las tendencias modernas vienen enseñando que la actividad probatoria no sólo constituye una potestad exclusiva de las partes, sino además, constituye un poder deber del juez; un medio por el cual se busca obtener en el proceso la verdad jurídica objetiva y emitir una sentencia justa.

2.2.4. El derecho de defensa en el proceso

2.2.4.1. Marco normativo

El artículo 139°, inciso 14, de la Constitución Política del Perú de 1993, establece el principio de que toda persona no puede ser privada del derecho de defensa en ningún estado del proceso, esto incluye también el proceso por faltas.

El artículo 11°, inciso 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala que toda persona acusada de un delito se le asegure todas las garantías necesarias para su defensa.

El artículo 14°, inciso 3, numeral d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indica que toda persona tiene derecho a hallarse presente en un proceso, a defenderse y hacer asistida por un defensor de su elección, y si no tuviera defensor, el derecho que se le nombre un defensor de oficio.

El Artículo 8°, inciso 2, numeral d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece, que durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, al derecho del inculpado de ser asistido por un defensor de su elección o el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado. Asimismo, el artículo 8°, inciso 2, numeral f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala, el derecho que tiene la defensa de interrogar a los peritos sobre la pericia realizada.

2.2.4.2. El derecho de defensa

La Constitución en su artículo 139, inciso 14, reconoce el derecho de defensa; en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión²⁹.

²⁹ LANDA ARROYO, Cesar. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 285.

El derecho de defensa consiste en la obligación de ser oído, asistido por un abogado de la elección del acusado o demandado, o en su defecto a contar con uno de oficio. Este derecho comprende la oportunidad de alegar y probar procesalmente los derechos o intereses, sin que pueda permitirse la resolución judicial inaudita parte, salvo que se trate de una incomparecencia voluntaria, expresa o tácita, o por una negligencia que es imputable a la parte. La intervención del abogado no constituye una simple formalidad. Su ausencia en juicio implica una infracción grave que conlleva a la nulidad e ineficacia de los actos procesales actuados sin su presencia³⁰.

El derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionador. Este estado de indefensión no solo es evidente cuando, pese a atribuirse la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se pueden promover³¹.

El derecho de defensa implica a su vez varios derechos, tales como: que el acusado cuente con un abogado defensor, que este pueda comunicarse libremente con su defendido sin interferencia ni censura y en forma confidencial (pudiendo ser vigilado visualmente por un funcionario que no escuchara la conversación), que sea informado de las razones de la detención, que sea informado oportunamente de la

³⁰ MESIA, Carlos. *Exegesis del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 105.

³¹ STC 009-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio de 2004, fundamento 27.

naturaleza de la acusación iniciada en su contra, que tenga acceso al expediente, archivos y documentos o las diligencias del proceso, que se disponga del tiempo y medios necesarios para preparar la defensa, que cuente con un intérprete o traductor si el inculcado no conoce el idioma del Tribunal, entre otros. Un ejemplo de violación de este derecho fue visto por la Corte Interamericana en el caso Suarez Rosero³².

El Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia STC 06648-2006-HC/TC, fundamento 4, que la Constitución en su artículo 139 inciso 14 reconoce el derecho a la defensa; en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal laboral, etc.) no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.

El derecho de defensa es esencial en todo ordenamiento jurídico. Mediante él se protege una parte medular del debido proceso. Las partes en juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. El derecho de defensa garantiza que ello sea así³³.

³² NOVAK, Fabián y Sandra NAMIHAS. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Academia de la Magistratura, 2004, pp. 246-247.

³³ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: Constitución y Sociedad, 1997, p. 656.

Muy ligado con el ejercicio pleno del derecho de defensa, está el acto procesal de notificación de las distintas resoluciones judiciales. Solo conociendo los fundamentos y sentido de una resolución se podrá realizar una adecuada defensa. El derecho de defensa tiene vigencia plena a lo largo de todo el proceso, tal derecho de defensa se proyecta a todas las etapas y articulaciones que pudiera comprender el proceso, como el uso de los recursos impugnativos³⁴.

El derecho a la defensa contradictoria, comprende el derecho de intervenir en el proceso aunque se vea afectada la situación de la persona, y que integra el derecho a hacer alegaciones, presidido por el principio de igualdad de las partes, y que tiene relación directa con el derecho a usar los medios de prueba que resulten pertinentes³⁵.

2.2.4.3. Contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa

La garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales, se puede formular de modo general, que todo derecho constitucional o fundamental cuenta con un contenido jurídico constitucional, el cual es jurídicamente determinable y exigible al poder político y a los particulares, y el Tribunal Constitucional peruano siguiendo los criterios hermenéuticos del Tribunal Constitucional Español, el mismo que encuentra su formulación y asentimiento en el ordenamiento

³⁴ CASTILLO CORDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. T. I. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 185.

³⁵ CARRUITERO LECCA, Francisco y GUTIERREZ CANALES, Mario. *Estudio doctrinario y jurisprudencial a las disposiciones generales de los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237*. Lima: Studio Editores, 2006, pp. 205-206.

constitucional alemán, ha determinado el contenido constitucional protegido de algunos derechos constitucionales³⁶.

Existen dos caminos, seguido por el Tribunal Constitucional Español en su sentencia STC 11/1981; por un lado, trata de acudir a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho, constituyendo el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesaria para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así; y el otro, consiste en buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y medula de los derechos subjetivos, Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos³⁷.

El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: Un material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del

³⁶ CASTILLO CORDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra editores, 2007, pp. 220-221.

³⁷ *Ibíd.*

derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho de no ser postrado a un estado de indefensión³⁸.

El principio del derecho a ser oído, elevado al rango de derecho fundamental en el artículo 103, de la ley Fundamental, es una consecuencia del concepto del estado de Derecho para el territorio donde se desarrolla el proceso judicial. La función de los tribunales, de dictar en derecho una sentencia definitiva en un caso concreto, no se puede llevar a cabo por regla general sin oír al inculcado. Esto es por consiguiente presupuesto para una decisión correcta. Adicionalmente, la dignidad de la persona exige que no se disponga de su derecho, de oficio, sin consideración alguna; la persona no debe ser solo objeto de la decisión judicial, sino que debe poder pronunciarse antes de una decisión que afecte sus derechos, para poder influir en el proceso³⁹.

El derecho de defensa permite la intervención del abogado a favor del imputado, y cuyos servicios también se prestan para aquellos que han sido citados en calidad de testigos, recibiendo estos, el asesoramiento legal pertinente, garantizándose así en todas las diligencias policiales y procesales⁴⁰.

La interdicción constitucional de la indefensión se proyecta sobre todo el proceso y especialmente sobre su fase central o nuclear: La de la defensa, por las partes, de sus respectivas posiciones a través de los medios que considere conveniente a su derecho. De esta suerte se produce una indefensión

³⁸ STC 6260-2005-HC/TC, del 12 de setiembre de 2005, fundamento 3.

³⁹ SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, p. 393.

⁴⁰ CHANAME ORBE, Raúl. *Comentarios de la Constitución Política*. Lima: Jurista editores, 2005.

constitucionalmente vetada, cuando, por un motivo legalmente no previsto o, aun cuando este legalmente previsto, sea irrazonable o desproporcionado, se prive a las partes de la posibilidad de hacer valer sus derechos o se situó a una de ellas en posición prevalente sobre la contraria⁴¹.

2.2.5. Control de constitucional: Los sistemas de control de la constitucionalidad.

Tradicionalmente puede vislumbrarse en la teoría constitucional la existencia de diversos modelos de control de constitucionalidad, los cuales revisten una naturaleza particular, identificada sobre la base de elementos característicos propios. Entre los que pueden perfilarse y distinguirse nítidamente los aspectos particulares determinantes de la naturaleza de los sistemas difusos y concentrados de control de constitucionalidad, así como de las magistraturas respectivas⁴².

Asimismo, los medios de control constitucional pueden ser clasificados desde los siguientes puntos de vista:

- (a) Según la naturaleza del órgano encargado del control constitucional.
- (b) Conforme al número de órganos que lo ejercen.
- (c) Por la orientación de la interpretación constitucional que requieren.

Sin embargo, la distinción más usual es entre el control concentrado y el control difuso. Al respecto, se califica como control concentrado de la

⁴¹ LOPEZ GUERRA, Luis et al. *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional*. Vol. I. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, p. 324.

⁴² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 17-29; SAGÜES, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2001, pp. 41-72.

constitucionalidad de las normas a aquel que se reserva a un solo órgano -sea éste el Tribunal Supremo de Justicia, sea una Sala Constitucional del mismo, sea un Tribunal Constitucional autónomo- con exclusión de los demás tribunales. En cambio, se denomina sistema de control difuso de la constitucionalidad de las normas a aquel en que cualquier tribunal puede declarar la inaplicabilidad de un precepto legal o de inferior jerarquía, que sea contrario a la Constitución, en el caso particular del cual conoce⁴³.

Cuando la sentencia que dicta el órgano de control invalida o deroga la norma inconstitucional, se habla de control abstracto, que tiene efectos generales o *erga omnes*. Cuando la misma sentencia sólo deja sin aplicación el precepto legal en el caso de que se trate, se habla de control concreto de constitucionalidad, que tiene efecto particular o *inter partes*, quedando vigente la ley inaplicada.

En efecto, para entender la aplicación del control difuso vamos a partir de la definición que de la citada institución señaló Mauro Cappelletti, esto es, que el control difuso es un poder-deber de todos los jueces de desaplicar normas inconstitucionales que en principio son aplicables a casos concretos que les corresponde conocer y decidir, y aplicar preferentemente la Constitución⁴⁴. Definición que ha sido empleada, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional de

⁴³ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. “El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 08, N° 01, 2002, p. 389.

⁴⁴ CAPPELLETI, Mauro. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado*. México: Porrúa, 2007, p. 39.

Perú⁴⁵, o bien por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela⁴⁶.

Ahora bien, la protección constitucional en Perú se ha estructurado a través de los artículos 44° (protección de los derechos humanos), 138° (funciones del Poder Judicial) y 51° (principio de primacía constitucional) de la Constitución vigente de 1993.

Si bien, el citado artículo constitucional 138° prescribe que los jueces preferirán aplicar las disposiciones de la ley fundamental, no obstante lo establecido en las leyes ordinarias, el control difuso de la constitucionalidad no ha tenido una efectividad práctica en el sistema peruano, ya que al existir procesos especiales para combatir los actos inconformes con las prescripciones de la Constitución, los tribunales han estimado que dichos procesos son la vía que corresponde al estudio de toda cuestión de inconstitucionalidad⁴⁷.

Como se aprecia, el tema en cuestión es si el principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 51° constitucional faculta a todo juez a aplicar el control difuso. Al respecto, García de Enterría señala que el citado principio: "es la gigantesca aportación del constitucionalismo norteamericano a la historia universal del derecho, el cual denota que la *lex superior* asienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir

⁴⁵ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 0030-2005-PI/TC, de 2 de febrero de 2006. Expediente 2502-2005-PHC/TC, de 17 de mayo de 2005. Expediente 2730-2006-PA/TC, de 21 de julio de 2006.

⁴⁶ HARO GARCÍA, José Vicente. "El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión". En: *Revista Provincia*, N° 14, 2005, pp. 283-285.

⁴⁷ SÁNCHEZ GIL, Rubén. "El control difuso de la constitucionalidad en México". En: *Revista Cuestiones Constitucionales*, N° 11, 2004, p. 200.

cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema"⁴⁸.

En esa inteligencia, una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios⁴⁹.

Igualmente, se ha pretendido justificar el control difuso en el Perú a partir de una interpretación teleológica del artículo 138° constitucional, cuya disposición respecto al control constitucional encargado por el Constituyente a los jueces ordinarios, tiene el mismo nivel jerárquico que aquellas en las cuales se establecen los distintos medios de control constitucional a cargo del Poder Judicial⁵⁰.

En forma similar, pero a través del control de convencionalidad, Ferrer MacGregor pretende justificar la posibilidad de aplicar control difuso de la constitucionalidad de las normas, de la siguiente forma: "Como puede advertirse de la última parte de esta norma constitucional (artículo 133°), los jueces locales aplicarán la 'Ley Suprema de toda la Unión' (donde se encuentran los tratados internacionales) cuando exista incompatibilidad con alguna otra norma que no integre dicha 'Ley Suprema'; lo que implica que los jueces del fuero local deben, incluso, desaplicar la norma incompatible con ese "bloque de constitucionalidad.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, p. 123.

⁴⁹ HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John. *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 332.

⁵⁰ SÁNCHEZ GIL, Rubén. Ob. Cit., p. 225.

En otras palabras, es el propio texto constitucional el que otorga facultades a los jueces del fuero común para ejercer el 'control difuso de constitucionalidad'⁵¹.

En ese sentido, la lógica del argumento de Eduardo Ferrer descansa en dos premisas: a) si el juez puede analizar la compatibilidad de una norma interna con los tratados internacionales, entonces, por mayoría de razón, podrá efectuar dicho examen entre la norma y la Constitución, y b) las obligaciones internacionales, interpretadas por la Corte Interamericana, no invalida el control difuso de la constitucionalidad, sino que establece su coexistencia con el control difuso de la convencionalidad.

Sin embargo, es factible que los contrarios al reconocimiento del control difuso de la constitucionalidad en el Perú señalen que no necesariamente el reconocimiento del control difuso de la convencionalidad de las normas implica el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, máxime si, se ha establecido que el test de convencionalidad se relaciona al examen de compatibilidad de las normas con la Convención Americana y el denominado bloque de convencionalidad en materia de derechos humanos. Es decir, puede ser que el operador jurídico se encuentre con una norma secundaria que vaya en contra de la parte orgánica de la Constitución (ejemplo, al atribuirse a un órgano una atribución que la Carta Magna, en exclusivo, ha delegado a otro), y ello no significa que el juez, invocando el control de convencionalidad (referida a derechos humanos), inaplique la citada norma secundaria.

⁵¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 131, 2011, p. 953.

En esa inteligencia, el propio Ferrer ha establecido que en un país, no necesariamente, pueden coexistir el control difuso de la constitucional con el control difuso de la convencionalidad: "En cambio, el grado de intensidad del 'control difuso de convencionalidad' disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el 'control difuso de constitucionalidad' y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. En estos casos, es evidente que los jueces que carecen de tal competencia ejercerán el 'control difuso de convencionalidad' con menor intensidad, sin que ello signifique que no puedan realizarlo en el marco de sus respectivas competencias"⁵².

Por tanto, la convencionalidad no necesariamente implica un reconocimiento tácito a la constitucionalidad, sino que, se requiere de un pronunciamiento expreso por parte del máximo intérprete de la Constitución para la coexistencia de ambos sistemas de control.

En cambio, en un sistema donde se le reconoce, expresamente, a sus operadores jurídicos el control difuso de la constitucionalidad de las normas, ergo no habría inconveniente para un reconocimiento tácito del control de la convencionalidad de las normas, dado que, la Constitución exige la compatibilidad de las normas secundarias con la Ley Suprema y los tratados internacionales, así como, por los compromisos internacionales que se hayan asumido.

En esa línea, al quedar como jurisprudencias históricas aquellas referentes al control concentrado de la constitucionalidad de las normas, permite hablar que el

⁵² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Ob. Cit., pp. 936-937.

Perú se ha configurado un sistema de control dual o paralelo⁵³ de control de constitucionalidad, dado que, por un lado, se cuenta con Tribunal Constitucional y, por otro lado, el reconocimiento que todos los jueces tienen la potestad de control difuso.

2.2.6. La filiación extramatrimonial. -

2.2.6.1. Del proceso de filiación. -

La determinación de la paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación. Se presenta, entonces, como la constatación jurídica de la paternidad biológica lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público⁵⁴.

Los procesos de filiación han merecido criterios variados en cuanto a su trámite y contenido, sea consagrando legislativamente las pruebas genéticas o, en su caso, dejando al arbitrio del juez los resultados. Como era de esperarse, la pericia de paternidad ganó terreno, sus resultados marcaron una pauta precisa, indispensable, siendo la valoración del juez referencial al momento de emitir sentencia.

La moderna doctrina especializada considera que “el juicio de filiación hoy en día es netamente pericial”⁵⁵ en virtud de que los lazos biológicos familiares que

⁵³ GARCIA BELAUNDE, Domingo. *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*. Lima: Idemsa, 2009, p. 251.

⁵⁴ VERDERA SERVER, Rafael. *Determinación y acreditación de la filiación*. Barcelona: Bosch, 1993, p. 16.

⁵⁵ MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. T. III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001, p. 124.

lo sustentan son irrefutables. Merece un estudio serio y pormenorizado, en el que no pueden faltar los *test* biológicos de rigor. Como señalamos anteriormente, el sector tradicional sostiene que “es dable aclarar que éste no es un juicio de peritos, sino una acción que el juez resolverá según las reglas de la sana crítica; valiéndose de esos peritajes como auxiliares de su labor.

De lo contrario, sería más fácil, más rápido y económico dejar que los peritos dicten sentencias de filiación”⁵⁶. Dos criterios marcados, el primero no con la contundencia del caso, pero sí en el fondo, asumido por la ley peruana en materia de paternidad extramatrimonial.

Siguiendo esta posición, la norma nos ofrece, justamente, un proceso sustentado en los resultados periciales cuya fuerza, contundencia y exactitud generan una convicción plena en el juzgador. La jurisprudencia comparada reconoce, citamos una colombiana, que “Cuando el dictamen pericial aparece fundado en principios científicos y técnicos inobjetables y no existe otra prueba que la desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de este tipo de mayor valor aceptar las conclusiones de aquella”⁵⁷. Siguiendo este razonamiento, el proceso propuesto es ágil, moderno, *sui géneris* creado para dar solución al problema social de la paternidad extramatrimonial, dejando para otros casos los juicios comunes, ventilados en procesos de conocimiento.

⁵⁶ DI LELLA, Pedro. *Paternidad y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Depalma, 1977, pp. 46 y ss.

⁵⁷ BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. Bogotá: Editora Gustavo Ibáñez, 1996, p. 204.

Las características que presenta este proceso marcan la pauta de especialidad de cómo se enfrentará el problema social de la paternidad no reconocida.

Este proceso es producto peruano. Es una creación del sistema, con algunas referencias en el derecho comparado, en específico del proceso monitorio, que si bien trata de aspectos patrimoniales la fuerza del compromiso entre las partes conlleva que sea resuelto judicialmente (detalles más adelante). Se llega a crear *aliquid novum*, algo verdaderamente nuevo y original en materia procesal en defensa de uno de los derechos sustantivos más humanos que existen. Es un proceso especial *ex code*, no tratado en el Código procesal civil⁵⁸. Ninguno de los procesos del Código cumplía con satisfacer adecuadamente la pretensión de paternidad y la fuerza probatoria del ADN.

Este vacío legal fue subsanado mediante la promulgación de la Ley analizada. Es decir, el legislador optó, preferentemente, por dictar una ley en vez de modificar el Código procesal civil, produciéndose el denominado fenómeno de la *descodificación*. Esta situación no es mala política legislativa, por el contrario, se trata de leyes concebidas al margen del Código procesal y del civil que cuentan con la misma sistemática, buscando complementar eficazmente sus deficiencias y vacíos.

⁵⁸ El Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el 21 de junio de 2005, acordó por unanimidad: PRIMERO.- En tanto la Ley 28457 crea una forma especial de solicitar la filiación de paternidad extramatrimonial, debe cumplirse con la misma y en efecto tramitarse la filiación extramatrimonial, en este proceso especial, dado que el proceso que se ha diseñado por la ley 28457 que modifica el artículo 402 del CC, es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Procesal Civil (...).

El fundamento de este proceso de paternidad justifica su diseño procedimental especial, economizando al máximo la labor de las partes, dejando a la ciencia sustentar las pretensiones.

2.2.6.2. Características

El proceso, como queda expresado, es especial, sui géneris. Su singularidad está representada en un conjunto de características que lo connotan, otorgándole un nivel diferenciador de los demás procesos. Entre las características del nuevo proceso de paternidad extramatrimonial tenemos:

a. Juez competente

Es competente para conocer los procesos de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial el juez de paz letrado. La propuesta se sustentó en que no existiendo mayor complejidad en la probanza en el nuevo proceso, sino únicamente fallar en base al resultado genético, la actividad del juez es mínima por lo que se consideró que esta labor podía ser realizada por el juez de paz letrado. Un proceso de mero trámite no requiere ser visto por un juez especializado.

Además, la competencia de paz es más accesible a los justiciables, tanto por razones geográficas como sociales e ideológicas. La filiación es un tema tan de la vida que este juez es el más idóneo para conocerlo. A través de este proceso y de su canalización en esta competencia se busca una cultura de paz en la medida que se trata de prevenir conflictos personales y sociales, todos en general, desde sus

orígenes⁵⁹. Finalmente, se logra descargar la labor de los jueces especializados en familia.

Como siempre, con su agudo y sustancioso análisis, la procesalista Ariano Deho alude que “Es muy probable que se le haya atribuido la competencia al juez de paz letrado por el noble argumento ‘facilitar el acceso’ y el, no tan noble, de ‘evitar la casación’, es decir, para que el asunto muera en línea de tendencia ante el propio juez de paz letrado o, a lo más, ante el juez de familia (artículo 5) sin perturbar ni un poco con estas cuestiones ni a las Salas de la Corte Superior ni, por cierto, a las Salas de la Corte Suprema. *Ergo*, por implícito, el legislador descarta que este tema pueda dar lugar a problemas de ‘nomofilaquia’ que precise de la intervención de la Corte Suprema. Lo que es todo decir”⁶⁰.

La verdad, tiene razón, y en este caso bastan las palabras de la citada. La filiación como tal y con las pruebas aportadas por la ciencia pueden ser tratadas perfectamente por el juez de paz, además requieren de un proceso ágil y rápido.

b. Titular de la acción

La regla general que contempla el Código civil es que las acciones de paternidad son personales. El artículo 407 establece que la acción judicial de paternidad extramatrimonial corresponde “solo” al hijo. Es éste quien tiene la legitimidad para obrar pudiendo la madre actuar en su representación si el hijo fuera

⁵⁹ GUERRA CERRÓN, María Elena. *Hacia una justicia de paz. Un asunto de interés nacional*. Lima: Grijley, 2005, pp. 91 y ss.

⁶⁰ ARIANO DEHO, Eugenia. “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”. En: *Actualidad Jurídica*, T. 134, Lima, 2005, p. 65.

menor de edad. La nueva ley permite a “quien tenga legítimo interés” poder accionar en paternidad a favor de un tercero.

Este es un cambio importante en el que se toma en cuenta el interés moral o familiar (art. VI del Título preliminar del Código civil) para iniciar la acción. Puede aludirse que esto implica una intromisión en la intimidad de la persona al decidir en su nombre, y por ella, investigar su esencia filial pero, tratándose de una acción iniciada en defensa de los intereses del menor puede ser justificable, amparable en el sentido de que sus efectos repercutirán tanto en el aspecto personal y colectivo.

c. De los lineamientos del proceso

El proceso aprobado está estructurado en base a los siguientes lineamientos:

- **Modernidad.** Como hemos indicado, se trata de un proceso actualizado de acuerdo a la efectividad de los avances biocientíficos. Su justificación radica en el hecho de que tomando en cuenta el grado de certeza del ADN⁶¹ debiera existir un proceso que utilice y reconozca dicho resultado de manera directa y primaria (no en segundo plano), creando un trámite judicial especial, de por sí innovador.

- **Proceso sui generis.** Algunos refieren que se trata de un proceso *especialísimo*⁶², otros de un proceso *monitorio*⁶³ en el entendido que funciona, más que a manera de advertencia, de exigencia en la declaración de paternidad. La

⁶¹ El carácter científico, el grado de efectividad y certeza de la prueba de ADN es reconocida en la jurisprudencia nacional desde hace un buen tiempo: Exp. 316-88, Lima, Exp. 3114-96, Lima, Exp. 542-97, Lima, solo por citar 3 casos, pero, ojo, no necesariamente los más remotos.

⁶² SUÁREZ VARGAS, Luis (2005). “El ‘especialísimo’ proceso de filiación”, en: Jurídica, Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano, Año 2, No. 33, Lima, p. 3.

⁶³ MARTEL CHANG, Rolando. “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro”. En: *Actualidad Jurídica*, T. 138, Lima, 2005, p. 70.

realidad es que este proceso cambia todas las reglas de investigación filial presentando un modelo ejecutivo⁶⁴ de averiguación del estado (decimos *ejecutivo* en un sentido netamente académico dado que no podemos equivalerlo⁶⁵).

- ***Proceso basado en la efectividad del ADN.*** Este proceso se fundamenta, es decir, tiene su *ratio essendi*, en la fuerza y contundencia de los resultados genéticos que pueden obtenerse del ADN (99.99 % de efectividad), desbaratando los axiomas jurídicos que con el devenir de los años colmaron los expedientes (páginas, folios, fojas de defensas y contradefensas) truncando la vida de tantas personas que, sin padre ni gloria, vieron disminuidos sus derechos de entroncamiento familiar.

Esta tendencia es adoptada en la jurisprudencia comparada que plantea el carácter imprescindible de la prueba genética en los procesos de filiación. Conforme lo sostiene el criterio judicial brasileño, debe tomarse en cuenta que la identificación genética por ADN es un valiosísimo recurso para una administración de justicia, rápida y justa, que posibilita una considerable economía de tiempo y dinero.

- ***Acceso a la justicia.*** Este proceso estimula la canalización de acciones de filiación tomando en cuenta la realidad existente sustentada en trámites judiciales farragosos que desalientan a los litigantes y sus pretensiones de tanta trascendencia. El acceso a la justicia es un derecho fundamental de todo ciudadano y un deber del

⁶⁴ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. *Manual de Derecho procesal civil*. Lima: Editorial Grijley, 2004, p. 402.

⁶⁵ “CUARTO. - Este proceso no se equipara a un proceso ejecutivo, ni a ningún proceso de los previstos en el Código Procesal Civil, por su naturaleza especial”. Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005.

Estado. Es el componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva con el que lograremos sociedades más justas y democráticas.

Como se indica en su noción, “el acceso a la justicia requiere necesariamente mirar más allá de los tribunales”⁶⁶, no basta que la ley sea efectiva, es necesario contar con un proceso eficiente que cumpla los objetivos de las normas lo que logra, al menos, facilitar bastante esta nueva ley. La ley y el proceso aprobado tratan de una acción de inquisición de paternidad, como la llaman en Venezuela⁶⁷, tomando en consideración lo delicado de su probanza, la exigencia en su determinación.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, (el término “inquisición” significa indagar, averiguar o examinar cuidadosamente algo, *Diccionario de lengua española*, 22ª edición). Asimismo, de una acción intimatoria de paternidad, denominación que preferimos asumir. (Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, el término “intimar” significa Requerir, exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad o fuerza para obligar a hacerlo, *Diccionario de lengua española*, 22ª edición).

d. Sistema abierto

Todas las características detalladas nos llevan a sostener que el sistema de investigación de la paternidad extramatrimonial asumido es uno de tipo abierto. No sólo porque es flexible y admite todo tipo de pruebas, sino porque,

⁶⁶ FERRANDINO, Álvaro. “Acceso a la justicia”. En: PASARA, Luis. *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. Lima: Consorcio de Justicia Viva, 2004, p. 379.

⁶⁷ VELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de derecho de familia*. Caracas: Vadell Hermanos, 2002, p. 389.

fundamentalmente, el aspecto biológico es el que marca el norte. Se facilita la indagación, se reconoce la libertad en la averiguación del nexo parental, sin restricciones. Descartadas las posiciones basadas en los desaires, ofensas y escándalos que con este accionar puedan producirse⁶⁸. Todo al más puro estilo minimalista, *menos es más* ¡Qué duda cabe! Es una reacción frente al subjetivismo y emocionalismo que cede paso a la inmediatez.

Marca la importancia por el fondo, no por la forma. La precisión es su carta de garantía. Queda atrás la apariencia, incertidumbre, frente a la seguridad. Se reduce al máximo, se condensa, la relación paterno filial con el único objetivo: alcanzar la realidad. Adiós los barrocos juicios de paternidad. Por lo pronto, tenemos un nuevo estatuto filiativo en materia de paternidad extramarital sustentado en el derecho a la identidad, en el interés superior del niño y en una sociedad con valores claros, que empiezan donde se inicia toda relación humana, en el seno de la familia con el sólido compromiso de los padres (El que es bueno en familia, es también buen ciudadano, Sófocles).

La falta de reconocimiento, negar el legítimo derecho de un niño a tener un padre es una forma de violencia familiar. ¡Qué duro debe ser sentirse negado por su padre!, Es cuestión de vivirlo, ¿verdad?, de sentirlo para saber en el fondo de qué se trata. “HUMANA cosa es tener compasión de los afligidos, y aunque a todos conviene sentirla, más propio es que la sientan aquellos que ya han tenido menester de consuelo y lo han encontrado en otros: entre los cuales, si hubo alguien de él

⁶⁸ PALMERO, Juan Carlos. *Vélez Sárfield y el derecho Latinoamérica*. T. I. Córdoba: Academia Nacional de Córdoba, 2000, pp. 245-246.

necesitado o le fue querido o ya de él recibió el contenido, me cuento yo”. (Sólido inicio del *Decamerón*, BOCCACCIO, Giovanni. *Vid.* Proemio).

El fin del proceso se consigue, como manifestamos antes, con una cultura de paz que rechaza la violencia, esta violencia familiar que pasa desapercibida. Algunos siguen pensando a su estilo clásico, por decir, y tienen derecho a hacerlo y a todos beneficia, si no tendríamos con quien debatir.

Uno de ellos es Plácido quien afirma que el sistema del Código civil, a pesar de todo, sigue siendo taxativo; es más, alega que esta nueva ley no ha variado el régimen restringido⁶⁹ por lo que no procederían otros casos de aquellos no contemplados en la ley. Concluye que esta última causal [SIC.], sustentada en la prueba de ADN, es posible que no sea aplicable a esos *otros casos* comprobándose que "la previsión del legislador es siempre más pobre que la realidad"⁷⁰.

Consideramos que no es así, por nuestros argumentos anteriores que dé más está repetirlos por más deseos que tengamos. Dos cosas solo como recordaris. En primer lugar, la prueba de ADN no es una causal, es un medio efectivo para esclarecer la filiación. No hay en ella nada que probar, sirve para la demostración de lo alegado. Segundo, la jurisprudencia desde 1992, viene orientándose sobre el criterio abierto para el establecimiento de la paternidad, admitiéndose esos otros casos.

⁶⁹ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “La pretensión de alimentos del hijo extramatrimonial cuya paternidad no está determinada”. En: *Actualidad Jurídica*, T. 139, Lima, 2005, p. 44.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 48.

e. Únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial⁷¹

La indefinición de la paternidad, la naturaleza de la mujer de ser “madre”, de haber parido y criado a la descendencia, hecho que no sucede con el hombre -- aparte del machismo--, los largos senderos, trochas incluidas, para discutir el parentesco en fríos y estancos estrados judiciales fueron cuestiones adicionales que acompañaron la poca fortuna de los procesos filiales.

El tiempo, con su transcurso inmisericorde, generó la agudización del problema. Los perjudicados directos: el hijo y la madre. El primero sin una identidad definida, la segunda cargando toda la responsabilidad de formar una persona, un ciudadano. Las leyes en este tema no se adecuaron a la realidad. La mujer y su descendencia, que dicho sea de paso no sólo es de ella, sino de aquel que colaboró en el engendramiento, merecen todo el respeto y acción de la ley.

El denominado, mal que bien, culto a la mujer que implica rendirle un homenaje por su esencia, atributos, abnegada labor, en fin, por su ser, podemos verlo representado en esta ley. No está en discusión, qué duda cabe, la legalidad de las relaciones sexuales, éstas escapan al contenido normativo.

El sexo es una expresión humana, la más pura y natural en la que hombre y mujer se entregan, se hacen uno, él de ella (Marte rendido a los pies de Venus), ella de él (el escudo blandido por la filuda espada). Sexo y procreación, sexo y

⁷¹ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre. (O novo procedimento de reconhecimento de paternidade no Perú)”, Lima, 2005. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/.../El+nuevo+proceso+de+filiación.pdf?>

fornicación. Sexo como carne (apetito), sexo como espíritu (enaltecedor del ser). Por allí encontramos algunas diferencias o respuestas a muchas interrogantes. Hombre y mujer, la pareja, deben encontrarse y hallar finalmente sus destinos.

No depende de uno, ni de otro, depende de ellos, cada quien con su propia responsabilidad natural. “La próxima vez que estén con una mujer, busquen dentro de su corazón y pregúntense si son capaces de ver el sexo como algo místico, espiritual.

El proceso aprobado sólo puede ser utilizado para la paternidad extramatrimonial. No es aplicable a otro tipo de acciones filiales. Se sustenta en la mayor carga procesal. Son más los casos que tratan de responder la pregunta ¿Quién es mi padre? Pocas veces se busca encontrar una respuesta judicial a la interrogante ¿Quién es mi madre? En otras palabras, la materia procesal en este aspecto es reducida, por no decir inexistente, pero no por ello menos importante.

Aunque puede presentarse ambos casos, sin padre, sin madre (Cuando preguntó cuál de los curas era su papá, recibió un bofetón por insolente... Creo que en realidad nada sabía de sus progenitores. *Eva Luna*, Isabel Allende) situación de los expósitos, abandonados, hospicianos, recogidos y albergados en inclusas. Sin familia, no hay pobreza mayor.

La cantidad de procesos no es un lógico sostén. Al contrario, la ley distingue absurdamente la misma pretensión genérica canalizándola en un procedimiento distinto. Es como si teniendo que alimentar, por decir, a dos palomas lo hiciéramos solo con una, puesto que la otra, entendemos, puede conseguir su propio sustento.

Dos sistemas procesales, de diverso género y trámite, uno para el padre y otro para la madre. No cabe justificación. Implica un trato dispar, diferencial, entre la determinación de la paternidad y la maternidad.

Resulta discriminatoria en cuanto no permite el mismo tratamiento para quien pretenda reclamar la declaración de maternidad. En esta línea de pensamiento, atenta contra el derecho al acceso a la justicia, pues uno de los niveles de este derecho es que todas las personas puedan acceder a la justicia en igualdad de condiciones, sin distinciones de ningún tipo. Diferencias aparte el tratamiento de la justicia amerita un trato paritario.

Aunque más sencillo sea el esclarecimiento de la maternidad, por el parto y porque no existen presunciones que alegar ni probar, no se le da preferencia -como debiera ser- dejándola a expensas de un largo y trajinado proceso de conocimiento. Lo más razonable es que la ley hubiera incluido todas las acciones de filiación extramatrimonial sin distingos, aprovechando que la indefinición del parentesco y no habiendo matrimonio de por medio, pueden ser salvadas por las pruebas genéticas.

Al respecto se vienen planteando dos posiciones:

- No se puede aplicar por analogía a los procedimientos de declaración de maternidad extramatrimonial dado que las normas procesales son de orden público
- En base al interés superior del niño puede demandarse a través del nuevo proceso.

En la práctica se encuentra una limitación adicional. Aun tratándose del caso de una investigación de la paternidad extramatrimonial, no procedería para aquellas situaciones en las que falte la madre, el hijo o el padre (típico caso de la investigación *post mortem*). La ley – curiosamente – exige la prueba a las tres partes situación que técnicamente, como sabemos, no es necesaria. Es suficiente que se pruebe la existencia de genes compartidos entre padre e hijo para la fijación genética entre ambos.

f. Adecuación de los procesos en trámite

Una forma de aligerar la carga procesal existente y lograr la aplicación inmediata de la ley es adecuando los procesos de filiación en trámite, conforme lo establece la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley: “Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley”. La complejidad de los procesos de conocimiento en los que se ventilan las acciones de estado paterno filial se verá simplificada por la nueva ordenación procedimental aprobada.

Pueden presentarse inconvenientes, como por ejemplo que las argumentaciones planteadas en las demandas o contestaciones sean contrarias a la finalidad buscada con la nueva ley, en las que prime el nexo biológico frente a los fundamentos de hecho, últimos éstos que abundan en los procesos en trámite.

2.3. Definición de términos⁷²

- a) **Derechos fundamentales.** - Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana.
- b) **Dignidad.** - Es una cualidad intrínseca del ser humano. La dignidad humana es el derecho que tiene cada ser humano, de ser respetado y valorado como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona. La Constitución ha incorporado a la dignidad de la persona como un concepto jurídico abierto, lo que es una virtud para la dogmática, resulta en la práctica una dificultad para la función jurisdiccional.
- c) **Filiación extramatrimonial.** - La filiación extramatrimonial es también conocida como filiación ilegítima: es decir, la derivada de la unión no matrimonial. Así, por filiación extramatrimonial debemos entender el vínculo que se establece entre padres e hijos cuando los primeros no están unidos en matrimonio.
- d) **Filiación.** - Relación jurídica que se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de los hijos, de manera que aquella realidad biológica es recogida por el Ordenamiento distribuyendo derechos y obligaciones entre ellos.

⁷² Cfr.: TORRES CARRASCO, Manuel. *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013; FLORES POLO, Pedro. *Diccionario Jurídico Fundamental*. Lima: Editorial Grijley, 2002.

- e) **Inconstitucionalidad.** - La Acción de Inconstitucionalidad es un procedimiento seguido en única instancia ante el Tribunal Constitucional que tiene por finalidad preservar la supremacía de la Constitución mediante la derogación de leyes y tratados internacionales que la contraríen. El proceso de Inconstitucionalidad constituye una petición — una solicitud— de control de validez normativa, en ella no existe contienda entre partes propiamente dicha (no es un juicio). Por tratarse de un medio de control abstracto no exige agravio de parte, sólo requiere que se tilde de inconstitucional una ley (formal y materialmente) o un tratado internacional. Tampoco se prevé la aptitud del desistimiento de parte.
- f) **Indemnización.** - La Indemnización, es una “compensación” que alguien pide y eventualmente puede recibir por daños o deudas de parte de otra persona o entidad. Generalmente, se habla de indemnización de perjuicios, entendiendo “perjuicio” como aquel daño producido por el deudor o victimario, y que deberá ser compensado.
- g) **Jurisprudencia.** - Es el conjunto de pronunciamientos dictados por aquellos que tienen la facultad de interpretar las normas jurídicas y su aplicación y adaptación al caso concreto. En la práctica, se compone de los fallos o sentencias emanados de los tribunales, sean ordinarios o administrativos, que contienen las reglas conforme a las cuales se ha realizado la adaptación del derecho escrito a las circunstancias de la realidad
- h) **Paternidad.** - La paternidad alude a la relación biológica que une a una persona de sexo masculino con su descendencia directa, salvo el caso de

paternidad por adopción que une a padre e hijo por elección. Por otra parte, “la paternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto, puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la filiación de la ley (adopción).

i) Proceso de filiación. - Son procesos justificados en un hecho natural basado en la procreación y también en un hecho jurídico que afecta, con constancia legal, a la situación jurídica que una persona ocupa dentro de la familia y en el que se comprende la filiación a la que también se puede acudir por determinación o impugnación de la paternidad y la maternidad sustituyendo el principio de jerarquía en la filiación por el de igualdad de los hijos de conformidad con nuestro texto constitucional.

j) Prueba. - Son los medios que se utilizan con el objetivo de demostrar algo, judicialmente se entiende como la actuación procesal por la que las partes intentan acreditar los hechos aducidos en demanda o contestación a demanda convenciendo al juzgador sobre la veracidad de éstos.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

- **Tipo de investigación:** Corresponde a una investigación Dogmática-Normativa y Teórica⁷³, que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre la inconstitucionalidad la prueba de ADN en el marco de un proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial en el Perú.
- **Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada No Experimental⁷⁴, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad es estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.
- **Diseño General:** Se empleó el diseño Transversal⁷⁵, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir las variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado.
- **Diseño específico:** Se empleó el diseño explicativo, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio del problema planteado.

⁷³ Cfr. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima: Editorial Fecat, 2001. Así mismo siendo una investigación dogmática, de naturaleza teórica no es requisito la delimitación temporal ni espacial, requisito válido solo para las investigaciones empíricas o jurídicas sociales. Por tanto, especificar el lugar y tiempo de ejecución no es necesario.

⁷⁴ ROBLES TREJO, Luis et al. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecat, 2012, p. 34.

⁷⁵ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al. *Metodología de la Investigación*. México: Editora McGraw-Hill, 2010, p. 151.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se seguido en la construcción de la información y/o conocimiento:

Proceso que incluye:

- a) Determinación de la población o sujetos de estudio
- b) Selección de la muestra
- c) Diseño del instrumento
- d) Aplicación del método para procesar la información

3.2.1. Población

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que han generado la jurisprudencia correspondiente.
- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2016.

3.2.2. Muestra

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales.

3.2.3. Unidad de Análisis⁷⁶

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad. Además, la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.
- Unidad de registro: Documental en base al análisis de las categorías e informaciones en las fuentes del derecho, obtenidos mediante los IRI.

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información

- a) Para recoger la información para validar, cuestionar y alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.
- b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.

⁷⁶ GOMES, Romeu. “Análisis de datos en la investigación”. En: *Investigación social*. Buenos Aires: Lugar editorial, 2003, p. 55. Expresa que “La palabra categoría, se refiere en general a un concepto que abarca elementos o aspectos con características comunes o que se relacionan entre sí. Esa palabra está relacionada a la idea de clase o serie. Las categorías son empleadas para establecer clasificaciones. En este sentido trabajar con ellas implica agrupar elementos, ideas y expresiones en torno a un concepto capaz de abarcar todo”. En ese sentido, las categorías son los diferentes valores, alternativas es la forma de clasificar conceptuar o codificar un término o expresión de forma clara que no se preste para confusiones a los fines de determinada investigación.

- c) Para obtener datos y/o información de las normas jurídicas se empleó la técnica exegética, hermenéuticas, teleológica, con el cual se pudo determinar el contenido de las mismas.
- d) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo⁷⁷, para lograr la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina, para lo cual se empleó la argumentación jurídica para el análisis de la información. Los criterios que se siguieron en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información.

Finalmente, los datos que se obtengan con los instrumentos antes indicados sirvieron para **validar la hipótesis**⁷⁸ en base la teoría de la **argumentación**

⁷⁷ BRIONES, Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Editorial Trillas, 1986, p. 43.

⁷⁸ ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Lima: Editorial Ffecaat, 2014, p. 58 y ARANZAMENDI, Lino. *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima: Grijley, 2011, pp. 112 y ss. “Las investigaciones jurídicas-teóricas, se particulariza, porque tienen como punto de partida un

jurídica⁷⁹, debido a que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, justificar el derecho. Por lo que, la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino el de justificar los planteamientos o enunciados.

En ese sentido, Ramos Núñez, establece que: La prueba de la hipótesis será posible solo si ella ha sido formulada correctamente. De allí derivará validez. En realidad, no podemos probar que una hipótesis es verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio. Para decirlo, en otros términos, no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis –como creen muchos-, sino que se aporta evidencia a favor o en contra de la hipótesis. Cuanto más intenso haya sido el trabajo de investigación, mayor será la solidez de nuestra comprobación⁸⁰.

determinado marco teórico y permanece en él. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar, cuestionar, refutar o validar las existentes, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico”.

⁷⁹ GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el derecho*. Lima: Editorial Palestra, 2005, p. 49.

⁸⁰ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una Tesis y no envejecer en el intento*. Lima: Grijley, 2011, p. 129.

IV. RESULTADOS

4.1. La filiación extramatrimonial. -

Dentro de las disposiciones referidas a Filiación Extramatrimonial a partir del año 1984 con la promulgación del Código Civil vigente, se considera que los hijos extramatrimoniales son los concebidos y nacidos fuera del matrimonio, pueden ser reconocidos por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos, así como también por los abuelos o abuelas de la respectiva línea en el caso de la muerte del padre o de la madre, o cuando se encuentren en estado de incapacidad, tomando en consideración que los padres sean menores de catorce años.

Hasta el año 2006: “El código civil mantenía clasificaciones respecto a la condición de los hijos, así los denomina hijos matrimoniales y extra matrimoniales, señalando para cada uno de ellos una distinta regulación”.

Posteriormente la Ley N° 28720 del año 2006 modificó el artículo 21° del Código Civil para disponer, en su primer párrafo, “que el padre o la madre que efectúen separadamente la inscripción del nacimiento del hijo concebido y nacido fuera del vínculo matrimonial podrán revelar el nombre de la persona con quien lo hubieran tenido, supuesto en el que el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, no estableciendo en este último caso vínculo de filiación”.

La ley 28720 pretendía reafirmar el derecho fundamental del nombre debido a que antes de la modificación los hijos extramatrimoniales solo tenían el derecho de llevar los apellidos de sus padres siempre que sean reconocidos por estos. En tal

sentido, está orientada a brindar facilidades para inscribir a los recién nacidos cuando no son reconocidos por alguno de sus progenitores y no existe vínculo matrimonial, de manera que el padre o la madre pueda inscribirlo con el apellido del supuesto progenitor, sin que ello signifique el establecimiento de vínculo de filiación alguno.

El fondo del asunto estaba en variar el énfasis de la protección del nombre del padre presunto, a la tutela del derecho al nombre y la identidad garantizada por la Constitución.

El derecho a la verdadera filiación coincide con el derecho a la identidad, demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen y que por el contrario faciliten y garanticen que el niño denominado como extramatrimonial se integre a la filiación con sus connotaciones, es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho.

El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de resguardar la intimidad del presunto padre, y en caso de contraposición entre ambos derechos, el primero necesariamente debe prevalecer, ello por una ponderación de derechos fundamentales en conflicto, ante lo cual se establece que el derecho a la verdadera identidad está por encima del derecho a la intimidad, que únicamente recae en la esfera individual, más el primero tiene un carácter de "orden público".

En tal sentido, la norma publicada que modificó los artículos 20° y 21° del Código Civil buscaba dar una solución al problema de muchos niños y adolescentes

que carecen de apellidos e identidad, con lo cual sus posibilidades de acceso a la ciudadanía se ven considerablemente afectadas.

El primer párrafo del artículo 21° determina que: “El hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como el del presunto progenitor y no hay pronunciamiento acerca del orden de los apellidos, su redacción podría conducir a entender que el primero de ellos es, necesariamente, el apellido del/la progenitor/a que inscribió el nacimiento del hijo, seguido del apellido del presunto progenitor”, en ese orden. Así, en el caso de ser la madre quien reconoce a dicho hijo, el orden de sus apellidos sería el de la mujer y luego el del varón.

En este sentido resulta forzoso remplazar el primer párrafo del artículo 21° y establecer el orden de los apellidos del niño en el caso del padre o la madre que efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo concebido y nacido fuera del vínculo matrimonial.

En su tercer párrafo el mismo artículo 21° prescribe que cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos. Es conveniente examinar que, en el supuesto contemplado en esta norma, la revelación del nombre de la persona con quien hubieran tenido el hijo concebido y nacido fuera del vínculo matrimonial constituye tanto facultad del padre como de la madre. En este sentido, el contenido de dicho tercer párrafo debe contemplar ambas hipótesis.

Resulta claro que el estado anterior de las cosas era muy desfavorable, pues hasta el derogado artículo 392° (Artículo derogado por el Art. 4° de la Ley 28720 del 25 de abril del 2006) del Código Civil, el referir el nombre del progenitor

ausente en el acto de inscripción o reconocimiento consistía en el establecimiento de una ficción legal conforme a la cual cualquier indicación que revele la identidad del progenitor que no interviene en el acto, se tiene por no puesta. La protección del derecho a que no se inserte el nombre de la persona que no ha efectuado el reconocimiento del hijo extramatrimonial, era manifiesta y la derogación total del artículo 392° del Código Civil propicia soluciones extremas, en que se prefiere la protección de la identidad de los hijos que el nombre del progenitor presunto.

El artículo 386° del Código Civil declara que: “*Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio*”. Asimismo, el artículo 361° del mismo Código precisa la condición de hijo matrimonial declarando que: “*El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido*”.

Con la modificación del art. ° 21 C.C (Art. ° 21 C.C.- Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, es este último caso no establece vínculo de filiación...), se varía el alcance del concepto que se tiene de hijo matrimonial recogido en el artículo 361°, de esta forma se despoja de su condición de hijo matrimonial al niño que, concebido en el matrimonio de sus progenitores, nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial de éstos. En efecto, el hijo nacido después del matrimonio disuelto por la muerte de su padre es hijo matrimonial sin embargo de acuerdo con la fórmula del artículo 21°

C.C., el efectuar la inscripción del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial no establece vínculo de filiación entre el marido y el hijo, aun cuando la inscripción se efectuó dentro de los 300 días de muerte del progenitor y la ley lo considera como matrimonial (Art. 361°).

El conocimiento del parentesco de la persona, como un aspecto de la identidad personal y del desarrollo de la vida social, es de suma importancia, el Estado no es ajeno a estas cuestiones que resultan ser de ORDEN PUBLICO, tal es así que en el ordenamiento jurídico se contemplan las reformas Impulsadas por conflictos de intereses forzosamente contrapuestos que son el interés del hijo a conocer su verdadera filiación; su origen y por otro lado el interés del presunto progenitor (intimidad), casi siempre opuesto a ello. Para resolver este conflicto de derechos en materia de filiación, el criterio de la ponderación de bienes destaca la protección que demanda el ejercicio a conocer el origen biológico, lo que permite resolver la eventual colisión entre los derechos fundamentales comprendidos. En ese sentido, se postula su preferencia por la finalidad protectora. Nuestro ordenamiento jurídico destaca primordialmente el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica lo que debe entenderse en el contexto del principio de interés superior del niño y del adolescente señalado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

El reconocimiento de este derecho determina un principio rector en un sistema jurídico de filiación dotado de plena eficacia. Frente al derecho del niño a conocer la identidad de sus padres, ejercitado en un proceso, resulta falaz acudir al argumento sustentado en la intimidad personal y en este orden de ideas debe

eliminarse cualquier disposición legal que, sustentándose en la intimidad personal del presunto progenitor, restrinja o imposibilite el ejercicio del derecho del niño a conocer a sus padres. El ordenamiento legal debe reconocer el derecho de toda persona para reclamar la determinación de su filiación o para impugnarla, según sea el caso, siendo así, resulta evidente el legítimo interés del niño de conocer quiénes son sus padres, y por estar ligado a las normas de rango constitucional que lo tutelan, particularmente se debe destacar que resultan incompatibles con ella, las disposiciones que impidan al niño el ejercicio de la pretensión de reclamación o impugnación de su filiación como es el caso del art. 396 del Código Civil que supedita el reconocimiento del hijo extramatrimonial de la mujer casada a la acción o inacción del marido.

De esta forma debe considerarse la jerarquía de la Convención sobre los Derechos del Niño y la aplicación del control difuso que determina el reconocimiento del ejercicio pleno del derecho de filiación sobre los demás derechos que siendo también constitucionales no son de igual jerarquía (eje: Intimidad personal art 2º inc. 7 de la Constitución Política del Estado).

El derecho busca el bienestar humano mediante la paz social y acceso rápido y oportuno a la justicia, por consiguiente; está a la vanguardia de los grandes avances científicos; aportes contundentes que dan al juzgador grado de certeza para resolver a favor de la identidad del menor a ser utilizados en los procesos de filiación de paternidad extramatrimonial. Sólo podremos hablar de justicia, cuando en nuestro país exista conciencia para hacerse responsable de un nuevo ser que se ha engendrado, pero; nuestra realidad nos demuestra que no es así y que no es

diferente en otras culturas; en la actualidad las cifras son mayores, niños que son abandonados por sus padres sin ser reconocidos y por lo tanto, privándoseles del derecho a tener una vida de mejor calidad no sólo psicológica y socialmente sino también económicamente. Sólo cuando tengamos conciencia de nuestros actos dejaremos de ir a un proceso de filiación de paternidad extramatrimonial establecido en el art. 402 numeral 6 de nuestro código civil.

Así mismo, el Derecho de verdad biológica; tener la certeza de paternidad, implica contar con normas que privilegien el derecho del hijo a conocer su identidad en tal sentido que toda ley que atenta contra el derecho de identidad del menor atenta contra la norma constitucional.

En consecuencia, la verdad biológica es el derecho de conocer el propio origen, paradigma incorporado por los nuevos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional; se establece que la filiación que detente el niño es la que está genéticamente impresa en su cuerpo.

Por lo que la fuerza probatoria de la prueba del ADN en materia de filiación de paternidad extramatrimonial es fundamental, por ello es necesario definir ¿Qué denominamos ADN? ...sustancia química que se encuentra en el núcleo de todas las células del cuerpo y permanece invariable, el ADN proviene el 50% del óvulo materno y el 50% restante, del espermatozoide paterno...el ADN es único en cada persona, excepto en los gemelos idénticos. De esta forma, tenemos que al realizarse la prueba entre un niño y el presunto padre, ambos modelos deben coincidir, de lo contrario no es el padre. Si los modelos aparecen entre la madre, el niño y el presunto padre, entonces puede calcularse una probabilidad de paternidad casi del

cien por ciento” Normatividad y ADN La noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

Por este principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños por cuanto; sus derechos se derivan de su condición de persona.

“...La dignidad del hombre es intangible y es obligación de todos los poderes del Estado respetarla y protegerla”.

En procesos de filiación de paternidad extramatrimonial estipulado en el art. 402 numeral 6 del código civil; el Estado Peruano y los órganos del estado que administran justicia deben tener como premisa los artículos 2,3,7,8, de la Convención sobre los Derechos que describen derechos de igualdad, protección efectiva, etc. Cuyo cumplimiento es una exigencia de justicia. Por cuanto se protege el derecho a la identidad del niño, el cual es reconocido como derecho fundamental en el artículo 2.1 de la Constitución política y a nivel internacional artículos 8,7.1 de la mencionada Convención, artículo 6 del Código del Niño y del Adolescente, el derecho a la identidad comprende 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.

Como lo señala Dworkin, en su obra Los Derechos en Serio: “El sistema jurídico que se basa en el reconocimiento de derecho, puede decirse que son

derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos”.

En consecuencia se puede decir: que ante conflictos y vacíos de normas se prefiere la norma de mayor jerarquía; en este caso la constitución y tratados Convención Sobre Los Derechos Del Niño, ratificado por el “Perú 8 de mayo de 2002, por tanto tiene estatus de ley, art. 55 de su Constitución”. 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.

4.2. La actuación de las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su regulación en la Ley N° 27048

4.2.1. Generalidades

Mediante Ley N° 27048, de 6 de junio de 1999, se modificaron diversos artículos del Código Civil de 1984 para admitir el ofrecimiento y actuación de pruebas biológicas en los procesos de filiación –sean de reclamación o de impugnación–, especialmente la prueba de ADN, así como otras de igual o mayor grado de certeza⁸¹. Esta reforma se enmarca dentro de la corriente doctrinal y jurisprudencial que defiende que el vínculo jurídico de filiación debe ser determinado –en la medida de lo posible– de acuerdo con la realidad biológica, por

⁸¹ CARRACEDO, Ángel. “La identificación de la persona mediante pruebas genéticas: aspectos médico-legales”, en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Madrid, 1994, pp. 117-129.

considerarlo una expresión del derecho del hijo a conocer su propio origen biológico⁸².

Teniendo en cuenta la importancia de la determinación del vínculo paterno-filial conforme al biológico, este artículo pretende realizar un análisis crítico de las cuestiones jurídicas más importantes que originan la aplicación de estos medios probatorios, y cómo han sido resueltas en la Ley N° 27048. Con este fin, se revisarán aquellos temas que permitan situar al lector en el contexto histórico en el que aparecen y desarrollan estas pruebas, para luego proseguir con el estudio de su ofrecimiento y valoración, finalizando con el problema más debatido por la doctrina y jurisprudencia; me refiero a la negativa a someterse a las pruebas biológicas, y si sería posible obtener una muestra de material genético de la parte renuente, ejerciendo sobre ella coerción física.

A pesar que se estudie la problemática sobre las pruebas biológicas tal como aparece regulada en la normativa peruana, es inevitable hacer referencia a la doctrina extranjera que ha tratado con profundidad esta materia, así como a sus tribunales que han resuelto innumerables litigios sobre el particular.

4.2.2. La evolución de los regímenes de filiación: del favor legitimitatis al favor veritatis

Los regímenes de filiación recogidos en las legislaciones civiles del siglo XIX y parte del XX eran cerrados y restrictivos de la investigación de la paternidad

⁸² QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”. En: *Revista Jurídica de Cataluña*, N° 4, Madrid, 1994, pp. 93-120.

ilegítima e impugnación de la legítima. Ello se debió en gran parte a la influencia del Código Civil francés de 1804 (Código Napoleón), en el que se recogía una norma contraria al movimiento a favor de la igualdad que la Revolución supuso, estableciendo en su artículo 340 la prohibición de la investigación de la paternidad, con la sola excepción del raptó siempre que este coincidiera con la época de la concepción. Asimismo, de acuerdo con los artículos 312, 313 y 325, la acción impugnación de la paternidad legítima era posible en tres casos excepcionales, y era de ejercicio exclusivo del marido.

El cambio de orientación se justificó por la mayor protección que merecía la filiación legítima, por los escándalos y abusos a que dio lugar la máxima *creditor virgini parturienti*⁸³, así como por el hecho de que el nuevo régimen concedía a los hijos naturales derechos sucesorios y familiares, lo que hacía necesario regular con especial cuidado la prueba de paternidad, vista la imposibilidad de una prueba cierta de esta⁸⁴.

La nueva normativa fue duramente criticada por la doctrina⁸⁵, hecho que obligó a una posterior reforma del Código Civil francés aprobada mediante Ley del

⁸³ Máxima del *ancien droit* conforme a la cual la paternidad se imponía por el solo dicho de la madre; lo que se intentaba era proteger la honra de las mujeres engañadas.

⁸⁴ Al parecer la acalorada discusión sobre la posibilidad o no de la investigación de la paternidad fue zanjada por Napoleón, quien con motivo de la intervención de Bigot Premenau, lo interrumpió para decir que “los hijos así nacidos no interesan ni sirven a Francia”, aprobándose seguidamente el texto del artículo 340 del Code.

⁸⁵ A pesar de la rigidez de su legislación, los Tribunales franceses trataron de proteger a la madre y al hijo natural invocando dos clases de argumentos. Algunos jueces aplicaban los principios de responsabilidad por culpa siempre que se hubiera acreditado la seducción dolosa de la mujer, obligando al autor (presunto padre) al pago de los daños y perjuicios en forma de pensión de alimentos. De esta manera se establecía de manera implícita la paternidad del varón. Otro sector consideraba que existía una obligación natural en cabeza del padre para alimentar a su hijo ilegítimo, que se convertía en una obligación civil cuando aquel se hubiere comprometido a pagar los gastos de manutención del hijo.

16 de noviembre de 1912, conforme a la cual se modificó el régimen de filiación hasta entonces vigente por otro, que aunque continuó siendo restrictivo podía considerarse generoso dadas las circunstancias de la época. Sin embargo, la influencia del Code se extendió a casi todos los países europeos que adoptaron el mismo modelo en sus Códigos y legislaciones⁸⁶.

Ciertamente, este modelo legislativo privilegiaba el principio del favor legitimitatis, que parte de la concepción que el vínculo de filiación no siempre puede o debe coincidir con la verdad, siendo suficiente, a veces, con una determinación meramente formal. Ello, bien porque la prueba puede ser difícil o poco fiable, bien porque el conocimiento de la verdad podría resultar perjudicial para la reputación del hijo⁸⁷ o la estabilidad de la familia legítima.

Nuestro continente no fue ajeno a la corriente francesa, y diversos Códigos de países de nuestro entorno siguieron el modelo restrictivo que a la vez diferenciaba entre filiación legítima e ilegítima, y dentro de esta última diversas clases de hijos según la condición de los padres⁸⁸.

⁸⁶ Así, el Codice italiano de 1865, con los mismos fundamentos, prohibió la investigación de la paternidad salvo en el caso que hubiese mediado raptó o estupro violento; por otro lado, admitió la impugnación de la paternidad en supuestos taxativos.

En España, el Código Civil radicalizó aún más la posición del Proyecto elaborado por García Goyena en 1851, y en su artículo 127 también negó la posibilidad de investigar la paternidad, salvo los supuestos de reconocimiento obligatorio contemplados en el artículo 135, que además eran interpretados de manera restrictiva por los jueces.

Lo interesante del caso español es que su Derecho Foral, especialmente el catalán, de vigencia contemporánea al Código Civil de 1889, sí recogía un sistema de libre investigación de la paternidad, llegándose a admitir por algún Tribunal la actuación de la prueba pericial biológica. La doctrina española, crítica con su normativa civil llegó a afirmar que los principios generales en materia de filiación radicaban en el Derecho catalán y no en el Derecho común. DE CASTRO, Federico. *Compendio de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 1957, p. 58.

⁸⁷ Este era el caso de los hijos incestuosos cuya determinación de la filiación estaba prohibida.

⁸⁸ Así, el Código Civil de Chile de acuerdo con su artículo 280, y del artículo 1594 del Esboço de Freitas. En cambio, el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield, se apartó un tanto de la influencia del Code permitiendo la investigación de la paternidad natural a través de cualquier medio

En el Perú, los Códigos Civiles de 1852 y 1936 acogieron estos mismos principios en los apartados dedicados al régimen de filiación, si bien lo hicieron con diversa intensidad. En el primero, se reconoció la existencia de dos clases de filiación: la legítima y la ilegítima. Dentro de esta última los hijos ilegítimos fueron clasificados en naturales, nacidos de padres que si bien no estaban casados no tenían impedimento para contraer matrimonio; y no naturales, procreados por quienes estaban impedidos de contraer matrimonio⁸⁹. El artículo 242 del referido cuerpo legal prohibía en cualquier caso la investigación de la paternidad ilegítima, resultando en este extremo aún más radical que su fuente francesa⁹⁰. Asimismo, limitó el derecho de alimentos y los derechos sucesorios, dependiendo de si concurrían o no con parientes legítimos. Por su parte, el Código Civil de 1936, si bien mantuvo la diferencia entre filiación legítima e ilegítima⁹¹, eliminó la clasificación de los hijos extramatrimoniales, aunque en algunos casos hizo mención a los adulterinos e incestuosos.

En cuanto al contenido de la filiación, esto es, a los derechos reconocidos a unos u otros, mejoró la situación de los ilegítimos, permitiendo en algunos casos la investigación de la paternidad y la legitimación de los hijos nacidos de una relación

probatorio, pero la prohibió al igual que el reconocimiento voluntario a los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

⁸⁹ Dentro de esta clase, la doctrina solía clasificar a los hijos en fornezinos, sacrílegos y mánceres. Se llamaba fornezinos a los hijos adulterinos y también a los incestuosos, que si nacían como consecuencia de las relaciones entre ascendientes y descendientes recibían el nombre de nefarios. Sacrílegos eran los hijos procreados por personas que hubiesen realizado votos religiosos, mientras mánceres o mancillados eran los nacidos de prostituta.

⁹⁰ Algunos años después, la doctrina nacional comentando el artículo 242 criticaba duramente la posición adoptada por nuestra legislación solicitando su modificación por la injusticia que suponía seguir al Code de 1804, más aun teniendo en cuenta que la Ley francesa de 1912 había ya mejorado en algo la situación de los hijos ilegítimos. CALLE, Juan José. *Código Civil Anotado*. Lima: Librería e imprenta Gil, 1928, pp. 100-101.

⁹¹ MARTÍNEZ HAGUE, Carlos. *La filiación ilegítima en el Derecho Civil peruano*. Lima: Editorial Rímac, 1951, p. 98.

adulterina o incestuosa. Algún tiempo después empezó a imponerse entre los juristas y los tribunales una nueva postura orientada a eliminar la rigidez de las normas del régimen de filiación, corriente que fue seguida por diversos ordenamientos europeos⁹² y latinoamericanos⁹³. Producto de la misma es la regulación de la Constitución de 1979 y la de 1993, sobre la igualdad de los hijos y la equiparación de clases de filiación que implícitamente reconoce el derecho a investigar la paternidad, desarrollada posteriormente por el Código Civil de 1984 y por la Ley N° 27048 que regula lo relativo a la actuación de las pruebas biológicas.

Esta corriente defiende la primacía del principio de veracidad o favor veritatis⁹⁴, por considerarlo como el criterio ideal y más justo. Aunque el legislador también puede establecer ciertas limitaciones a fin de proteger valores y derechos que el ordenamiento jurídico considera igualmente importantes⁹⁵ – fundamentalmente la estabilidad del status familiae –, por lo que se puede decir que aún mantiene vigencia el favor legitimitatis, aunque ciertamente haya perdido su

⁹² Esta es la tendencia que siguieron las leyes de reforma europeas, entre otras, la Ley alemana de 1970 que gira en torno al principio de veracidad biológica (der wirklichebiologische Vater), la Ley francesa de 3 de enero de 1972, La Ley italiana de 1975 que modificó el régimen de familia, y la tardía Ley española 11/1981 de 13 de mayo.

⁹³ Entre otras se pueden citar la Leyes argentinas 14367 de 1954 y 23264 de 1985.

⁹⁴ En la actual literatura jurídica es cada vez más frecuente el empleo del término equívoco “verdad social” o “verdad vital no biológica” para identificar las situaciones familiares basadas en el juego de la posesión de estado, y que permiten atribuir la paternidad o maternidad a quienes solo prestan su consentimiento para las técnicas de fecundación artificial con gametos de donantes sin tener ningún vínculo biológico con los nacidos. Al parecer, con el uso de término se pretende justificar la libre determinación del status familiae del hijo por parte de los padres sociales. Pero, elevarlo a la categoría de principio significaría reconocer que el estado civil de una persona puede ser determinado por la voluntad de otra u otras personas, lo que a todas luces es contrario a la naturaleza jurídica del concepto de status.

⁹⁵ Así por ejemplo, el artículo 334-10 del Code francés prohíbe la determinación a padre y a madre de la filiación incestuosa proveniente de la relación entre parientes en línea recta, de manera que, establecida la filiación del hijo respecto a uno de los padres es imposible establecerla respecto al segundo. El artículo 125 del Código Civil español permite que la filiación paterna y materna de origen incestuoso pueda ser determinada, pero establecida respecto a uno, solo podrá serlo respecto a otra previa autorización judicial con audiencia del Ministerio fiscal.

rigidez y sea otro su fundamento, conservando más que nada su tradicional denominación.

Ahora bien, el hecho de que el legislador haya establecido algunas restricciones, no supone que la veracidad pierda su cualidad de regla o principio rector. Cualidad que se refleja en unas normas especialmente orientadas a favorecer la coincidencia entre la realidad biológica y la determinación legal; pero también su carácter de criterio de interpretación preferente sobre los demás, en caso de duda o vacío legal.

Lo anterior confirma que cada ordenamiento jurídico organiza su esquema normativo en relación a la filiación matrimonial y extramatrimonial, poniendo en juego las reglas y criterios derivados de la coexistencia de ambos principios. Por esta misma razón se afirma que no existen regímenes de filiación puros, ni cerradamente formalistas ni excesivamente realistas, aunque la tendencia actual sea la de privilegiar la veracidad biológica. Es dentro de este contexto de marcada apertura hacia la realidad biológica en el que se enmarcan las legislaciones y la jurisprudencia, que admiten la actuación de las pruebas biológicas como un medio que puede corroborar o descartar una paternidad controvertida.

Estos medios de prueba, al coadyuvar a la determinación de la filiación jurídica biológica, se convierten en uno de los instrumentos legales para hacer efectivo el derecho a conocer el propio origen biológico y la tan defendida igualdad de categorías de filiación. Así también lo ha interpretado la jurisprudencia

extranjera⁹⁶ en diversas sentencias, en las que se ha puesto de relieve la estrecha vinculación que existe entre las pruebas genéticas y los referidos derechos.

4.2.3. Las pruebas biológicas y los inicios de su admisibilidad en los procesos de estado

El desarrollo que han alcanzado la biología y la genética en las últimas décadas es la causa de que las pruebas de tipo biológico-genético hayan cobrado una gran importancia dentro de los procesos de filiación, pero ello no quiere decir que no se hubieran admitido desde mucho antes. Claro está que no me estoy refiriendo a la prueba de ADN, cuya aparición y perfeccionamiento es relativamente reciente, sino a las pruebas negativas que también quedan comprendidas dentro del mismo término genérico.

La admisión de las pruebas biológicas no fue inmediata, sino que hubo cierta reticencia por parte de los tribunales extranjeros, dado el poco grado de certeza que habían alcanzado y el poco conocimiento de los jueces sobre esta materia. Además, siguiendo el modelo prohibitivo-restrictivo de investigación de la paternidad impuesto por el Código Civil francés, en varios casos los jueces excluyeron la posibilidad de practicar pruebas biológicas como un medio de prueba de la filiación⁹⁷.

⁹⁶ En este sentido, los tribunales españoles han establecido que la realización del principio de igualdad implica reconocer como presupuesto esencial el derecho del hijo a determinar su filiación, que incluye la posibilidad de ejercitar las acciones de estado necesarias para determinar la paternidad y maternidad, y el recurso a las pruebas biológicas.

⁹⁷ En España, el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de enero de 1947 excluyó la posibilidad de practicar las pruebas biológicas en un caso relacionado con la investigación de la paternidad al considerarlo contrario a los principios que informaban el régimen de filiación. Así, el ordenamiento español adoptó una posición más restrictiva sobre este tema que sus vecinos europeos como se menciona más adelante.

Esta situación cambió con el progreso de los estudios sobre medicina legal y genética, circunstancia que permitió que la doctrina y jurisprudencia de la época llegaran a considerar a las pruebas de tipo biológico como un instrumento de gran ayuda hacia la búsqueda de la verdad material, y de fundamental actuación en los procesos de filiación⁹⁸.

En este sentido, se distinguieron sobre todo los tribunales austriacos y alemanes, que mostraron una clara apertura hacia la utilización de estas pruebas, e incluso llegaron a declarar en algunas sentencias que la ausencia de investigación biológico-hereditaria constituía una falta de procedimiento⁹⁹. La particular vocación que desde ya mostraban los magistrados germanos, respecto a la determinación de la verdad de la filiación, se ha reflejado –como veremos más adelante– en su actual legislación procesal.

En nuestro país, la controversia con relación a la posible admisión o no de las pruebas biológicas cobra importancia a mediados del siglo pasado con la promulgación del Código Civil de 1936, y el paralelo avance de los estudios científicos sobre los grupos sanguíneos. La doctrina civilista de aquel entonces estaba dividida entre los detractores y defensores de su admisibilidad en los procesos de filiación, sobre todo en los de filiación extramatrimonial, puesto que se trataba de una acción que solo podía ejercerse invocando causales taxativas.

⁹⁸ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. “La investigación biológica de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal”. En: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 3, N° 1, Madrid, 1950, p. 632.

⁹⁹ BENCIOLINI, Paolo y CORTIVO, Padova. “Le prove del sangue e quelle genetiche dopo la riforma della filiazione legittima e naturale”. En: *Rivista di Diritto Civile*, Italia, 1978, pp. 367 y ss.

Un sector consideraba que no existía ningún impedimento legal para su ofrecimiento y actuación, dado que se trataba de una prueba parcial y como tal admitida expresamente por el artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles¹⁰⁰. Por su parte, la Corte Suprema se mostró vacilante sobre si eran o no admisibles como medio de prueba, y cuál era el valor que debía asignársele con relación a las demás pruebas actuadas durante el proceso.

Así, en algunas sentencias¹⁰¹ dictadas en la primera mitad del siglo pasado, nuestro máximo tribunal, si bien no rechazó el ofrecimiento de la prueba de los grupos sanguíneos –la única que solía ofrecerse en aquella época–, en otras¹⁰² declaró que no solo era una prueba impertinente para comprobar los supuestos de hecho del artículo 366 del Código Civil, sino que además, no estaba comprendida dentro de los medios probatorios reconocidos en el artículo 347 de la Ley de procedimientos.

4.2.4. La actuación in extremis de las pruebas biológicas

El desarrollo de las pruebas biológicas ha permitido dilucidar litigios de paternidades cuestionadas, sobre todo cuando la prueba aportada durante el proceso fue insuficiente y no llegó a formar convicción en el juzgador. Visto que la gran mayoría de legislaciones establecen supuestos de hecho o causas de procedencia para las acciones de estado, el problema que se plantea es determinar si las pruebas

¹⁰⁰ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. T. II. Lima: Librería Studium, 1982, pp. 159-161.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 162.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 164.

biológicas deben ser actuadas necesariamente o si solo deben actuarse in extremis, cuando no exista ningún otro medio para acreditar de manera fehaciente la filiación.

Alguna jurisprudencia extranjera ha señalado que las pruebas biológicas deben ser actuadas necesariamente en determinados procesos de filiación, más específicamente en aquellos cuyo rechazo depende de manera exclusiva de la prueba de que no existe el vínculo biológico que se alega, como por ejemplo, las que imponen un deber de alimentos¹⁰³.

La mayor parte de las legislaciones vigentes¹⁰⁴ admite que la paternidad, y de ser el caso la maternidad, sean acreditadas con todo tipo de pruebas admitidas por sus leyes procesales: escrito indubitado del presunto padre, otros documentos, declaración de parte, testimonios, posesión de estado, y la pericia dentro de la que se incluyen las pruebas biológicas. Sin embargo, no se exige que en todo proceso deban actuarse estas, aunque en la gran mayoría de procesos de filiación las partes suelen ofrecerlas como medio de prueba.

En mi opinión, las pruebas biológicas deben tener un carácter de excepción y a estas solo se debe acudir in extremis¹⁰⁵, de tal manera que cuando la paternidad puede acreditarse de manera fehaciente a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no debe recurrirse a estas. Así, solo será posible efectuar inspecciones médico-biológicas forzosas cuando tengan una importancia

¹⁰³ Este es el caso francés, cuya Corte de Casación ha establecido que la falta de actuación de la prueba biológica puede provocar la nulidad de la sentencia cuando se trata de la acción con el fin de subsidios.

¹⁰⁴ Así, el Código Civil italiano en su artículo 269 y el artículo 767.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español.

¹⁰⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético*. Lima: Grijley, 2001, p. 203.

decisiva y sean una prueba necesaria para el esclarecimiento de la filiación, lo que sucederá cuando habiéndose agotado todos los medios de prueba disponibles, no se hubiese resuelto la litis, y solo la práctica de las pruebas biológicas pudiese esclarecer tal situación.

Las consideraciones anteriores no hacen más que reconocer que por su modo de actuación, las pruebas biológicas suponen una invasión al ámbito privado y una intervención corporal molesta que debe ser evitada en la medida de lo posible.

No se puede negar que el recurso a este medio probatorio supone una intromisión en el cuerpo humano y en la intimidad personal¹⁰⁶, permitiéndose tal hecho –siempre que exista consentimiento de la parte que debe someterse a la prueba– en casos de excepción como el que nos ocupa, teniendo en cuenta además, que su realización no reviste gravedad para el sujeto del que se obtiene la muestra. Así, la intrusión solo será legítima cuando se trate de proteger derechos de la persona como el derecho del hijo a conocer su origen biológico, y siempre que exista un mandato judicial que así lo ordene¹⁰⁷.

Por esta razón, no parecen acertadas las modificaciones introducidas a nuestro Código Civil mediante la Ley N° 27048, mediante la cual el legislador añade un supuesto más a la procedencia de la acción de impugnación de paternidad,

¹⁰⁶ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995, pp. 374 y ss. Pero, como se verá más adelante, ello no impide que el juzgador pueda considerar el sometimiento a la prueba biológica como una obligación, y que en consecuencia, pueda extraer consecuencias contrarias para la parte que se niega a que se le tomen las muestras.

¹⁰⁷ QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. “De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero”. En: *Revista Jurídica de Cataluña*, N° 3, Año XCII, Cataluña, 1994, p. 102.

repetiendo algo similar respecto a la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial.

El nuevo apartado 5 del artículo 363, señala que se puede impugnar la paternidad matrimonial siempre que se acredite la falta de vínculo biológico entre el marido y el hijo mediante la prueba de ADN u otra de validez científica. Por su parte, el añadido inciso 6 del artículo 402, permite reclamar la paternidad extramatrimonial si se demuestra la filiación a través de aquellas técnicas. Del texto de ambas normas se interpreta que no es necesario presentar más prueba que el ofrecimiento de la genética, es decir, que basta su sola invocación para que se admita a trámite la demanda¹⁰⁸, actuándose esta una vez iniciado el proceso.

Estos nuevos supuestos permiten el ejercicio de las acciones de filiación sin más fundamento que la futura actuación de una prueba biológica, olvidando que esta supone una invasión en la esfera física y de intimidad de la persona, que solo puede ser tolerada y ordenada por la autoridad judicial cuando el resto de pruebas resultan insuficientes. Por ello, entiendo el hecho que el artículo 5 de la Ley N° 27048 aunque sancione –a posteriori– al litigante que de mala fe inicia una acción basándola en las pruebas biológicas, no debe suponer que el juez necesariamente ordenará su actuación, pues podría no hacerlo cuando las demandas presentadas carecieran de otros fundamentos de hecho o de derecho. Asimismo, esta norma tampoco debe ser interpretada como una dispensa que exima a las partes del

¹⁰⁸ Esto se deduce del texto de la Ley N° 27048, y así también lo interpreta un sector de la doctrina nacional. *Cfr.* PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de familia*. Lima: Gaceta jurídica, 2001, p. 290.

ofrecimiento de los otros medios probatorios que sirvan para acreditar la filiación controvertida¹⁰⁹.

Desde otro ángulo, la modificación de la Ley N° 27048 también es cuestionable, porque lo correcto es considerar a las pruebas biológicas como lo que son, pruebas, y no supuestos de hecho o causales de procedencia de las acciones de filiación¹¹⁰. Se trata de medios probatorios que aunados a los demás pueden confirmar o descartar una presunta paternidad o maternidad.

Con vistas a una futura modificación del Código Civil, sería recomendable que se establecieran normas generales, aplicables a todas las clases de acciones de filiación, mediante las cuales se modifique nuestro actual sistema causalista, y se admitiera la presentación de cualquier medio de prueba sin restricción alguna, tanto para impugnar como para reclamar una filiación cuestionada¹¹¹.

4.2.5. Valoración judicial del supuesto de hecho frente a la probable realidad biológica

Otro tema de gran interés con relación a las pruebas biológicas es el de su apreciación judicial, cómo debe resolver el juzgador, dado que en algunos casos la prueba de ADN permite establecer una paternidad con un alto grado de certeza. La

¹⁰⁹ Con esto no quiero decir que deba establecerse una especie de “control de admisibilidad” de las acciones de filiación, limitación que sería contraria al favor veritatis al que hemos hecho referencia anteriormente y que defiendo por considerarlo el criterio más adecuado. Además, establecer una previa calificación del juzgador resultaría discriminatorio y perjudicial en aquellas situaciones en las que la demandante no cuenta con todas las pruebas al momento de interponer la demanda.

¹¹⁰ El pleno jurisdiccional de familia de 1997 estableció por mayoría que la prueba de ADN (y las demás pruebas genéticas) es un medio de prueba y no una causal, debiendo ser interpretado de este modo el artículo 402.6 del Código Civil.

¹¹¹ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Filiación y patria potestad*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 599 y ss.

cuestión es si se debe regresar a un sistema de pruebas plenas, otorgando a las biológicas de paternidad la calidad de determinantes sobre las demás, o si por el contrario, se debe respetar el principio de libre valoración, y que sea el juez quien decida en base a su sana crítica y al conjunto de los medios probatorios actuados en el proceso.

De acuerdo con un sector de la doctrina¹¹², la prueba biológica es una prueba determinante para establecer la verdad biológica, ya sea para confirmarla o para descartarla, debiendo ser valorada por el juzgador de manera absoluta, lo que debe tener un claro reflejo en la sentencia. Incluso, se llega a cuestionar que en estos casos se siga aplicando el criterio de apreciación subjetiva sobre las pericias, desconociendo las leyes de la biología y de la genética en los que se basan este tipo de pruebas¹¹³.

En cambio, para otros autores¹¹⁴, la prueba biológica es una prueba pericial como cualquier otra y, consecuentemente, debe ser valorada como todas las demás por la autoridad judicial. Esta posición a la que me adhiero, reconoce que el valor de las pruebas biológicas en los procesos de filiación, dependerá del que le otorgue el juzgador de acuerdo con su apreciación razonada, siguiendo a la mayor parte de las legislaciones procesales modernas en las que no existen las otrora denominadas pruebas plenas o pruebas tasadas.

¹¹² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit., pp. 202-203.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ LLEDÓ YAGÜE, Francisco. “La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas”. En: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Vol. IV, Madrid, 1994, pp. 36.

Esta afirmación tiene su fundamento en consideraciones de carácter científico. De acuerdo con estudios realizados con relación al ADN, a pesar que en algunos casos puede arrojar un elevado porcentaje sobre la probabilidad de una posible paternidad, en otros, no tanto. En realidad, la prueba no está exenta de algunos problemas técnicos que deben ser tomados en cuenta por el juez al momento de analizar el informe pericial con el resto de las pruebas aportadas al proceso. Uno de los posibles inconvenientes se deriva de la propia técnica empleada por el equipo médico o el laboratorio, de si esta es aceptada mayoritariamente por la comunidad científica y sigue los cánones vigentes¹¹⁵.

Lo segundo a tener en cuenta es que siempre es necesario calcular la probabilidad de paternidad, lo que depende del estudio del área genética de poblaciones y subpoblaciones, hecho que puede influenciar la evaluación estadística de los resultados obtenidos mediante la pericia de ADN.

En suma, si un juez o un tribunal admite la prueba de ADN u otra de validez científica, su convicción dependerá de la evaluación de diversos factores: la calidad del laboratorio, si la técnica es correcta y cualificadamente exacta y aceptada por la comunidad científica, si las muestras pudieron o no estar contaminadas, y si los

¹¹⁵ La valoración de la prueba de ADN dependerá del modo en que esta haya sido realizada. Al efecto, en los EE. UU. han determinado que el proceso de convicción y valoración de la prueba de ADN parte de los siguientes presupuestos: a) la unicidad e individualidad del ADN de cada persona; b) que este test pretende compulsar si dos muestras de ADN tienen los mismos caracteres en un aspecto concreto, el análisis para determinar los polimorfismos, sin olvidar que en su aplicación técnica en el ámbito forense a veces puede cuestionarse su fiabilidad por la influencia de algunas condiciones (como por Ej., el uso de muestras contaminadas), de ahí la necesidad de la capacitación, competencia del laboratorio ad hoc; c) que los métodos estadísticos y los datos de población permitan calcular la probabilidad de que dos muestras del ADN procedentes de diferentes personas puedan por azar o casualidad tener los mismos caracteres; y d) si la técnica es correcta y cualificadamente exacta. Estos parámetros han sido delineados por la Comisión Norteamericana de Tecnología del DNA y son evaluados cuidadosamente por los tribunales de este país.

métodos estadísticos y los datos de población permiten calcular la probabilidad de que dos muestras de ADN, procedentes de diferentes personas, puedan por azar o casualidad tener los mismos caracteres¹¹⁶.

Quien sigue valorando y decidiendo el conflicto es el juez y no el perito, lo contrario sería admitir que basta tener el informe pericial entre las manos para que sus resultados decidiesen la litis. La prueba de ADN no es la panacea para la solución de todos los conflictos de filiación, tal como se ha dado a entender en algunos medios de comunicación.

Cierto es que si los resultados arrojan un alto grado de probabilidad cercano al 99%, puede ser considerados como prueba decisiva de la paternidad, pero sobre todo de la no paternidad, tal como se recoge en el Derecho comparado en reiterada y concordante jurisprudencia¹¹⁷. Pero, esto no quiere decir que siempre y en todos los casos se obtenga tal grado de certeza casi absoluta y que se dejen de lado las demás pruebas, aunque normalmente estas últimas ratifiquen los resultados obtenidos por las biológicas¹¹⁸.

¹¹⁶ Cabe destacar que diversos tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica han rechazado la prueba de ADN, sea por haberse realizado sin las garantías técnicas necesarias o basándose en los datos estadísticos. Así por ejemplo los casos, *State v. Pennell*, *Commonwealth v. Curnin*, *Caldwell v. State*.

¹¹⁷ Con relación al derogado artículo 127 del Código Civil de España cuyo texto ha sido recogido por el artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los tribunales de este país señalan que tienen valor determinante las pruebas de histocompatibilidad (HLA) con resultados de “paternidad probable” alrededor del 89,46%, y prueba de ADN con “paternidad prácticamente probada” de 99,81%, mientras que respecto a la exclusión de la paternidad su fiabilidad es de cien por ciento.

¹¹⁸ En la doctrina argentina, se estima que los exámenes biológicos son prueba decisiva ó suficiente aunque no exista otra que la complemente, si tampoco hay elementos que la contradigan, fundamentó su afirmación en los ínfimos índices de error de estas pruebas, y a que en el ámbito judicial basta con una certeza moral. KEMELMAJER, De Carlucci. “El valor de la prueba genética en el Derecho argentino”. En: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol. IV, Madrid, 1994, p. 177.

Visto lo anterior, considero que no resulta acertada la modificación introducida por la Ley N° 27048 al párrafo final del artículo 402 del Código Civil, en la cual se establece que el juez desestimará las presunciones o supuestos de hecho cuando se hubiese realizado la prueba genética u otra de validez científica. Se entiende pues, que si no se logra probar uno de los supuestos legales pero la prueba biológica es positiva, el juez debe declarar la paternidad, y a la inversa, si la causal está probada pero el vínculo biológico queda descartado por la prueba genética, se resolverá rechazando la pretensión. Reitero lo expresado, el valor de la prueba depende de la apreciación conforme a las reglas de la sana crítica que realice el juzgador¹¹⁹, argumento que cobra mayor fuerza cuando se revisan las normas del Código Procesal Civil, cuyo artículo 197 reconoce expresamente el principio de valoración conjunta de la prueba, sin ninguna excepción.

De ahí que el último párrafo del artículo 402 pueda ser considerado como una usurpación de las facultades naturales que corresponden al juez¹²⁰.

A ello hay que agregarle que en nuestro país no contamos con ninguna normativa que asegure un control de calidad efectivo sobre los laboratorios, y que en general existe desconocimiento sobre el modo en que se realiza esta prueba y la

¹¹⁹ Esta postura ha sido asumida por la Corte Suprema, que en la sentencia dictada en el Exp. N° 3446-96, Lima, estableció que si bien la prueba de ADN tiene un alto grado de certeza eso no impide que el juez la valore conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, lo anterior no supone que el juzgador desconozca el elevado grado de probabilidad en la determinación de la paternidad, cercano al 99,99%, y que resuelva la litis valorándola como una prueba determinante para acreditar la filiación, así en la sentencia del Expediente N° 3114-96, Lima.

¹²⁰ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. T. II. Lima: Grijley, 2000, pp. 54 y ss.

valoración del cálculo de probabilidad de la paternidad, aspectos que resultan fundamentales a fin de analizar esta prueba pericial¹²¹.

4.2.6. La negativa a que se realice la prueba biológica y la posible configuración de un deber de sometimiento. La ilicitud de la prueba

En este último apartado expondré una de las cuestiones más controvertidas en relación a la actuación de las pruebas biológicas como es la de la negativa a someterse a estos exámenes. Ante tal actitud de las partes, las preguntas que surgen es si esta conducta debe ser considerada como una prueba a favor de la filiación, si el sometimiento puede catalogarse como una obligación de los implicados en el proceso y si, en caso necesario, sería posible exigir su cumplimiento mediante el empleo de la coerción física.

En Alemania¹²², las normas procesales permiten el empleo de la vis física ante la negativa a que se practiquen las pruebas biológicas. En este país la jurisprudencia y la doctrina han determinado la existencia de un deber de sometimiento (Duldungspflicht), del que no se hace un uso desmedido, pues para los tribunales solo está justificada la limitación del derecho a la integridad corporal en caso de necesidad (Erforderlichkeit), y cuando la medida adoptada sea proporcional (Verhältnismäßigkeit)¹²³.

¹²¹ CARRACEDO, Ángel y BARROS, Francisco. “El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de paternidad”. En: *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N° 3, Madrid, 1995, pp. 193-208.

¹²² También está admitido el uso de la coerción física, en caso de negativa injustificada, en Dinamarca, Austria y en algunos estados de la Unión Americana. Las estadísticas demuestran que Alemania es el país en el que la paternidad biológica se determina con más frecuencia frente a los países en que se rechaza el recurso a la coerción.

¹²³ Cfr. QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. “Las pruebas biológicas a propósito del auto del Tribunal Constitucional 103/1990, de 9 de marzo”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*, N° 1, Madrid, 1990, pp. 120-121.

De acuerdo con el criterio de necesidad, las inspecciones médico-biológicas pueden ser ordenadas cuando tengan una importancia decisiva para decidir el conflicto, tratándose de la filiación ello se presentaría cuando se hubiesen agotado los demás medios de prueba y aún hubiese dudas sobre la realidad de esta, dudas que solo pudieran ser despejadas por los exámenes biológicos.

Conforme al segundo principio, una persona está obligada a someterse a la prueba siempre que no ponga en riesgo su salud física y psíquica. Un sector de la doctrina¹²⁴, entiende que es posible aplicar una solución similar a la alemana, argumentando que por sobre una posible vulneración al derecho a la integridad y a la libertad de la parte renuente está el derecho del hijo a conocer su propio origen biológico.

Mas, la mayor parte de la doctrina¹²⁵ y las legislaciones no reconocen la obligación *manu militari* de someterse a este tipo de pruebas por considerar que la actuación coercitiva implicaría una vulneración del derecho a la libertad, del derecho a la integridad física de las personas y del derecho a declarar contra sí mismo.

Sin embargo, tampoco sería razonable que el legislador no diera relevancia alguna a tal negativa –más aun teniendo en cuenta que se trata de una prueba lícita que además es ordenada judicialmente–, pues lo contrario supondría dejar indefensa a la parte que propuso las pruebas biológicas, y conculcar el derecho a la tutela

¹²⁴ TORRES CARRASCO, Manuel. “Lazos familiares: la incorporación en el Código Civil de la prueba de ADN para determinar la filiación”. En: *Gaceta Jurídica*. T. 63-B, Lima, 1999, p. 81, fundamentándola en que por encima de cualquier derecho prima el interés superior del niño recogido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

¹²⁵ *Ibidem*.

judicial efectiva, pues con ello se favorecería al litigante de mala fe. Debe entonces entenderse que se trata de una carga impuesta al demandado, cuya negativa a someterse a la misma puede generar consecuencias contrarias a sus intereses.

La negativa no se puede considerar como una confesión ficta de paternidad (o maternidad), esto por una razón fundamental: la confesión para ser tal debe referirse a hechos propios del autor, y que por lo tanto este conoce a ciencia cierta, mientras cuando se trata de pronunciarse sobre la paternidad el único hecho susceptible de confesión es haber mantenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción, pero no el hecho de la paternidad que escapa al conocimiento del interesado, quien solo puede estar seguro de la posibilidad de ser el padre pero no de la realidad de serlo.

Por esta razón, la doctrina y un gran número de resoluciones extranjeras han precisado que la negativa no puede ser considerada una ficta confessio, pero que si la negativa fuera personal¹²⁶, revelara una actitud obstruccionista y fuese además injustificada e irrazonable de modo que supusiese una falta de colaboración con la justicia, puede junto con los demás indicios que demostrasen una posible filiación fundamentar la declaración de paternidad¹²⁷. Lo anterior permite afirmar que la

¹²⁶ Así la jurisprudencia extranjera, ha considerado que no se puede inferir la paternidad cuando la notificación para la realización de la prueba se realizó de forma defectuosa, y la cédula se entregó a un pariente cercano. De igual manera, no puede valorarse como una afirmación de paternidad la negativa que se realiza mediante apoderado procesal de carácter general. Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 24 de mayo de 1989 y 11 de setiembre de 1991.

¹²⁷ El Tribunal Supremo español estableció en el famoso caso del torero Manuel Benítez, “El Cordobés”, que la sola negativa es insuficiente para declarar la paternidad, siendo necesario además acreditar la posibilidad de la fecundación de la mujer, hecho que en el particular era posible inferir de las pruebas aportadas durante el proceso, tales como: la asignación del apellido del demandado sin su oposición, las publicaciones periodísticas de las que era posible inferir las relaciones sexuales en la época de la concepción, la reiterada negativa a someterse a las pruebas biológicas. Esta postura ya había sido adelantada en casos similares (Sentencias de 14 de julio de 1988 y 15 de marzo de 1989), y fue confirmada en posteriores resoluciones expedidas por el mismo Tribunal). La Corte de

negativa no siempre es injustificada, pues contrario sensu se deduce que esa actitud puede tener un fundamento, siendo legítima y admisible la negativa a la toma de muestras. Entiendo que existe justificación cuando ello podría causar graves problemas de salud corporal, daños psíquicos o, en ciertos casos, por motivos religiosos, visto que determinadas creencias o sectas prohíben la extracción de sangre u otro material biológico¹²⁸.

Nuestra actual normativa sigue esta corriente e impide que se pueda obligar a las partes a someterse a las pruebas biológicas. Ciertamente, el artículo 402 inc. 6 introducido por la Ley N° 27048 recoge esta postura estableciendo que ante la negativa a someterse a las pruebas por segunda vez, el juez, valorando esta circunstancia, la conducta del demandado y las pruebas presentadas, puede declarar la paternidad o al hijo como alimentista en el caso de no haber alcanzado la convicción sobre la existencia de la filiación biológica¹²⁹.

Al igual que la jurisprudencia extranjera, nuestros tribunales también han precisado que la negativa puede ser considerada injustificada y ser determinante

Casación italiana ha señalado que la negativa a someterse a las pruebas genéticas puede ser valorada como una admisión de paternidad, así por ejemplo las sentencias de 11 de junio de 1992, 9 de junio de 1995, 19 de setiembre y 22 de octubre de 1997, y 24 de enero de 1998.

¹²⁸ QUESADA GONZÁLEZ, María Coronado. Ob. Cit., p. 113.

Los tribunales españoles no han considerado como causas suficientes para la oposición a las pruebas biológicas: el temor a un posible contagio por SIDA o hemofilia, pertenecer a la secta de los Testigos de Jehová. Así por ejemplo, las Sentencias de 14 de noviembre de 1987 y 23 de setiembre de 1988. En Alemania, una interesante sentencia del OLG de Koblenz de 1975 en un caso de impugnación de la paternidad iniciada por el marido de la madre, esta se negó a someterse a la prueba hematológica alegando que ello le podría causar daños psíquicos, pues sufría de fobia a los pinchazos. En Francia, un ex marido, que era el padre, impugnó el reconocimiento de la paternidad del niño efectuado por el amante de la madre y futuro marido, solicitando que todas las partes implicadas se sometieran al análisis de sangre a lo que se opusieron la mujer y su amante alegando que no deseaban perturbar psicológicamente a un menor de edad de tan solo dos años. Este argumento fue desestimado por el Tribunal de Casación en su sentencia de 25 de junio de 1991, basándose también en los demás hechos acreditados en el proceso.

¹²⁹ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Ob. Cit., p. 291.

para declarar la paternidad cuando concurre con otros indicios que hagan verosímil la filiación¹³⁰. La pregunta que se puede formular al finalizar este artículo es si sería posible y conveniente modificar nuestra Ley procesal, en el mismo sentido que la alemana, permitiendo el empleo de la coerción física sobre la parte renuente al sometimiento a las pruebas biológicas¹³¹.

Es muy difícil dar una respuesta afirmativa y concluyente sobre el particular a la luz de nuestro Texto Constitucional –y tratados internacionales ratificados por el Perú– que si bien protege los derechos fundamentales de la persona a la libertad, a la integridad y el derecho a no declarar contra sí mismo, también reconoce el derecho de los niños, y de las personas en general, a conocer su origen biológico y a determinar su filiación. La decisión final en gran medida depende de nuestros magistrados, quienes a través de sus resoluciones deberán precisar cómo se debe resolver esta colisión de derechos.

De la misma manera, cabe preguntar cuál sería el valor procesal si el examen biológico-genético se realiza con una muestra obtenida por uno de los interesados sin el conocimiento del otro, tal como sucedería si la prueba fuera actuada con una muestra de cabello obtenida mediante terceros o recurriendo al llamado kit de

¹³⁰ En un caso (Cas. N° 1753-2000, Lima) resuelto por nuestros tribunales se declaró infundada la tacha interpuesta por el demandado contra la actuación de la prueba de ADN, quien se negó a someterse a dicho examen alegando que la mencionada prueba no solo no brinda certeza sobre la determinación de la relación de filiación, sino que además, el hospital (Rebagliati) al que se había encomendado la realización de la prueba no contaba con el instrumental necesario para realizarla. Posteriormente, el demandado fundamentó su negativa en una supuesta “imposibilidad moral” por convicciones religiosas, adjuntando para el efecto una copia de su partida de matrimonio. Si bien esta nueva tacha fue declarada improcedente por extemporánea, los jueces consideraron que tal justificación era insuficiente. Valorando esta negativa y los demás indicios sobre la posible existencia de relaciones sexuales, el Tribunal declaró fundada la demanda de filiación extramatrimonial.

¹³¹ VARSÌ ROSPIGLIOSI, Enrique. “La filiación ¿no es cuestión de sexo, es cuestión de piel?”. En: *Gaceta Jurídica*, N° 40, Lima, 2002, p. 27.

paternidad¹³². Ciertamente, de acuerdo con nuestra legislación procesal, se trataría de una prueba ilícita e ineficaz que como tal no podría ser valorada por el juez, ya que ello supone una vulneración al derecho a la intimidad de la madre¹³³.

4.3. La Ley N° 28457: Carga de la prueba e Inversión de la carga al demandado

Formalmente estamos frente a un proceso “ideal” que permitiría que la paternidad de muchos niños sea declarada, sin embargo, objetivamente, esta Ley no contempla que el auxilio judicial no cubre los pagos de ADN (En el laboratorio de Ministerio Público tiene un valor actual de 1500 nuevos soles y entregan los resultados a los 60 días. Prueba en Biolinks costo es S/.1800 nuevos soles, más gastos de traslado y estadía). La mayoría de personas que solicitan el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial son pobres que no cuentan con recursos para ello y si lo hacen ponen en peligro su subsistencia

La oposición es contemplada por la Ley N° 28457 es el ejercicio legítimo del derecho de defensa del demandado. Se realiza en forma expresa y someterse a la prueba genética es un requisito para su procedencia. La inversión de la carga de la prueba constituye una excepción al principio “quien alega debe probarlo” contemplado en el artículo 196° del código adjetivo, por consiguiente; según este principio corresponde al padre demostrar su no vinculación filial imputada por la madre. La inversión se fundamenta, en que la prueba de ADN constituye una verdad

¹³² En 1998, una empresa británica dio a conocer un sistema sencillo para verificar la paternidad. Consiste en una caja que contiene dos algodones adecuados para tomar una muestra de saliva del hijo y otra de su padre, que se remiten por correo al laboratorio y que sirven para determinar, mediante el cotejo de ADN, si el uno es descendiente del otro. Este método permite que muchas personas que sospechen de su posible paternidad puedan verificarla sin necesidad de recabar el consentimiento (previo) de la madre.

¹³³ De acuerdo al artículo 199 CPC, la prueba así obtenida carecería de eficacia considerando que se encuentra comprendida dentro del supuesto de dolo.

biológica que escapa a las presunciones, por consiguiente; quien está en mejor posición para el ofrecimiento y actuación de la prueba de ADN es el padre. Por consiguiente; la inversión de la carga de la prueba se justifica por cuanto; el presunto padre puede ejercitar su derecho de defensa mediante la oposición y es quien se encuentra en mayor ventaja que el niño, por lo que se debe atender al interés del mismo por encima de normas que discriminen.

El artículo 179 del código adjetivo en concordancia con el artículo 2° de la Ley N° 28457 y tomado como referencia el proceso seguido ante el Juzgado de Paz Letrado de Huaraz, Exp. N° 2007-00295; que por Resolución N° 08 de fecha 14 de marzo del 2008 AUTOS Y VISTO, "...; Cuarto. - el Auxilio Judicial solo cubre los gastos de las tasa judiciales y no lo correspondiente a la prueba de ADN; se resuelve: declarar improcedente..."

Aquí, en primera instancia vemos una barrera al acceso a la justicia y si tomamos en cuenta lo antes expuesto podemos establecer que la ley caería en inservible para aquellas mujeres que no cuentan con recursos económicos para asumir el costo de la prueba; siendo una limitante y discriminación económica para el pobre. Por consiguiente; no existe igualdad sino una marcada discriminación y vulneración de derechos de la mujer y del niño, que en suma es la madre que en la mayoría de casos es madre soltera, que cría, educa, mantiene el hogar y el dinero no le sobra.

El derecho a la no discriminación trata de reconocer la identidad entre personas que participan de iguales condiciones y calidades comunes a todos los seres humanos. La norma antes mencionada está en concordancia con el artículo 103 de la Constitución que prohíbe dictar leyes especiales por razón de la diferencia

de las personas, más de carácter personal que quebrarían el principio de igualdad ante la ley. Asimismo, el artículo 24° de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que la administración de justicia común es gratuita para las personas de escasos recursos económicos...”.

De la breve revisión de nuestra legislación se establece la existencia de desigualdades entre los justiciables y otorga el derecho a los de menores recursos o en los casos que determina la ley. En mérito de lo antes expuesto, artículo 2° de la Ley N° 28457 sólo confirma la discriminación existente por razones socio económica pobreza.

El Código del niño y adolescente prevé en el “ Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente el interés superior del niño; que no es más que un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y es un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que se refleja en la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia.

Teniendo como premisa que: “El magistrado puede disponer que el demandado abone dicho pago, siempre que la demandante intervenga en el proceso con auxilio judicial y no pueda abonarla, lo que constituiría suficiente fundamento para disponer que el demandado abone el costo de la prueba genética del ADN, de lo contrario, se estaría poniendo en estado de indefensión a la demandante, y como consecuencia en peligro de subsistencia y la de quienes de ella dependen...”

Del párrafo precedente; se resalta que el juez no debe ceñirse al principio de legalidad; sino en apreciación de su sana crítica; en estos procesos debe contemplar el estado de vulnerabilidad que se encuentra el menor tomando las fuentes de las normas supranacionales en su correlación con las nacionales en aras de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial el derecho a tener una verdadera identidad y un nombre, y dado el carácter especial y referente de los procesos de filiación de menores de edad.

Está comprobado que la prueba de ADN, por su costo elevado sólo es accesible para algunos; que mediante el control difuso de la constitución preferirá la norma constitucional ante una norma legal según el párrafo segundo del artículo 138° de la Constitución Política, en este contexto hay que interpretar los alcances del artículo 2° de la Ley N° 28457 se podrá otorgar auxilio judicial siempre y cuando exista la declaración de extrema pobreza y se ponga en peligro la subsistencia del demandante y a favor de quien lo pide. En los demás casos corre a cuenta de quien lo solicite.

4.4. La filiación en el derecho comparado

a) La filiación matrimonial

PAÍS	NORMAS LEGALES
COLOMBIA	<p>Art. 149 del CC. Los hijos procreados en un matrimonio que se declara nulo son legítimos.</p> <p>Art. 213 del CC. El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo.</p> <p>Art. 236 del CC. Son también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el</p>

	<p>que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que van a expresarse.</p> <p>Art. 237 del CC. El matrimonio posterior legitima ipso jure a los hijos concebidos antes y nacidos en él.</p> <p>Art. 238 del CC. El matrimonio de los padres legitima también ipso jure a los que uno y otro hayan reconocido como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales.</p>
CHILE	<p>Art. 180 del CC. La filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo.</p> <p>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 Art. 187. Esta filiación matrimonial aprovechará en su caso, a la posteridad del hijo fallecido.</p> <p>En los demás casos la filiación es no matrimonial.</p> <p>Art 122 del CC. El matrimonio nulo, (...) Con todo, la nulidad declarada por incompetencia del funcionario, por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por inhabilidad de éstos, no afectará la filiación matrimonial de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error.</p>
ARGENTINA	<p>Art. 221 del CC. Si el matrimonio anulado hubiese sido contraído de buena fe por ambos cónyuges producirá, hasta el día en que se declare su nulidad, todos los efectos del matrimonio válido. (...)</p> <p>Art. 223 del CC. Si el matrimonio anulado fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno. La nulidad tendrá los efectos siguientes:</p>

	<p>Iro. La unión será reputada como concubinato;</p> <p>Art. 240 del CC. La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial.</p> <p>La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este código.</p>
VENEZUELA	<p>Art. 127 del CC. El matrimonio declarado nulo produce efectos civiles, tanto respecto de los cónyuges como respecto de los hijos, aun nacidos antes del matrimonio, si ha sido contraído de buena fe por ambos contrayentes. Si sólo hubo buena fe de uno de los cónyuges, el matrimonio surte efectos civiles únicamente a favor de él y de los hijos. Si hubo mala fe de ambos cónyuges, el matrimonio sólo produce efectos civiles respecto de los hijos.</p> <p>Art. 201 del CC. El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación.</p>
PERÚ	<p>Art. 284 del CC. El matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio.</p> <p>Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos.</p> <p>Artículo 361 del CC. El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.</p> <p>Art. 362 del CC. El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.</p> <p>Artículo 375 del CC. La filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, o por otro instrumento</p>

	<p>público en el caso del artículo 366, inciso 2, o por sentencia que desestime la demanda en los casos del artículo 363.</p> <p>A falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres.</p>
--	--

La filiación matrimonial es aquella figura que determina en principio la relación filial de cada persona con sus progenitores habiendo éstos estado casados en el momento de la concepción o el nacimiento. Cada una de las legislaciones de Colombia, Chile, Argentina, Venezuela y Perú regula esta clase de filiación, pero en unos países no se hace de manera expresa como ocurre en Argentina y Venezuela, aunque en estos existen normas legales de las cuales se puede inferir el significado de la filiación matrimonial.

Al no existir texto legal específico, otra fuente de gran utilidad es la doctrina, que en cada país con el transcurso del tiempo ha buscado dar solución a la falta de precisión y vacíos que ha dejado el legislador.

La filiación matrimonial es la forma más representativa de la figura jurídica de la filiación, ya que al estar dos personas casadas y dentro del matrimonio nace o se concibe una persona, surge inmediatamente una relación paterno-filial de esta última con las dos primeras y trae consigo los efectos propios de dicha figura.

Tanto en la legislación colombiana como en la chilena se consagran los casos en los cuales a un hijo se le considera como matrimonial o legítimo, partiendo de la base de que un hijo concebido dentro del matrimonio es hijo

legítimo. Además, ambas consagran la figura de la legitimación de un hijo natural, dándose ésta con el matrimonio subsiguiente a la concepción o al nacimiento. En este último caso mediante un reconocimiento en el acto del matrimonio. En este punto la legislación chilena es más clara ya que plantea la posibilidad de legitimar a un hijo que no haya sido reconocido anteriormente mediante el acto del matrimonio, mientras que en Colombia el matrimonio subsiguiente lo legitima pero siempre y cuando la maternidad o paternidad hayan sido reconocidas con los requisitos legales establecidos. Esto nos permite deducir que tanto la legislación colombiana como la chilena plantean las mismas formas de establecer la filiación matrimonial.

Es de añadir que la legislación chilena al final del Art. 180 del CC dispone, “*en los demás casos será no matrimonial*”, lo cual indica que no existe otra forma de filiación matrimonial y establece de una manera expresa la filiación no matrimonial (extramatrimonial), lo cual no es así regulado en Colombia al no haber un texto legal que así lo indique.

Por otro lado vemos cómo en las legislaciones argentina, venezolana y peruana no existe texto legal expreso que regule la clasificación en materia de filiación como tal y nos indique en qué casos específicos se determina la filiación matrimonial. Sin embargo, existen otros artículos de los cuales se puede inferir la existencia de las tres clases de filiación (matrimonial, extramatrimonial y adoptiva), pero en el caso de filiación matrimonial no hay texto legal que la establezca.

En el caso de Argentina, el artículo 240 del CC nos habla de las tres clases de Filiación, se plantea la existencia de la filiación matrimonial. El artículo 246 del CC trata sobre la forma de determinar la filiación matrimonial, planteando que se prueba *“1o. Por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio de los padres, de conformidad con las disposiciones legales respectivas. 2do. Por sentencia firme en juicio de filiación”*.

Este artículo nos indica que la relación paterno-filial conocida como matrimonial surge por el nacimiento de un hijo dentro del matrimonio de sus padres. Sin embargo, queda un vacío frente a la concepción ya que, a diferencia de Colombia y Chile, en Argentina no se regula este tema. Por otro lado la legitimación de que se habla en la legislación colombiana y chilena no está regulada en el Código Civil Argentino ya que estos textos legales fueron derogados por la Ley 23.264, quedando en duda la permanencia de la figura de la legitimación en la legislación argentina.

El artículo 201 del Código Civil de Venezuela, establece que *“se tiene al marido como padre del hijo nacido del MATRIMONIO o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación”*. Esto nos indica el origen de la filiación matrimonial en la medida que el hijo ha nacido dentro del matrimonio; se entiende que su relación paterno filial es matrimonial, aunque expresamente no lo diga, debe inferirse que esta clase de filiación se determina por el nacimiento de un hijo dentro del tiempo en que sus padres estuvieron casados. De igual manera, a nuestro parecer, cabe señalar que si bien no lo regula en una norma expresa debe

entenderse que, si el nacimiento la determina, la concepción de un hijo dentro del matrimonio también lo hace, ya que al plantear, “*o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación*”, da a entender que la concepción de una persona dentro del matrimonio también origina la filiación matrimonial aunque haya nacido fuera de él.

El Código Civil Venezolano no menciona la figura de la legitimación de un hijo, creando así un interrogante que surge ya que como en Colombia o Chile debe haber alguna figura que regule el evento en que los padres contraigan matrimonio después del nacimiento de un hijo.

Al igual que en las legislaciones argentina y venezolana en Perú no existe texto legal que defina expresamente la filiación matrimonial y que de la misma forma nos indique cuáles son los casos en que esta se origina. Pero, este país, así como lo hacen Argentina y Venezuela establece textos legales que nos llevan a colegir que la filiación matrimonial se origina por el nacimiento del hijo dentro del matrimonio de sus padres o que habiendo nacido después de éste ha sido concebido dentro del mismo en un término legal establecido.

Es importante mencionar que en la legislación peruana se habla de una presunción al decir que “*el hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera*”. Esto afirma aún más que la relación paterno-filial se considera matrimonial en el caso de que el hijo haya nacido dentro del matrimonio así se diga que no es hijo del padre, caso en el cual, si se quiere dejar de tener esta calidad, se deben iniciar las acciones pertinentes para tal efecto.

En este sentido se puede inferir que de los textos legales como los de las presunciones de paternidad, en las cuales se consagra la posible paternidad de un hombre sobre un hijo que nace dentro del matrimonio, no se habla de cuáles son los casos de filiación matrimonial, pero se concluye que se determina cuando el hijo ha nacido dentro del matrimonio y de esto mismo también se infiere que si bien es matrimonial un hijo nacido lo es más aún uno concebido, esto pasa en las legislaciones argentina, peruana y venezolana. Pero existe un problema frente a los hijos legitimados, ya que, a diferencia de Colombia y Chile, en estas tres legislaciones no existe ni siquiera norma legal que nos permita concluir en qué casos un hijo siendo natural puede ser legitimado.

Un punto que cobra vital importancia al referirnos a los hijos matrimoniales es el evento en el cual un matrimonio es declarado nulo, siendo la regla general en Colombia, Chile, Venezuela y Perú que el efecto de la declaración de nulidad del matrimonio frente a los hijos no hace variar en forma alguna la calidad de hijo matrimonial que ya habían adquirido durante la vigencia del matrimonio de sus padres. Referente a este punto en Chile se especifica que tal efecto solo se produce respecto a algunas causales de nulidad siendo éste país el único en establecer tal disposición a diferencia de Colombia, Perú y Venezuela en donde no se mencione alguna o algunas causales específicas entendiéndose de esta manera que simplemente se entiende que un hijo de un matrimonio declarado nulo cualquiera sea su causa siempre será matrimonial. Argentina, Venezuela y Perú hacen la distinción de si el matrimonio que es declarado nulo fue contraído con buena o mala fe de uno o ambos cónyuges, la legislación venezolana y la peruana independientemente de hacer tal distinción, disponen que los efectos respecto a

los hijos son los mismos, es decir no varía la calidad de matrimoniales que ya tenían; en Argentina el tratamiento a esta distinción cobra una relevancia diferente ya que dependiendo de si hubo buena o mala fe de ambos cónyuges el hijo conservará su calidad de matrimonial o pasará a ser extramatrimonial, este último caso en el evento en que el matrimonio fue contraído de la mala fe por ambos cónyuges.

Es así como podemos concluir que las cinco legislaciones fueron redactadas bajo el mismo espíritu y el mismo fin aunque siendo unas más explícitas que otras. En esta medida vemos cómo la armonización de las normas legales referentes al tema, es más compleja, ya que si bien todas siguen una misma directriz en cuanto al establecimiento de la filiación matrimonial, el desarrollo que se plantea en cada legislación no es tan similar encontrándonos con diferencias y vacíos como lo es el caso de la legitimación el cual no es tratado en algunas legislaciones; por esta razón creemos que una armonización en este punto legal es más complicada de llevarse a cabo dado que cada país ha desarrollado una normatividad que aunque en el fondo es similar presenta significantes divergencias.

b) La filiación extramatrimonial

PAÍS	NORMAS LEGALES
COLOMBIA	Art. 1º Ley 45 de 1936. el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural (extramatrimonial), cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesta en la presente ley. También se tendrá esta calidad

<p>respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento.</p> <p>Art. 6° Ley 75 de 1968. Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente:</p> <p>1°) En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.</p> <p>2°) En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abusos de autoridad o promesa de matrimonio.</p> <p>3°) Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.</p> <p>4°) En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.</p> <p>Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.</p> <p>En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquel por actos positivos acogió al hijo como suyo.</p> <p>5°) Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo, y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las</p>

	<p>excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.</p> <p>6°) Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.</p>
CHILE	<p>Art. 179 del CC. 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 rigen por la ley respectiva.</p> <p>Art. 180 del CC. 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 Art. 18714. Esta filiación matrimonial aprovechará, en su caso, a la posteridad del hijo fallecido. En los demás casos la filiación es no matrimonial.</p> <p>Art. 186 del CC. La filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación.</p>
ARGENTINA	<p>Art. 240 del CC. La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial.</p> <p>La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este código.</p> <p>Art. 247 del CC. La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.</p>

VENEZUELA	<p>Art. 209 del CC. La filiación paterna de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio se establece legalmente por declaración voluntaria del padre, o después de su muerte, por sus ascendientes, en los términos previstos en el artículo 23015.</p> <p>Art. 210 del CC. A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que haya sido consentido por el demandado.</p>
PERÚ	<p>Art. 386 del CC. Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.</p> <p>Art. 387 del CC. El reconocimiento y la sentencia de declaratoria de paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.</p>

Sólo la legislación chilena es precisa al hacer referencia al significado de la filiación matrimonial. Esto lo hace en el artículo 180 del Código Civil y en este mismo en su inciso final señala: “En los demás casos la filiación es no matrimonial”, aclarando de esta manera que debe entenderse por filiación extramatrimonial y los eventuales casos en que podría presentarse; por otro lado y de forma diferente a lo que sucede en Chile las legislaciones de Colombia, Argentina, Venezuela y Perú no hacen referencia explícita al significado de la filiación extramatrimonial, matrimonial o adoptiva.

En estos países cada legislador trató efectivamente el tema de las clases de filiación pero se hizo de una forma general, no haciendo una referencia explícita sobre que se entiende por cada una de ellas, aunque es claro como del esquema general es posible llegar a la deducción de que se entiende por cada clase de filiación

y es así como podemos observar que la filiación extramatrimonial existe en todos los países y como se explicara más adelante se siguen los mismos lineamientos en las diferentes legislaciones.

Se podría afirmar que la filiación extramatrimonial es aquel vínculo jurídico que surge entre un hijo y sus padres quienes no se encontraban casados ni al momento de la concepción ni en el nacimiento de la criatura y la cual se determina por el reconocimiento expreso de los padres o por sentencia judicial.

En Colombia la Ley 45 de 1936 es la encargada de regular la filiación natural (extramatrimonial) y es en su artículo 1° donde establece quienes son los hijos naturales, hoy llamados extramatrimoniales, haciendo referencia a que estos son aquellos nacidos de padres que en el momento de la concepción no se encontraban casados, cuando han sido recocidos o declarados judicialmente como tal y también lo serán los hijos nacidos de madre soltera o viuda. Además en el Art. 6° de la Ley 75 de 1968 se establecen los casos en que los que hay lugar a la declaración de la paternidad extramatrimonial, de tal manera que no solo por el hecho de que haya sido concebido y nacido fuera del matrimonio se considera hijo extramatrimonial sino que existen eventos específicos que la pueden determinar.

En Argentina, Venezuela y Perú el tema de la filiación extramatrimonial es tratado de una forma más sencilla que en Colombia y Chile, estos países siguen un esquema muy similar, por ejemplo en Argentina solo 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, en el caso venezolano, se omite también la

explicación de cada una de las clases de filiación y respecto a la filiación extramatrimonial se hace solamente referencia a la filiación paterna de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio; por último la legislación peruana se limitó a establecer quienes son hijos extramatrimoniales siendo estos los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

El tema de la prueba de la filiación extramatrimonial en Colombia, Chile, Argentina, Venezuela y Perú tiene un tratamiento semejante, en todos se establece como tal el reconocimiento de los padres y la sentencia en juicio de filiación; es de esta forma como queda determinada legalmente la filiación extramatrimonial en los cinco países, claro está, encontrando algunas diferencias en las cinco legislaciones.

Es importante aclarar que en legislaciones como la colombiana, la chilena y la argentina, cuando se habla de hijo natural, debe entenderse que se hace referencia al hijo extramatrimonial ya que en estas legislaciones el término de “natural” ya no se utiliza como tal.

En cuanto 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 como iguales, regla que también es aplicable a los hijos adoptivos. Esta igualdad impera en todas las cinco legislaciones, de tal manera que se busca una protección para todos los hijos, cualquiera que sea su calidad sin discriminarlos, esta ha sido la tendencia que han adoptado la mayoría de los países por no decir que todos.

En conclusión, podemos decir que, si bien no hay norma expresa en todas las legislaciones, la filiación extramatrimonial en cada una de estas se presenta en el evento en que el hijo haya sido concebido y nacido fuera del matrimonio. Es así como las legislaciones objeto de nuestro estudio han establecido una normatividad bastante similar respecto a la filiación extramatrimonial sobre todo en lo referente a los hijos que gozan de dicha calidad, velando todos por el cuidado y protección de éstos, vemos, así como la idea de armonización en este tema es también como ya se observa posible y sobre todo viable.

c) Reconocimiento

PAÍS	NORMAS LEGALES
COLOMBIA	<p>Art. 1º ley 75 de 1968 El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En el acta de nacimiento, firmándola quien reconozca. 2. Por escritura pública. 3. Por testamento, caso en el cual la renovación de este no implica la del reconocimiento. 4. Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene. <p>El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquiera persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, el defensor de menores y el ministerio Público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previstos los trámites de una articulación.</p>

	<p>Art. 2° Ley 75 de 1968. El reconocimiento de la paternidad podrá hacerse antes del nacimiento, por los medios que contemplan los ordinales 2°, 3° y 4° del Art. 1°.</p> <p>Art. 3° Ley 75 de 1968. El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges. 2. Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el Título X del Libro I del CC la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba, con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del defensor de menores, si fuere menor. 3. Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido. <p>Art. 5° Ley 75 de 1968. El reconocimiento solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil.</p>
CHILE	<p>Art. 186 del CC. La filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación.</p> <p>Art. 187 del CC. El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, según los casos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los padres;

2. En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil;
3. En escritura pública, o
4. En acto testamentario.

Si es uno solo de los padres el que reconoce, no será obligado a expresar la persona en quien o de quien tuvo al hijo.

El reconocimiento que no conste en la inscripción de nacimiento del hijo, será subinscrito a su margen.

Art. 188 del CC. El hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción del nacimiento, es suficiente reconocimiento de filiación.

También lo es la confesión de paternidad o maternidad, prestada bajo juramento por el supuesto padre o madre que sea citado a la presencia judicial con tal objeto por el hijo o, si éste es incapaz, por su representante legal o quien lo tenga bajo su cuidado. En la citación, que no podrá ejercerse más de una vez con relación a la misma persona en caso de que concurra, se expresará el objeto de la misma y se requerirá la presencia personal del supuesto padre o madre. El acta en que conste la confesión de paternidad o maternidad se subinscribirá_ al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, para lo cual el tribunal remitirá al Registro Civil copia auténtica.

Si el citado no compareciere personalmente a la audiencia fijada por el tribunal, se podrá solicitar una segunda citación dentro de los tres meses siguientes.

Toda citación pedida de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona citada, obligará al solicitante a indemnizar los perjuicios causados al afectado.

Art. 189 del CC. No surtirá efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta, sin perjuicio del derecho a ejercer las

	<p>acciones a que se refiere el Art. 208. El reconocimiento es irrevocable, aunque se contenga en un testamento revocado por otro acto testamentario posterior, y no susceptible de modalidades.</p> <p>El reconocimiento no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción de éste al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.</p> <p>Art. 190 del CC. El reconocimiento por acto entre vivos señalado en el Art. 187, podrá realizarse por medio de mandatario constituido por escritura pública y especialmente facultado con este objeto.</p> <p>Art. 191 del CC. El hijo que, al tiempo del reconocimiento, fuere mayor de edad, podrá repudiarlo dentro del término de un año, contado desde que lo conoció. Si fuere menor, nadie podrá repudiarlo sino él y dentro de un año, a contar desde que, llegado a la mayor edad, supo del reconocimiento.</p> <p>El curador del mayor de edad que se encuentre en interdicción por demencia o sordomudez, necesitará autorización judicial para poder repudiar.</p> <p>El repudio deberá hacerse por escritura pública, dentro del plazo señalado en el presente Artículo. Esta escritura deberá subinscribirse al margen de la Inscripción del nacimiento del hijo.</p> <p>La repudiación privará retroactivamente al reconocimiento de todos los efectos que beneficien exclusivamente al hijo o sus descendientes, pero no alterará los derechos ya adquiridos por los padres o terceros, ni afectará a los actos o contratos válidamente ejecutados o celebrados con anterioridad a la subinscripción correspondiente.</p> <p>Toda repudiación es irrevocable.</p>
--	---

	<p>Art. 192 del CC. No podrá repudiar el hijo que, durante su mayor edad, hubiere aceptado el reconocimiento en forma expresa o tácita.</p> <p>La aceptación es expresa cuando se toma el Título de hijo en instrumento público o privado, o en acto de tramitación judicial.</p> <p>Es tácita cuando se realiza un acto que supone necesariamente la calidad de hijo y que no se hubiere podido ejecutar sino en ese carácter.</p> <p>Art. 193 del CC. Si es muerto el hijo que se reconoce o si el reconocido menor falleciere antes de llegar a la mayor edad, sus herederos podrán efectuar la repudiación dentro del año siguiente al reconocimiento, en el primer caso, o de la muerte, en el segundo. Sujetándose a las disposiciones de los artículos anteriores.</p> <p>Si el reconocido mayor de edad falleciere antes de expirar el término que tiene para repudiar, sus herederos podrán efectuar la repudiación durante el tiempo que a aquél hubiese faltado para completar dicho plazo.</p> <p>Art. 194 del CC. La repudiación de cualquiera de los reconocimientos que dan lugar a la filiación matrimonial de los nacidos antes del matrimonio de los padres, que fuere otorgada en conformidad con las normas anteriores, impedir que se determine legalmente dicha filiación.</p>
<p>ARGENTINA</p>	<p>Art. 247 del CC. La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.</p> <p>Art. 248 del CC. 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</p>

	<p>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 prescrito en el presente capítulo es aplicable a la madre cuando no hubiera tenido lugar la inscripción prevista en el Artículo 242.</p> <p>Art. 249 del CC. 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.</p> <p>Art. 250 del CC. 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.</p>
<p>VENEZUELA</p>	<p>Art. 217 del CC. El reconocimiento del hijo por sus padres, para que tenga efectos legales, debe constar:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En la partida de nacimiento o en acta especial inscrita posteriormente en los libros del Registro Civil de Nacimientos. 2. En la partida de matrimonio de los padres. 3. En testamento o cualquier otro acto público o auténtico otorgado al efecto, en cualquier tiempo. <p>Art. 218 del CC. El reconocimiento puede también resultar de una declaración o afirmación incidental en un acto realizado con otro objeto, siempre que conste por documento público o auténtico y la declaración haya sido hecha de un modo claro e inequívoco.</p> <p>Art. 219 del CC. El reconocimiento que se haga de un hijo muerto no favorece como heredero al que lo</p>

	<p>reconoce, sino en el caso de que éste pruebe que aquél gozaba en vida de la posesión de estado.</p> <p>Art. 220 del CC. Para reconocer a un hijo mayor de edad, se requiere su consentimiento, y si hubiese muerto, el de su cónyuge y sus descendientes si los hubiere, salvo prueba, en este último caso, de que el hijo ha gozado en vida de la posesión de estado.</p> <p>Art. 221 del CC. El reconocimiento es declarativo de filiación y no puede revocarse, pero podrá impugnarse por el hijo y por quien quiera que tenga interés legítimo en ello.</p> <p>Art. 222 del CC. El menor que haya cumplido dieciséis años de edad puede reconocer válidamente a su hijo; también podrá hacerlo antes de cumplir dicha edad, con autorización de su representante legal y, en su defecto con la del Juez competente, quien tomará las providencias que considere oportunas en cada caso.</p> <p>Art. 223 del CC. El reconocimiento hecho separadamente por el padre o la madre sólo produce efectos para quien lo hizo y para los parientes consanguíneos de éste. El reconocimiento del concebido sólo podrá efectuarse conjuntamente por el padre y la madre.</p> <p>Art. 224 del CC. En caso de muerte del padre o de la madre, el reconocimiento de la filiación puede ser hecho por el ascendiente o ascendientes sobrevivientes de una u otra línea del grado más próximo que concurren en la herencia, de mutuo acuerdo si pertenecen a la misma línea, y en las condiciones que establecen las disposiciones contempladas en los artículos de esta sección y con iguales efectos.</p> <p>Art. 225 del CC. Se puede reconocer voluntariamente al hijo concebido durante el matrimonio disuelto con fundamento en el artículo 185A de este Código, cuando el período de la concepción coincida con el lapso de la separación que haya dado lugar al divorcio.</p>
--	---

PERÚ	<p>Art. 387 del CC. El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.</p> <p>Art. 388 del CC. El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.</p> <p>Art. 389 del CC. El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando éstos se hallen comprendidos en los artículos 43 incisos 2 y 3 y 44, incisos 2 y 3, o en el artículo 47 o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo.</p> <p>Art. 390 del CC. El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.</p> <p>Art. 391 del CC. El reconocimiento en el registro puede hacerse en el momento de inscribir el nacimiento o en declaración posterior mediante acta firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente.</p> <p>Art. 392. del CC. Cuando el padre o la madre hiciera el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. Toda indicación al respecto se tiene por no puesta. Este artículo no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido.</p> <p>Art. 393 del CC. Toda persona que no se halle comprendida en las incapacidades señaladas en el Artículo 389 y que tenga por lo menos catorce cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial.</p>
-------------	---

	<p>Art. 394 del CC. Puede reconocerse al hijo que ha muerto dejando descendientes.</p> <p>Art. 395 del CC. El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.</p> <p>Art. 396 del CC. El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.</p> <p>Art. 397 del CC. El hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro.</p> <p>Art. 398 del CC. El reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace derechos sucesorios ni derecho a alimentos, sino en caso que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento.</p> <p>Art. 399 del CC. El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395.</p> <p>Art. 400 del CC. El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.</p> <p>Art. 401 del CC. El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.</p>
--	--

Dentro de la legislación de familia existe una figura jurídica establecida para determinar la filiación extramatrimonial o no matrimonial de una persona frente a otra. Como habíamos mencionado anteriormente el reconocimiento es una forma de determinar la filiación extramatrimonial, doctrinariamente en Colombia es una

confesión, un acto declarativo y es irrevocable¹³⁴. En la legislación peruana se hace por medio de un acto jurídico unilateral de carácter irrevocable, por el que se admite la paternidad o la maternidad extramatrimonial¹³⁵. Para la doctrina argentina el reconocimiento es un acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es su hijo, es un acto unilateral, individual e irrevocable¹³⁶. De esta manera tenemos que los autores de cada uno de estos países exponen en sus obras los mismos caracteres del reconocimiento lo cual nos da una base y una guía para hacer una mejor comparación.

Ahora debemos hacer la comparación de los textos legales que regulan la figura. En Colombia el reconocimiento se puede hacer de varias formas como lo son básicamente en el acta de nacimiento, por testamento, por escritura pública o por una manifestación expresa ante un juez. En Chile se hace de una manera muy similar, por escritura pública, por acto testamentario, acta al momento de inscribir el nacimiento o el matrimonio de los padres y en acta en cualquier momento y ante cualquier autoridad del Registro Civil. En Argentina se hace de forma muy similar, por medio de acta que resulte de la declaración hecha ante el funcionario del Registro Civil cuando se inscriba el nacimiento, por escritura pública o por testamento, estos últimos, aunque no lo diga así la redacción del texto hace deducir que es de esta forma. El Código Civil Venezolano dispone lo mismo, por testamento, por escritura pública o por la partida de la inscripción del nacimiento o

¹³⁴ VALENCIA ZEA, Arturo. ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Bogotá: Temis, 1995, p. 513.

¹³⁵ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Ob. Cit., p. 279

¹³⁶ BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 234.

del matrimonio. La legislación peruana hace lo mismo y dispone que se puede hacer por la inscripción del nacimiento, por escritura pública o por testamento.

En las cinco legislaciones el reconocimiento se hace básicamente bajo las mismas formas como lo es el testamento, escritura pública o por el acta de nacimiento. En algunas como Chile y Venezuela se hace por el acta de matrimonio de los padres, caso que no es contemplado expresamente en las otras legislaciones como forma de llevar a cabo el reconocimiento.

En Colombia se puede hacer por medio de una manifestación espontánea y directa ante un Juez, cosa que en ninguno de los otros cuatro países ha sido establecido de manera expresa, por lo cual es una forma exclusiva de la legislación colombiana. A pesar de esto las tres formas comunes tienen un tratamiento igual en dichos países.

El reconocimiento en todas las legislaciones es irrevocable, aspecto que no indica que no sea susceptible de acción de impugnación como se hablará más adelante. En los cinco países la irrevocabilidad es una característica del reconocimiento, así lo establece Colombia en el artículo 1° de la Ley 75 de 1968, Chile en el artículo 189 del Código Civil, Argentina en el artículo 249 del Código Civil, en Venezuela el artículo 221 del Código Civil contiene esta disposición y en la legislación peruana el artículo 395 del Código Civil también lo hace así. Además de ser irrevocable el reconocimiento debe ser puro y simple, es decir no puede estar sujeto a condición, lo cual también está determinado en todas las legislaciones mencionadas.

Los anteriores son aspectos comunes que podemos encontrar en todas las legislaciones, pero en las cinco legislaciones existen eventos que son regulados y no en otras como en el caso del reconocimiento del hijo de mujer casada, evento que se da en la regulación colombiana y peruana. En Perú solo consagra esta posibilidad si el marido lo hubiere negado y obtenido sentencia favorable, en cambio en Colombia se establece aparte de estos eventos, que el hijo haya sido concebido durante el divorcio o separación legal de los cónyuges. Vemos cómo en estos dos países se da la posibilidad de reconocer al hijo de mujer casada en unos casos, cosa que no sucede en las otras legislaciones.

En Chile por ejemplo se regula expresamente la figura de la repudiación por parte del hijo. Esto no está dispuesto en ninguna otra de las legislaciones, en las que existe la impugnación más no la repudiación. La legislación venezolana trae disposiciones para el reconocimiento de un hijo muerto, el reconocimiento de un hijo cuyo padre o madre sea menor de edad, pero mayor de 16 años. Esta es una disposición inexistente en las otras legislaciones.

Podemos concluir que en cada una de las legislaciones se regulan casos que en otras no, pero básicamente el régimen general del reconocimiento como forma de determinar la filiación extramatrimonial es el mismo. Las formas de llevarlo a cabo al igual que los efectos también son regulados de la misma manera, pudiéndolo realizar tanto el padre como la madre o en algunos casos los herederos de estos. Además, el reconocimiento tiene las mismas características en cada uno de los países, según lo expuesto por los más importantes autores de cada uno de estos, en esta medida, al igual que en los temas anteriormente comparados y comentados, los

cinco países tienen disposiciones muy similares en este sentido, con diferencias de forma o en algunos casos regulando temas que en otros no se hace así pero que en el fondo tienen el mismo sentido.

El reconocimiento como figura jurídica dentro de la institución de la filiación en términos generales se realiza de la misma manera en Colombia, Chile, Argentina, Venezuela y Perú, siendo un punto relevante en el evento de una posible armonización legal la cual sería factible dada su trascendental importancia y teniendo en cuenta la independencia de cada legislación para regular de forma interna el tema.

d) Pruebas en procesos de filiación

PAÍS	NORMAS LEGALES
COLOMBIA	<p>Art. 1° Ley 721 de 2001. El artículo 7° de la Ley 75 de 1968, quedará así: Artículo 7°. En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.</p> <p>Parágrafo 2°. Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del ADN con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo.</p> <p>Art. 3° Ley 721 de 2001. Sólo en los casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.</p> <p>Art. 398 del CC. Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de dicho estado,</p>

	<p>deberá haber durado cinco años continuos por lo menos.</p> <p>Art. 399 del CC. La posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falla de la respectiva partida, o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera encontrarse.</p>
CHILE	<p>Art. 198 del CC. En los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte. No obstante, para estos efectos será insuficiente por sí sola la prueba testimonial, y se aplicarán a la de presunciones los requisitos del Art. 1712. Art. 199 del CC. Las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el juez. Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un informe pericial biológico. La negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configura una presunción grave en su contra, que el juez apreciará en los términos del Art. 426 del Código de Procedimiento Civil.</p> <p>Art. 200 del CC. Art. 200. La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable (...).</p>
ARGENTINA	<p>Art. 246 del CC. La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba: 1ro. Por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio de los padres, de conformidad con las</p>

	<p>disposiciones legales respectivas. 2do. Por sentencia firme en juicio de filiación.</p> <p>Art. 247 del CC. La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declara tal.</p> <p>Art. 253 del CC. 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.</p> <p>Art. 256 del CC. La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico.</p>
<p>VENEZUELA</p>	<p>Art. 197 del CC. La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros del Registro Civil, con identificación de la madre.</p> <p>Art. 198 del CC. En defecto de la partida de nacimiento, son también pruebas de filiación materna:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La declaración que hiciera la madre o después de su muerte, sus ascendientes, con el fin de reconocer la filiación, en las condiciones y con las formalidades que se señalan en el Capítulo III de este Título. b) La posesión de estado del hijo, establecida de conformidad con las reglas contempladas en ese mismo capítulo. <p>Art. 199 del CC. A falta de posesión de estado y de partida de nacimiento, o cuando el hijo fue inscrito bajo falsos nombres, o como nacido de padres inciertos, o bien si se trata de suposición o sustitución de parto, la prueba de filiación materna puede efectuarse en juicio con todo género de pruebas, aun</p>

	<p>cuando, en estos dos últimos casos, exista acta de nacimiento conforme con la posesión de estado.</p> <p>La prueba de testigos sólo se admitirá cuando exista un principio de prueba por escrito, o cuando las presunciones o los indicios resultantes de hechos ya comprobados sean bastante graves para determinar su admisión.</p> <p>El principio de prueba por escrito resulta de documento de familia, de registros y de cartas privadas de los padres, de actos privados o públicos provenientes de una de las empeñadas en la litis, o de persona que tuviere interés en ella.</p> <p>Art. 200 del CC. La prueba contraria puede hacerse por todos los medios propios para demostrar que la persona de quien se trata no es realmente el hijo de la mujer que él pretende tener por madre.</p> <p>Art. 210 del CC. A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra.</p> <p>Queda establecida la paternidad cuando se prueba la posesión de estado de hijo o se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el periodo de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho periodo, salvo que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el periodo de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo periodo; pero esto no impide al hijo la prueba, por otros medios, de la paternidad demandada.</p>
--	---

PERÚ	<p>Art. 375 del CC. 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, o por sentencia que desestime la demanda en los casos del artículo 363.</p> <p>A falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres.</p> <p>Art. 387 del CC. El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.</p> <p>Art. 413 del CC. En Los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.</p> <p>También son admisibles estas pruebas a petición de la parte demandante en el caso del Artículo 402, inciso 4), cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si alguna de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a alguna de las pruebas, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás.</p> <p>La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas.</p> <p>Ley No. 27048 de 1998. Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad.</p> <p>Art. 1º Ley 27048/98. En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y</p>
-------------	---

	<p>acción de filiación a que se refieren los artículos 363, 371 y 373 del Código Civil es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza.</p> <p>Art. 2° Ley 27048/98. Modifícanse los artículos 363, 402, 413 y 415 del Código Civil, en los siguientes términos:</p> <p>Posteriormente se promulga la Ley N° 2845, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.</p>
--	--

En materia probatoria al igual que en otros puntos referentes a la filiación como lo hemos observado en el desarrollo del trabajo, Colombia, Chile, Argentina, Venezuela y Perú han establecido un lineamiento regulador muy similar en la materia; siendo común encontrar importantes similitudes y pequeñas diferencias en las legislaciones de estos países, pero siempre todas estas encaminadas hacia una regulación bastante parecida y que sigue unos parámetros semejantes en el desarrollo del tema probatorio de la filiación.

Como primera medida es importante analizar la forma como se prueba la filiación en cada uno de estos países. Podemos observar que algunas de las legislaciones no hacen mención específica a este punto mientras que en otras se establece de una forma clara y concisa la prueba de cada clase de filiación. Países como Argentina y Perú, establecen claramente en sus legislaciones la forma de probar cada clase de filiación; en cuanto a la filiación matrimonial determinan que ésta debe probarse principalmente mediante las partidas de nacimiento y de matrimonio de los padres o por sentencia en juicio de filiación, claro está que en encontramos pequeñas especificidades o aclaraciones que cada legislación incorpora al tema; en cuanto a la filiación extramatrimonial se sigue la directriz de

que esta debe ser probada mediante el reconocimiento del hijo o por sentencia en juicio de filiación, siendo esta la regla general para probar la filiación extramatrimonial.

En el caso de Colombia y Chile la legislación no ha sido tan específica como en los dos casos anteriores, no existe una norma específica en la cual se establezca de forma clara y expresa el modo de probar cada clase de filiación, a diferencia de Argentina y Perú la partida de nacimiento o matrimonio en Colombia es prueba del estado civil de las personas pero esto no implica que en estos países no exista forma alguna de hacerlo, simplemente se debe entender que hay una diferencia en estos países en materia probatoria de acuerdo a la normas existentes sobre filiación y al desarrollo de estas.

En Venezuela tampoco hay norma expresa que haga referencia a la forma de probar las clases de filiación ya sea matrimonial o extramatrimonial, sin embargo existe un artículo en el Código Civil el cual hace referencia a la prueba de la filiación materna la cual es el acta de nacimiento inscrita en el registro civil, además la ley establece que en defecto del acta de nacimiento se puede probar la filiación materna por otros medios como lo son la declaración de la madre o sus descendientes y la posesión del estado de hijo; de esta manera podemos ver que en el caso Venezolano sucede lo mismo que en Colombia y Chile y es así como de las normas que desarrollan el tema de la filiación es posible concluir que la forma para probarlas es la misma que en los otros países.

En Colombia la legislación ha establecido unos lineamientos para que la posesión del estado sea tenida en cuenta como prueba para del estado civil, al

disponer que debe haber durado por lo menos cinco años para tal efecto y además ha regulado la forma para probar dicha posesión la cual es principalmente mediante testimonios fidedignos (Art. 399 del CC).

Chile también ha establecido parámetros para que la posesión del estado sirva de prueba en materia de filiación y es así como también debe haber durando por lo menos cinco años continuos y se prueba principalmente con testimonios y antecedentes fidedignos.

Estas disposiciones tan específicas que se hacen en Colombia y Chile no se presentan en Argentina, Perú y Venezuela. En estos tres últimos países, aunque es clara la referencia que se hace al tema de la posesión notoria, como en el caso venezolano al establecer que esta es una de las formas de probar la filiación materna, y también que esta sirve para determinar y establecer la filiación, no se ha desarrollado tanto el tema; no siendo claras estas tres legislaciones en temas como el tiempo necesario para que dicha posesión notoria sirva para determinar la filiación.

Haciendo referencia a las pruebas que son admisibles en los procesos encaminados a establecer la filiación de una persona Colombia, Chile, Argentina, Venezuela y Perú con el paso del tiempo han buscado determinar qué clase de pruebas son las más apropiadas y todos estos países han establecido las pruebas biológicas o genéticas prácticamente como las más viables e importantes de todas ya que esta clase de pruebas tienen como resultado un alto grado de certeza frente a las demás.

En los cinco países se establece que son admisibles además de las pruebas biológicas o genéticas, otros medios probatorios como lo son el testimonio o los documentos, para determinar la filiación de una persona y que estas pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte, lo que pasa es que se presentan variaciones en el desarrollo de la regulación en cada país, por ejemplo en Colombia la Ley 721 de 2001 es la encargada de regular este tema y establece que en los procesos encaminados a establecer la paternidad o maternidad de una persona la prueba principal es la prueba biológica del ADN y como subsidiarias y solo en los casos en que es imposible hacer la del ADN los testimonios, documentos y demás medios probatorios, además es el juez de oficio quien debe decretar la práctica de dicha prueba biológica. Situación diferente es la que se presenta en países como Chile donde se admiten toda clase de pruebas, las cuales pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte y en cuanto a las pruebas biológicas la ley establece que estas deben pedirse a petición de parte y solo es posible hacerlo por una vez, aquí podemos observar claramente una diferencia en cuanto al tratamiento que se da a las pruebas en los procesos de filiación en cada país pero también podemos ver que de todas formas se siguen unos lineamientos muy parecidos.

En Argentina el desarrollo que se le da al tema probatorio en materia de filiación realmente es muy reducido, esta legislación se limita a establecer la posibilidad de admitir toda clase de pruebas incluyendo las biológicas, las cuales pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte pero nada más dice respecto al tema, no se hace ninguna clase de aclaración o complementación a la norma; de igual forma ocurre en Venezuela donde la legislación ha admitido toda clase de pruebas en los procesos que buscan establecer la filiación de una persona

incluyendo las biológicas o genéticas debiendo estas ser consentidas por el demandado pero al igual que en Argentina no se desarrolla a fondo el tema.

En Perú la Ley 27048 de 1998 modificó el régimen de filiación en el Código Civil y permitió la aplicación de las pruebas biológicas como la del ADN, las genéticas u otras de validez científica y de igual o mayor grado de certeza para las acciones de filiación tanto de impugnación (artículos 363 y 371) como de reclamación (artículos 371 y 402). Esta ley fue la encargada de reglamentar el tema de una forma más completa y profunda como en Colombia lo hizo la Ley 721 de 2001, y es por esta razón por la que podemos afirmar que la legislación peruana junto con la colombiana son las que más han ahondado en el tema y han buscado crear una legislación más completa y clara sobre la materia.

V. DISCUSIÓN

5.1. Ley 28457 de declaración judicial de filiación extramatrimonial

Esta Ley regula el procedimiento para obtener una declaración judicial de filiación extramatrimonial. De acuerdo a la ley el proceso se inicia con la petición de quien tenga interés en obtener una declaración de paternidad, esta pretensión se interpone ante un Juez de Paz Letrado quien expedirá resolución declarando la filiación demandada. El demandado puede formular oposición al mandato judicial en el término de diez días y siempre que se obligue a realizarse la prueba del ADN; dependiendo del resultado negativo o positivo de la prueba la oposición será declarada fundada o infundada respectivamente; señala la norma que cuando el resultado de la prueba de ADN es positivo o cuando el demandado no formula oposición, el mandato se convertirá en una declaración judicial de paternidad, la que es apelable en el plazo de tres días y se resuelve por el Juez Especializado de Familia en el plazo de diez días.

5.2. Proceso monitorio

Se ha señalado que esta ley establece un proceso monitorio, empero sobre este tema es necesario efectuar algunas puntualizaciones.

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

elevación de los mandatos de pagos incluso su producción por medios informáticos, como señala Domingo Kokish Mourges¹³⁷: En el año 1993, la cifra de mandatos de pago emitidos en todo el país se elevó hasta 7,4 millones, de los cuales más de un 5% (3,74 millones) se tramitaron por ordenador (en 1976 se simplificó aún más este procedimiento para sentar las bases para un tratamiento informático de él).

De acuerdo a la definición de Juan Pablo Correa Delcasso¹³⁸ citado por Domingo Kokish Mourges el proceso monitorio se define como un “proceso especial plenario rápido, que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictor, a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la Ley”. Señala Domingo Kokish que en este proceso “el Juez no emite en todos los casos un pronunciamiento sobre el fondo; en determinadas ocasiones ni siquiera lleva a cabo un mínimo de examen probatorio y tal siquiera lo hace él, sino uno de sus auxiliares, como sucede hoy día en Alemania con el Rechtspfleger.”; para entender mejor este proceso hay que distinguir las dos clases de procesos monitoreos:

a. Proceso monitorio puro. - En este proceso, se emite una orden condicionada de pago sobre la base de la afirmación unilateral y no probada del acreedor, orden condicionada en razón de que la sola oposición del deudor la vuelve ineficaz, siendo en proceso contradictorio que se debe establecer sobre la fundabilidad de la pretensión de pago.

¹³⁷ KOKISH MOURGES, Domingo. “El Proceso Monitorio”. En: *Revista Actualidad Jurídica*, Santiago de Chile, 2000, p. 23.

¹³⁸ CORREA DEL CASSO, Juan Pablo. *El Proceso Monitorio*. Madrid: Bosh Editor, 2006, p. 211.

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

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

Rafael Prado Bringas tiene una definición de proceso monitorio de la que podemos verificar su finalidad y que su aplicación es efectiva cuando se trata de pretensiones de dar sumas de dinero: “Es un procedimiento especial provisto de cognición plena eventual y sumarización en el procedimiento, que se emplea para aquellas pretensiones de dar sumas de dinero, que se presumen no van a ser contestadas por el deudor; en donde, a partir de la expedición de un mandato inicial de pago, sumado a una técnica procedimental consistente en la inversión de la iniciativa del contradictorio, se tiende a la rápida creación de un título ejecutivo¹³⁹”.

¹³⁹ PRADO BRINGAS, Rafael. “Notas Introdutorias sobre el Procedimiento Monitorio”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal V.* Lima: Estudio Monroy Abogados, p. 256.

La finalidad de este proceso es la creación o formación rápida de un título ejecutivo, siendo el sustento del proceso la inversión de la carga de la iniciativa del contradictorio, en que requerido el emplazado es su inactividad la que va a producir cosa juzgada; empero no se le perjudica el derecho de defensa pudiendo ejercer el contradictorio, que en un caso –proceso monitorio puro- ocasionará la ineficacia del mandato, y en un segundo caso –proceso monitorio documental- provocará la suspensión del mandato hasta que se defina en un proceso ordinario: “se desplaza la iniciativa de la apertura del contradictorio del demandante al demandado, pues recae en este último la carga de instaurar el contradictorio que dé inicio a la fase cognitiva, o que en defecto, se logre la creación de un título ejecutivo, para así dar inicio a la fase de ejecución¹⁴⁰”.

El proceso monitorio funciona en determinado tipo de acciones, básicamente en las de carácter patrimonial de pago de sumas de dinero, en que se emite un mandato de condena, no resultando viable para otro tipo de pretensiones en que se va emitir resoluciones declarativas o constitutivas de derechos. La ley 28457 señala un proceso similar para una pretensión declarativa sobre derechos subjetivos, buscando una supuesta efectividad a costo de las garantías de la administración de justicia y seguridad jurídica.

De este proceso señalado en la ley se podría sostener que inicialmente se da como un proceso monitorio puro en que se resuelve en base al simple pedido de la parte interesada, no obstante no se da la secuencia, pues el mandato no cae en ineficaz por la simple oposición del demandado, sino que exige una oposición

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 256.

sustentada en el sometimiento a la prueba del ADN, quedando el mandato subsistente hasta resolver la oposición y en caso de ser desamparada se vuelve en declaración judicial de filiación; como se aprecia, no se exige que la acción se encuentre sustentada en medios de prueba consistentes en documentos, no estamos ante un proceso monitorio documental en que la emisión del mandato (de pago) se encuentra supeditada a que el crédito se encuentre probado con documentos “en donde la oposición del deudor no hace caer sin más el mandato de pago, pero tiene, en cambio, el efecto de abrir un juicio de cognición en contradicción en el cual el tribunal, valorando en sus elementos de derecho y de hecho las excepciones del demandado, debe decidir si éstas son tales que demuestren la falta de fundamento del mandato de pago o si por el contrario, éste merece, a base de las pruebas escritas ya proporcionadas por el actor, ser sin embargo mantenido y hecho ejecutivo¹⁴¹”; no podemos decir que en el proceso previsto en la ley 28457 se dé la posibilidad de pasar a un juicio de cognición en contradicción, al haber prescindido de etapas procesales fundamentales, como son el saneamiento –para verificar la validez de la relación procesal, asimismo el emplazado no tiene la posibilidad de cuestionar la relación procesal ni formular excepciones-, el saneamiento probatorio y actuación de medios pruebas –el demandado no tiene libertad para ofrecer sus medios de prueba, tampoco puede formular cuestiones probatorias, ni puede negarse a practicarse la prueba de ADN-, no tiene posibilidad de ser oído –no se le permite alegar y aunque lo hiciera no va a ser oído, pues el Juez solo va a resolver en base al resultado de la prueba de ADN.

¹⁴¹ CALAMADREI, Piero. *El procedimiento monitorio*. Buenos Aires: Astrea, 1946, p. 38.

En consecuencia, no estamos ante un proceso monitorio puro, ni documental; el proceso previsto en la ley 28547 es uno diferente que rompe el equilibrio que debe existir entre un proceso eficaz y rápido con el pleno ejercicio del derecho de defensa del emplazado.

5.3. 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 ilegítimos¹⁴², los que incluso para efectos hereditarios recibían en proporción a la mitad de lo que recibía un hijo legítimo¹⁴³.

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

El Código Civil de 1984 en concordancia con la Constitución Política de 1979 y la Constitución de 1993, regula la relación paterno filial distinguiendo entre

¹⁴² 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.

¹⁴³ 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”.

hijos matrimoniales y extramatrimoniales, teniendo la condición de hijos matrimoniales los nacidos durante la vigencia del matrimonio de los padres o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, y extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera de una relación matrimonial -entiéndase cuando los padres no están unidos por vínculo conyugal es decir por matrimonio civil¹⁴⁴-.

Los hijos matrimoniales no requieren ningún tipo de reconocimiento ni declaración resultando suficiente la partida de matrimonio de los padres celebrada con fecha anterior al nacimiento para establecer su condición de hijos matrimoniales.

Se entiende por hijos extramatrimoniales¹⁴⁵ a los concebidos y nacidos fuera de una relación matrimonial; en este caso para establecer la filiación requieren el reconocimiento efectuado por el respectivo padre o madre o en su defecto una sentencia declaratoria¹⁴⁶; 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.

¹⁴⁴ Así resulta de los artículos 361, 386 del Código Civil de 1984, la distinción de hijos matrimoniales y extramatrimoniales resulta contradictoria a la disposición constitucional de que no se deber hacer mención del estado civil de los padres.

¹⁴⁵ En este grupo se encuentran los nacidos producto de relaciones extramatrimoniales, sea concubinato regular, irregular, de uniones de hecho con cierta temporalidad, o pasajeras, producto de actos de violación sexual o seducción de la madre.

¹⁴⁶ El artículo 387 CC establece al reconocimiento y la sentencia como los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.

Cuando el hijo no ha sido reconocido voluntariamente por su progenitor, este puede demandar la Declaración Judicial de paternidad o Declaración Judicial de filiación con la finalidad de que por sentencia se declare al demandado padre del actor y a su vez que éste es hijo del emplazado.

El sustento legal de esta acción se encuentra en el artículo 402 del CC que establece seis supuestos para la declaración judicial de filiación extramatrimonial, referidos a:

- a. Escrito indubitable del padre que admita la paternidad.
- b. Situación o posesión constante por más de un año del estado de hijo extramatrimonial comprobado por actos directos del padre o de su familia.
- c. relación de concubinato (referido a la unión de hecho del varón y la mujer que sin estar casados hacen vida de tales) de los padres durante la época de la concepción.
- d. El caso de concepción durante la época del rapto, secuestro, retención violenta de la mujer.
- e. Cuando la seducción con promesa de matrimonio –que conste de manera indubitable- es contemporánea a la época de la concepción.
- 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.

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

las partes -en cuanto al ejercicio pleno del derecho de acción por el demandante y el derecho de contradicción por el demandado-. Es un caso de pretensión inapreciable en dinero y compleja por naturaleza, referida a derechos subjetivos indisponibles, que se tramita en la vía procesal de conocimiento¹⁴⁷.

5.4. El derecho material y el proceso

El proceso judicial viene a constituir una herramienta del derecho para hacer efectivos los derechos establecidos en las normas materiales, cuya finalidad abstracta es lograr la paz social con justicia y la finalidad concreta es resolver los conflictos de intereses y eliminar las incertidumbres jurídicas, ambas con relevancia jurídica.

El proceso no tiene sustento por si solo, sino en el cumplimiento de sus fines y en la realización de los derechos sustantivos; como lo señala Giuseppe Chiovenda¹⁴⁸ “El proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley”; aún, en la posición de Gian Franco Ricci¹⁴⁹, el proceso requiere de las normas sustantivas, las que se aplican en los procesos con sentencias declarativas, constitutivas cuando hay violación de la norma material, y en los casos que no hay violación también la actividad jurisdiccional se remite al dato normativo para efectuar el juzgamiento. El doctor Juan Monroy Gálvez señala como característica más saltante del proceso que:

¹⁴⁷ De acuerdo al artículo 475 incisos uno y tres del Código Procesal Civil.

¹⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Ob. Cit., p. 37.

¹⁴⁹ RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: Giappichello, 1998, p. 11.

“Este, finalmente, no es otra cosa que un instrumento destinado a hacer efectivos los derechos materiales en una determinada sociedad¹⁵⁰”.

Enrique Vescovi al referirse a las funciones y fines del proceso, concluye que: “parece, lo más aceptable es entender que la función del proceso es jurídica, aunque se origina en un problema social, Lo que no puede ser de otro modo, puesto que el derecho tiene por fin regular la convivencia humana (social), Y que la actividad procesal se dirige a imponer el derecho objetivo. Es un derecho secundario que busca ese fin último, como hemos dicho (infra, cap. I). La finalidad última es por consiguiente, la realización del derecho (sería admisible afirmar que la actuación de la ley), para, en definitiva, asegurar la paz social y la justicia”¹⁵¹.

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

Es así que el sustento legal de una pretensión de alimentos se encuentra en la norma material contenida en los art. 472, 423.1, 424 y 415 del CC (según el caso

¹⁵⁰ MONROY Gálvez, Juan. Ob. Cit., p. 69.

¹⁵¹ VESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 1999, p. 91.

de hijos mayores y menores de edad, y de hijos alimentistas), estableciendo el art. 474 quienes tienen derechos a los alimentos y quienes son los obligados a prestarlos; el sustento de una pretensión reivindicatoria se encuentra en el art. 923 CC referido al derecho de propiedad que comprende el derecho a reivindicar el bien.

En el caso de la pretensión de filiación y como señalamos en punto anterior de este trabajo, el sustento legal se encuentra en el art. 386, 387, 407, 406 y 402 CC, a los que se recurren para determinar quiénes son los hijos extramatrimoniales, como se puede obtener el reconocimiento cuando no es voluntario, quienes pueden demandar, quienes pueden ser demandados y el supuesto a probar para que sea amparada la pretensión, la que se tramita en la vía procesal de conocimiento.

5.5. La pretensión de filiación prevista en la ley 28457 no se sustenta en el resultado de la prueba de ADN

La ley 28547 establece un proceso especial (con características y trámites diferentes de las existentes en las vías procesales reguladas en las normas procesales nacionales), el que no tiene sustento de derecho material para la declaración judicial de la filiación.

Es un caso de declaración de filiación que no se subsume ni se ubica en ninguno de los supuestos del art. 402 CC, tampoco la pretensión se sustenta en la prueba de ADN, pues si analizamos con detenimiento la ley apreciaremos que el proceso se origina a pedido de parte interesada, siendo el interesado en la declaración de filiación el hijo no reconocido, quien es el titular del derecho, que

en el caso de ser menor de edad puede ser representado por la madre o padre que ejerce la patria potestad del menor, es decir por el progenitor que lo ha reconocido legalmente; a este pedido el Juez expedirá resolución declarando la filiación demandada, resolución que contiene un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión, emitida a solo mérito del pedido de la parte interesada; de acuerdo a la norma el Juez no requiere de la prueba del ADN para resolver la petición de filiación, dicha prueba es un elemento para resolver un acto diferente que viene a constituir la oposición del demandado al mandato judicial:

Artículo 1 segundo párrafo. - “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”.

El demandado puede formular oposición al mandato judicial en el término de diez días y siempre que se obligue a realizarse la prueba del ADN.

Artículo 2.- “La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes. (...) Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”.

El resultado de la prueba de ADN sirve al Juez para declarar fundada o infundada la oposición al mandato. Tal es así que si el demandado no formula oposición o habiéndola formulado no pasa la prueba, el mandato inicial se

convierte en declaración judicial de paternidad sin necesidad de recurrir a la prueba del ADN o la conducta procesal del demandado¹⁵².

Artículo 3.- “Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso”.

Artículo 4.- “Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso”.

El ADN se regula como único medio de prueba de la oposición, esta prueba no funciona como sustento para resolver el pedido de filiación, de acuerdo a la ley la declaración judicial es a solo pedido de la parte y el ADN sólo sirve para resolver la oposición que se formule y no para resolver la pretensión de filiación.

Sobre el ADN resulta discutible que se pretenda limitar el derecho de defensa del demandado a una sola prueba, a condicionarlo y coaccionarlo a que se practique dicha prueba para ejercer parcialmente su derecho a contradecir y ser oído.

El Tribunal Supremo Español en Sentencia del 27 de Junio de 1987, tiene señalado que: “la investigación de la paternidad por medios biológicos, que propicia el artículo 39.2 de la Constitución y expresamente admite el artículo 127 del Código Civil, no puede ser impuesta obligatoriamente y contra su voluntad a ningún ciudadano, quien especialmente cuando se trata de la prueba de análisis de

¹⁵² El artículo 402 CC antes de su modificatoria, permitía tener en consideración la conducta procesal del demandado, cuando había sido notificado por segunda vez bajo apercibimiento para que concurra a practicarse la prueba del ADN.

sangre puede amparar su negativa a someterse a ella en los derechos a la protección de la intimidad y a la integridad física que le conceden los artículos 15 y 18 de la Constitución”.

Con mayor o igual derecho el emplazado se podría negar a practicarse la prueba del ADN, empero dicha conducta así como no puede significar una “ficta confessio” como señala Alex Placido, también resulta insuficiente por si sola para amparar la demanda, requiriendo de otros medios de prueba para la certeza que requiere el juez para decidir el conflicto; a mayor abundamiento no se puede condicionar el derecho de defensa del emplazado a que se practique la prueba del ADN, ni limitar su derecho de contradicción a la sola actuación de una prueba; mas aun debido a los avances en el conocimiento de la medicina y tecnología, se está cuestionando la imagen infalibilidad que se le concedió inicialmente, llegando a colegir que esta prueba en realidad no sea indubitable¹⁵³.

¹⁵³ Eugenia Ariano Deho preferencia hablar de test de ADN que, de prueba, y plantea que esta no es tan infalible como se piensa, citando para ello a un texto de Taruffo sobre “Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense”, en el que señala “Primeramente se evidencia que las técnicas de análisis del ADN son muchas y distintas, de forma que carecería de sentido hablar en general, sin referencia específica a uno u otro método, de la atendibilidad de los tests del ADN. Otro problema relevante se deriva del hecho de que el resultado de los tests es absolutamente cierto cuando excluye la identidad de dos ADN comparados; cuando en cambio los tests confirman su identidad, se precisa considerar que en realidad su resultado deriva de un complejo calculo estadístico. Uno de los aspectos problemáticos de éste cálculo se da en relación al hecho de que la probabilidad de la correspondencia entre dos fragmentos de ADN depende de la población de referencia. (...) En fin, ha ocurrido en numerosos casos que los análisis habían sido realizados de manera técnicamente no correcta por laboratorios no calificados o por laboratorios que, como los del FBI, rechazan someterse a controles. Existe pues un relevante, pero a veces indeterminado, riesgo de error derivado del desarrollo practico y de la formulación del resultado del análisis relativo al ADN”, agrega el autor que “como una prueba científica aparentemente indubitable se puede en cambio revelar llena de incertidumbres, de peligros de error o de malentendidos, cuando de la fase del entusiasmo inicial se pasa a aquella de la reflexión crítica conducida según metodologías científicas más rigurosas”.

5.6. Declaración judicial sobre el fondo sustentado solo en actos procesales

En consecuencia, el Juez resuelve la pretensión no en base a un derecho sustantivo, sino en base a un acto procesal del demandante de petición, quedando la resolución como declaración de paternidad en base a la inactividad o actividad procesal del emplazado, siendo tres los supuestos:

- a. Si no se da el acto procesal del demandado de oposición al mandato.
- b. Si formulando oposición el demandado no se practica la prueba de ADN.
- c. Si practicada la prueba de ADN dentro del incidente de oposición, el resultado es positivo, por lo que la oposición se declara infundada.

Quedando en claro que la ley 28457 no tiene sustento de derecho material para la declaración judicial de filiación o paternidad de hijo extramatrimonial, no estando en ninguno de los supuestos legales del art. 402 CC, ni tampoco en otra norma sustantiva; lo que es importante para determinar la ilegalidad de la norma y de aquellas resoluciones de declaración de paternidad dictadas al amparo de esta ley en jurisdicción nacional; no estando permitido en nuestro sistema de derecho este tipo

Domingo Kokish, expresa un hecho importante respecto a la vinculación del proceso monitoreo con el derecho sustantivo, que el proceso monitoreo no puede existir sin un sistema normativo material que lo permita: “consecuentemente, en el proceso monitoreo, si el ordenamiento jurídico en cuestión admite que un Juez o un auxiliar suyo pueda dictar un mandato de pago sin una previa comprobación de los hechos aportados al proceso, el legislador optará por la técnica del proceso

monitoreo puro, mientras que si se inclina por un mayor control judicial en la fase de la emisión del mandato de pago, optará por la técnica del proceso monitoreo documental”.

Si a ello sumamos que en nuestro sistema como en la generalidad de los países, el proceso constituye un instrumento, una herramienta útil para la aplicación y respeto de los derechos sustantivos, que en el proceso se declara sobre el derecho material, no es posible resolver o emitir pronunciamiento sin existir la norma sustantiva que ampare el derecho.

La ley 28457 no establece derechos, se trata de una norma que establece un trámite procesal, pero no ha modificado nuestro ordenamiento sustantivo estableciendo un nuevo supuesto legal para demandar la declaración de paternidad, es decir, no hay norma sustantiva que regule la declaración judicial de la filiación a solo pedido de parte interesada; la misma ley en su primera disposición complementaria modificatoria del artículo 402 CC señala:

“Modifícase el artículo 402 inciso 6) del Código Civil, en los términos siguientes:

Artículo 402.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

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.

Como se aprecia de la norma sustantiva, de todas maneras, el Juez requiere que se haya acreditado el vínculo parental en cualquiera de las formas previstas en el art. 402 CC, para declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, lo que conlleva a que las resoluciones expedidas a solo pedido de parte interesada y sin medio de prueba admitido y actuado, son absolutamente nulas al haber sido expedidas en contrario a derecho¹⁵⁴ y a las normas constitucionales.

La Constitución Política en su artículo 138 establece la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder judicial a través de sus órganos con arreglo a la Constitución y a las leyes; en el caso de la ley 28457 es una norma de carácter procesal que no sustituye a la norma sustantiva; declarar sin derecho no es regular, es inconstitucional, pues aún en los casos de integración jurídica previsto en el inciso 8 del art. 139 de la Carta Magna los jueces deben resolver en base a los principios generales del derecho y de derecho consuetudinario.

5.7. Proceso de filiación y debido proceso

En nuestras normas de derecho de familia, no se da el supuesto de que el juez pueda dictar un mandato de declaración de filiación o paternidad, sin una previa

¹⁵⁴ Artículo 122 CPC. - Las resoluciones contienen: 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustenten la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado. (...) La resolución que no cumpla con los requisitos antes señalados será nula, salvo los decretos que no requieran cumplir con lo establecido en los incisos 3, 4, 5 y 6, y los autos del expresado en el inciso 6.

comprobación de los hechos aportados al proceso; en nuestro sistema se requiere probar los hechos que se alegan para amparar la demanda y como consecuencia declarar la filiación o paternidad extramatrimonial.

Las normas constitucionales no han sido modificadas en sentido contrario, estando subsistente las normas procesales constitucionalizadas en el artículo 139 de la Constitución Política de 1993, que en su inciso tercero establece el derecho constitucional al debido proceso, formando parte del debido proceso el derecho a la defensa, el derecho a alegar a probar, antes que se resuelva cualquier asunto de materia civil o penal, conforme se desprende del inciso 6 de la norma antes citada y del artículo 14.1 del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos:

“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”¹⁵⁵.

La Corte Interamericana ha considerado el debido proceso, como las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial¹⁵⁶. Un proceso

¹⁵⁵ Igualmente se regula en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos humanos que también establece el derecho a ser oído con las debidas garantías en plazo razonable en la determinación de sus derechos u obligaciones de orden civil.

¹⁵⁶ Corte I.D.H. Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987 serie A Nro. 9, párrafo 28. En Protección de los Derechos Humanos, Comisión Andina de Juristas, Perú, 1997, Pág... 137.

judicial en que se recorte el derecho de defensa es un proceso nulo y atentatorio de la norma constitucional.

El deber de motivación es también un elemento esencial del debido proceso sin el cual no hay proceso valido, se requiere que el juez exprese la fundamentación fáctica y jurídica que sustenta su decisión, no es solo la aplicación de las normas procesales sino que pronunciándose sobre el fondo de la pretensión no puede excluir ni prescindir de señalar los hechos controvertidos en base a la acción del demandante y la contradicción del demandado (contestación de demandas, formulación de excepciones), y respecto de los hechos controvertidos, cuales han sido probados, cual el supuesto normativo en que se ubica el caso concreto, e indicación de la norma que ampara la pretensión sustentando la aplicación de la misma.

Sin hechos probados, sin pruebas de la demanda ni defensa del demandado, sin expresión en la decisión de la motivación fáctica y fundamentación jurídica, no hay proceso valido; el juez nacional no puede prescindir del cumplimiento de las normas constitucionales referidas al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

Cierto es que, él que tenga interés puede pedir que se emita resolución declarando judicialmente la paternidad, al hacerlo está ejerciendo su derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva; el quid del asunto está en que para demandar se requiere no solo interés, sino también legitimidad para obrar, entonces quien demanda debe ubicarse en el supuesto legal de la persona abstracta a quien la ley le confiere el derecho demandado; es el caso del que demanda la declaración de paternidad alegando encontrarse en la situación constante de hijo del

demandado; o el que demanda alegando que fue concebido en la época del rapto, violación, etc., o en el caso del que demanda alegando ser hijo biológico del demandado conforme a la prueba del ADN; pero quien simplemente demanda ser hijo ¿no le falta algo?; Le falta el supuesto factico que se subsuma en el supuesto legal, es decir es hijo de aquel porque así lo dice el resultado del ADN, o en todo caso es hijo del demandado conforme a las pruebas típicas o atípicas actuadas y merituadas en los autos. Mas sin supuesto y sin pruebas no puede haber declaración judicial de paternidad.

El proceso es un instrumento, un medio una herramienta para el cumplimiento de un fin concreto –resolver un conflicto de intereses- y uno abstracto –paz social con justicia-, para declarar un derecho en un proceso judicial no es suficiente alegarlo, se requiere tener legitimidad para obrar, se requiere probarlo, y que el juez en base a la pretensión demandada, a los hechos controvertidos, a las pruebas actuadas y hechos probados, y a la certeza emita una resolución final sobre la pretensión demandada declarando el derecho de las partes.

Por ello concluimos que no se puede demandar la declaración judicial de filiación extramatrimonial sin encontrarse en ninguno de los supuestos legales de declaración judicial de paternidad¹⁵⁷, y sino se ha probado los hechos alegados que sustentan la demanda¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Artículo 121 CPC.- (...) Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.

¹⁵⁸ Artículo 200 CPC.- Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

5.8. Competencia de los jueces de paz letrados

En cuanto a la competencia se da otro problema; de acuerdo a la legislación actual los jueces especializados de familia son competentes para conocer los asuntos de derecho de familia, las pretensiones concernientes a la sociedad paterno-filial, como los de filiación extramatrimonial; la ley 28457 establece en su modificatoria del art. 53 de la LOPJ dicha competencia, -conteniendo una extraña precisión respecto a una competencia en filiación extramatrimonial prevista en el art. 402 inciso 6) del Código Civil, como si no la tuvieran para todos los casos del art. 402 CC –curiosa precisión que no nos merece más comentario.

De acuerdo a la modificatoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial los jueces de Paz Letrado tienen entre sus competencias en materia civil y familia, la de conocer de las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el art. 402 inciso 6 CC, lo que significa que tienen competencia en las demandas de declaración judicial de filiación extramatrimonial sustentadas en el resultado de una prueba de ADN u otra prueba genética o científica con igual o mayor grado de certeza.

No es ese el caso de la ley 28457 en que la pretensión no se encuentra en el supuesto del inciso 6 del art. 402 CC, en este proceso se dicta el mandato a solo pedido de parte interesada; en consecuencia, la competencia para los Jueces de Paz Letrados señalado en la ley 28457 no tiene su correlato en la Ley Orgánica del Poder Judicial, no existiendo en esta ley orgánica competencia para los procesos seguidos con arreglo a los art. 1 al 5 de la ley 28457.

Es más, la competencia otorgada por la ley a los Jueces de Paz Letrados, es violatoria de las garantías de la administración de justicia, respecto a la especialización de los jueces para resolver asuntos de familia y de menores de edad, ello conforme al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política, que establece como principios y derechos de la función jurisdiccional el debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera fuera su denominación”. El artículo X del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes establece: “El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes”. Los Jueces de Paz Letrados, no son jueces especializados, son jueces de paz con título de abogado, que conocen de diversas materias de menor contienda o sin contienda, civil (contenciosos y no contenciosos), penal (faltas), laboral (de menor cuantía), alimentos, y ahora filiación conforme a la modificación del Art. 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (legalmente sólo en los casos sustentados en el art. 402 inciso 6 CC), sin contar en su preparación ni como requisito para el ejercicio del cargo especialización en derecho de familia, y como tal no se encuentran calificados ni han sido capacitados para resolver asuntos de mayor complejidad y sobre derechos indisponibles, como es la filiación; aún para el supuesto del inciso 6 del artículo 402 CC se requiere que resuelva un Juez que conozca de derecho de familia, para que aplique no solo las normas sustantivas que correspondan sino también el derecho vigente, con conocimiento de normas, leyes, doctrina y jurisprudencia,

pues no es solo declarar la filiación, sino que también para la validez del proceso y de la declaración, se requiere determinar quiénes pueden demandar y quienes pueden ser demandados contemplando los casos de sucesión procesal, los casos de improcedencia de la demanda (por ejemplo en el caso del hijo de mujer casada), la oportunidad para demandar, los efectos de la sentencia de filiación extramatrimonial, etc.

5.9. La ley y el problema social

Iniciamos este trabajo haciendo referencia al problema de la gran cantidad de hijos no reconocidos existentes en nuestra sociedad, un problema al que también somos sensibles y pensamos que es necesario adoptar los mecanismos para reducir esa situación, máxime que los principales afectados son los niños y adolescentes que en algunos casos no conocen quienes son sus padres, en otros conociéndolos son negados por ellos; aquellos que conociendo a sus padres, no son negados pero no les dan el apellido con la intención de recortarles o desconocerles sus derechos, y también los casos en que por ignorancia de los padres o falta de recursos para pagar el costo de un reconocimiento por acta, no reconocen a sus hijos.

En primer término, no se pueden tratar todos los casos en forma igual, asimismo una ley que establece un proceso pseudo monitoreo para las pretensiones de filiación, no va solucionar el problema existente.

Estando en una sociedad con un nivel cultural promedio muy bajo y una situación económica pauperizada en el mayor porcentaje de su población, que de todos los casos de hijos no reconocidos, un gran porcentaje de ellos resulta por la

ignorancia y falta de recursos económicos de los padres. Son muchas las madres solteras que demandan tenencia de sus hijos a quienes ni siquiera los han reconocido ellas mismas, desconociendo que la tenencia es un derecho que deviene del ejercicio de la patria potestad, y respecto de los hijos extramatrimoniales la patria de potestad se ejerce por el padre o madre que los ha reconocido.

También son muchos los reclamos de los usuarios ante los elevados costos y la demora que les ocasiona la realización del reconocimiento por acta ante las Municipalidades, llevando a muchos desistir de su primera intención de reconocer voluntariamente a sus hijos, y en que por efecto del tiempo y otros factores familiares y personales, aquellos que estaban dispuestos a efectuarlos voluntariamente en un inicio, con el cambio de las circunstancias asumen una conducta en contrario en perjuicio de los hijos. Entonces por qué no disponer e imponer la gratuidad en los reconocimientos ante los registros civiles en todas las municipalidades a nivel nacional. Porque no, realizar campañas de difusión de información, así como de apoyo para realizar el trámite de reconocimiento de los hijos extramatrimoniales. Los medios de comunicación social son eficaces para ello, al igual que las municipalidades, hospitales y otras instituciones que tienen acercamiento a estos sectores de la población podrían implementar mecanismos eficaces y eficientes, sin costo alguno para los actos de reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

Cuando los supuestos padres se nieguen a reconocer voluntariamente a sus hijos extramatrimoniales, es que se debe acudir al Poder judicial a presentar la demanda de declaración judicial de filiación o paternidad; si bien resulta oneroso

en tiempo y dinero seguir el trámite en la vía procedimental de conocimiento, lo que nos llevaría a pensar en la necesidad de un proceso más rápido y efectivo, ello podría ser siempre y cuando no se afecten los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa; por ello nuestro planteamiento es que se mantenga el proceso de conocimiento para las pretensiones de filiación y paternidad, cuando se encuentra sustentada en los incisos del uno al cinco inclusive del art. 402 CC; y que en los casos que la pretensión se sustenta en la prueba de ADN u otra prueba genética de igual o mayor validez científica, el proceso se tramite en la vía procesal sumarísima¹⁵⁹; correspondiendo la competencia a los Jueces de Familia en todos los casos. Asimismo se propone que el costo de la prueba de ADN se asuma por el emplazado en razón de que la pretensión de filiación es del hijo no reconocido (y no de la madre, quien no es la titular del derecho sino que actúa en representación), quien no estando bajo la patria potestad del padre, en la mayoría de los casos no percibe alimentos, y si los percibe en muchos casos resulta insuficiente para su propia subsistencia y menos podría solventar el costo de una prueba de ADN, que como tal no se encuentra incluida entre los conceptos exonerados en los casos de auxilio judicial¹⁶⁰.

En los procesos sumarísimos como en la generalidad de los procesos se admite la interposición de medidas cautelares ante el peligro en la demora, en la emisión de la decisión definitiva, pudiendo el Juez disponer las medidas necesarias que eviten perjuicio al accionante a causa de la dilación del proceso, y que aseguren la ejecución de la decisión definitiva (por ejemplo, asignación anticipada de

¹⁵⁹ En las propuestas de Alcides Chamorro y Mario Ochoa Vargas se planteaba el trámite de la vía procesal sumarísima en ese caso y la competencia del Juez de Familia.

¹⁶⁰ En la propuesta de Ceriajus se planteaba que el emplazado se obligará a pagar la prueba del ADN.

alimentos, inscripción de la demanda en el registro civil, de no innovar en cuanto a que se mantengan los apellidos del menor en la partida y en el uso del mismo¹⁶¹). Por ello la cuestión del tiempo no debe ser una razón para trasgredir derechos constitucionales al debido proceso, defensa, motivación, etc, cuando existen o se pueden incorporar mecanismos que sin violentar estos derechos brinden eficacia y eficiencia a la administración de justicia con la celeridad, seguridad y garantías del caso.

Para finalizar vamos a citar a Joan Picó i Junoy en su artículo “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, que: “... pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibile desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la “Justicia” también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales, ya venga proclamada expresamente o bien lo sea de forma implícita. Por ello, debemos esforzarnos en buscar una postura intermedia, que sin conculcar ninguna garantía constitucional de las partes logre la máxima eficacia del proceso¹⁶²”.

5.10. Validación de hipótesis

La hipótesis ha quedado validada de forma positiva por los siguientes argumentos:

¹⁶¹ Estas medidas están previstas en el CPC en los artículos, asimismo el Juez en ejercicio de su poder cautelar puede disponer las medidas más convenientes de acuerdo a la naturaleza de la pretensión y al caso concreto.

¹⁶² PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”. En: *Derecho Procesal Civil, Congreso Internacional Lima*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial, 2003, pp. 57-58.

Dentro de los tantos problemas que existen en las sociedades, especialmente en la peruana, es el referido a la paternidad, lo que es reflejado en el gran número de niños, niñas, adolescentes, jóvenes e incluso personas adultas no reconocidos por sus padres biológicos. Este problema de paternidad no responsable se observa en la mayoría de países en vías de desarrollo, los que de alguna u otra forma tratan de solucionarlo con programas educativos, programas sociales, programas de salud, con políticas de paternidad responsable, entre otros.

Existen infinidad de causas o motivos para tratar de entender el problema de la irresponsabilidad de los padres (se incluye en dicho concepto a las madres que no reconocen a sus hijos extramatrimoniales), por ejemplo : no son conscientes de su deber de declarar y reconocer a sus hijos, porque de manera errada piensan que no reconociendo a su hijo (a) no van a ser demandados por una probable pensión de alimentos o quizá por el triste motivo de que al ser padres inmaduros y estar mal asesorados no quieren aceptar tal hecho perjudicando los derechos del menor a ser reconocido e identificado con los apellidos de sus padres, ¡qué peor castigo para un menor vivir toda una vida con los dos apellidos de la madre o padre y que error de aquéllos callar tal hecho y no iniciar la acción legal pertinente para no privarle a su hijo de llevar los apellidos del otro progenitor!.

Ante tales hechos, el derecho puede resultar eficaz en su función reguladora y sancionadora de conductas, pero se requiere que la norma que expida el Congreso de la República sea adecuada, que insertada en el contexto social armonice con él y no quiebre el ordenamiento jurídico vulnerando derechos fundamentales; ello sucede con la Ley N° 28547 : Ley que regula la Declaración Judicial de Filiación

Extramatrimonial, ya que si bien es cierto es una norma que tiene el mejor de los fines y buenas intenciones, su articulado viola el derecho vigente y las normas constitucionales, en consecuencia, la Ley N° 28547 es una norma ilegal e inconstitucional.

Lo que sucede es que – en teoría – un proceso judicial (en la vía civil), a grandes rasgos, se desarrolla de la siguiente manera: existe una persona que tiene una pretensión que necesita ser reconocida o declarada por el órgano jurisdiccional (juez), toda vez que ésta se encuentra insatisfecha, dicha pretensión se plasma en una demanda (escrito postulatorio), la demanda es contestada por la persona (s) contra quien (es) se dirige la acción, se ofrecen los medios probatorios aportados por las partes, se señala día y hora para la audiencia de pruebas (si es que fuera necesario), el juez actúa los medios probatorios, y luego se expide sentencia; finalmente dicha sentencia puede ser apelada y se va a una segunda instancia, cuando por ejemplo el fallo de la sentencia perjudica a una parte (demandante o demandado) o cuando el abogado de una de las partes detecta que el juez no ha aplicado la norma correcta al caso concreto y dicho error debe ser corregido por el Superior Jerárquico. Como se podrá apreciar el proceso judicial peruano (en la vía civil) ha sido recogido por el Código Procesal Civil de tal manera que se encuentra insertado con el contexto social y no quiebra el derecho vigente, mucho menos vulnera derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho de contradicción (derecho que es vulnerado con la Ley N° 28547).

Se ha señalado que la Ley N° 28547: Ley de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial viola el derecho de contradicción del demandado (presunto padre) y otros derechos conexos por las siguientes consideraciones:

1. (...) 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; si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad; la oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes; si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad (...) (artículo 1° y 2° de la Ley N° 28547).

Como se aprecia, el Juez a pedido de la parte interesada – el menor de edad que está debidamente representado por su madre – expedirá una resolución declarando la filiación demandada, resolución que contiene un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión, emitida a solo mérito del pedido de la parte interesada; es decir, no se le da la posibilidad al demandado de ejercitar su derecho a la defensa, es más, de acuerdo a la norma el Juez no requiere de la prueba del ADN para resolver la petición de filiación, dicha prueba es un elemento para resolver un acto diferente que viene a constituir la oposición del demandado al mandato judicial.

2. Asimismo, el resultado de la prueba de ADN sirve al Juez para que declare fundada o infundada la oposición al mandato, es decir, si el demandado no formula oposición o habiéndola formulado no pasa dicha prueba, el mandato inicial se convierte en declaración judicial de paternidad sin necesidad de recurrir a la prueba del ADN.

3. Se limita el derecho de defensa del demandado (presunto progenitor) a una sola prueba – ADN -, se le condiciona y coacciona para que se practique dicha prueba para que pueda ejercer parcialmente su derecho de contradicción y ser oído.

Siendo así, se evidencia muchas deficiencias que se encuentran plasmadas en la Ley N° 28457, toda vez que nuestro sistema procesal requiere probar los hechos que se alegan para amparar una demanda y como consecuencia de ello declarar la filiación o paternidad extramatrimonial, ello no quiere decir que esté en desacuerdo con la Ley N° 28457, sin embargo ello no me impide aclarar ciertos puntos que a mi modo de ver transgreden el ordenamiento jurídico : no se puede publicar una ley en desmedro de derechos constitucionalmente reconocidos como el derecho de defensa, derecho de contradicción, derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, derecho a ser oído, entre otros derechos.

Finalmente, también se vulnera el derecho que tiene toda persona a un debido proceso y el deber de los jueces a motivar (fundamentar) sus resoluciones, ya que, sin hechos probados, sin pruebas ni defensa del demandado, sin expresión en la decisión de la motivación fáctica y fundamentación jurídica, no hay proceso valido; el juez nacional no puede prescindir del cumplimiento de las normas constitucionales referidas al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

VI. CONCLUSIONES

1. La Ley 28457, es peligrosa debido a que por el simple hecho de presentarse una demanda de filiación se expida una resolución declarando la filiación demandada, peor todavía si en caso de no existir contradicción ese mandato se convierte en declaración judicial de paternidad. Es decir, se da por cierto lo señalado en una demanda sin que haya existido una etapa probatoria donde se compruebe lo afirmado por la demandante. Los legisladores no se han puesto en la situación de que la demandante señale hechos falsos en la demanda y que además no dé la dirección verdadera del demandado, lo que suele suceder, y que, por lo tanto, el demandado no haya podido formular oposición. Tenemos, pues, a un demandado a quien se le ha limitado el derecho de defensa garantizado por el artículo 139, inciso 14) de nuestra Constitución Política y sin la posibilidad de que esa situación se rectifique; Pues la ley ha dispuesto el apercibimiento de tenerse por cierta la paternidad del demandado en caso de negativa de someterse a la prueba. El apercibimiento es una medida coercitiva que la ley dispone, a fin que la efectividad de la norma jurídica no quede en lo meramente declarativo y el proceso judicial sea apenas un saludo a la bandera. Por cierto, no valen negativas de someterse a la prueba ni de carácter religioso, moral, filosófico o de cualquier naturaleza. El demandado se encuentra obligado a someterse a la prueba “sí o sí”. Si la prueba sale negativa (no es el padre) queda liberado de toda obligación, si sale positiva (es el padre) por lo que acarrea todas las responsabilidades que conlleva la paternidad.

2. El artículo 196° del Código Procesal Civil, regula la carga de la prueba señalando: “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”; como se observa esta norma es la manifestación del sistema privatístico o dispositivo. De otro lado, el sistema publicístico o inquisitivo se encuentra desarrollado en el artículo 194° del Código Procesal Civil, que dice: “Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes [...]”, norma que además tiene concordancia con el artículo 51° inciso 2) del Código Procesal Civil¹⁶³. En conclusión, la actividad probatoria no resulta una facultad exclusiva de las partes, sino, además, constituye una facultad o poder del juzgador. El proceso previsto en la Ley 28457, no es un proceso monitoreo puro ni documental, es uno diferente que rompe el equilibrio que debe existir entre un proceso eficaz y rápido con el pleno ejercicio del derecho de defensa del emplazado. La Ley 28457 no tiene sustento de derecho material para la declaración judicial de filiación o paternidad de hijo extramatrimonial, no estando en ninguno de los supuestos legales del Artículo 402 del Código Civil, ni tampoco en otra norma sustantiva. De acuerdo al artículo 402 del Código Civil, el Juez requiere que se haya acreditado el vínculo parental en cualquiera de las formas previstas en los seis incisos del artículo, para declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, lo que conlleva a que las

¹⁶³ Art. 51.2 del CPC: “Los jueces están facultados para: (...) 2. Ordenar los actos procesales necesarios al establecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; (...)”.

resoluciones expedidas a solo pedido de parte interesada y sin medio de prueba admitido y actuado, son absolutamente nulas al haber sido expedidas en contrario a derecho y a las normas constitucionales. En efecto, dictado el auto que admite la demanda (resolución declaratoria de filiación) si no se opone el demandado, dicho auto se convierte en declaración judicial de paternidad constituyendo una resolución judicial con cosa Juzgada material. Si se opone, el demandado debe realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes y si no lo hace la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

3. En éste proceso especial, el “dicho” de la parte actora es suficiente para el amparo de su pretensión, sin que haya necesidad alguna de su corroboración con medio probatorio alguno. Esta opción del legislador nacional es absolutamente cuestionable porque afecta al menos dos derechos fundamentales como son el debido proceso y el de defensa, por lo que estaríamos ante una ley inconstitucional.
4. La Constitución en su Art. 138 establece la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder judicial a través de sus órganos con arreglo a la Constitución y a las leyes; en el caso de la Ley 28457 es una norma de carácter procesal que no sustituye a la norma sustantiva; declarar sin derecho no es regular, es inconstitucional, porque resulta vulnerando los derechos a la prueba como contenido del debido proceso y de manera conexas al derecho de defensa. Pues según nuestra legislación los supuestos en la que se incurren una declaración judicial de paternidad de filiación extramatrimonial, está

contenida en el artículo 402 del C.C. en sus seis incisos; ahora antes de detallar el artículo mencionando debemos de señalar que en nuestra doctrina existe discrepancias en cuanto a determinar si esos 6 incisos constituyen presunciones legales de paternidad o si son casos en que proceden a la apertura de la investigación. La filiación acredita el vínculo parental directo de padre e hijo. Para los efectos prácticos, la filiación extramatrimonial acarrea en el corto plazo la asignación de alimentos al hijo en caso ser menor de edad o de estar estudiando una carrera profesional exitosamente (es decir no ser desaprobado en cursos o repetir años o semestres) hasta los 28 años. La declaración de la maternidad no exige mayores problemas, ya que incluso son los mínimos casos que se presentan, siendo ello posible se realiza por reconocimiento voluntario o por sentencia judicial (cuando se acredite el parto de la madre y la identidad del hijo, recurriendo así a pruebas biológicas). El otro supuesto es la filiación de la paternidad, en la que, si existen demasiadas cuestiones que aclarar, en caso de la declaración judicial, tal es así que involucra la ley de filiación extramatrimonial 28457 promulgada el 08 de enero del 2005. En la filiación extramatrimonial se establecen dos presupuestos una es la maternidad y otra a paternidad. Es en estos dos supuestos que actúa la ley, por una parte, la filiación materna es por así decirlo fácilmente de establecer ya sea por la gestación y el nacimiento que constituyen dos hechos biológicos visibles, “la maternidad se manifiesta por hechos visibles, objetivos, tangibles y por todo ello susceptible de prueba, concluyente o convincente, a saber, el embarazo y el parto, el abultamiento del vientre materno y la expulsión física del feto.

VII. RECOMENDACIONES

1. Modificar la ley 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, haciéndolo compatible con la Constitución, a fin de que no viole ningún derecho constitucional.
2. Se debe mantener la vía procesal de conocimiento para las pretensiones de filiación, salvo el caso del inciso sexto del Artículo 402 del Código Civil, que podría tramitarse en la vía procesal sumarísima, siendo competencia del Juez de Familia en todos los casos.
3. Se debe establecer la gratuidad en los reconocimientos ante los registros civiles en todas las municipalidades a nivel nacional.
4. El costo de la prueba del ADN debe ser asumida por el demandado, debido a que el titular de la acción es el hijo que en muchos casos no recibe pensión alimenticia, y de percibirla no le alcanza para subvencionar la prueba. El auxilio judicial no comprende el costo de la prueba del ADN que es realizada por laboratorios particulares y algunas instituciones del Estado en forma onerosa.
5. La valoración y actuación de la prueba del ADN por el juzgador debe conllevar al beneficio directo del menor, en aplicación al Derecho de Identidad, pero este debe ser ponderado frente a otros derechos del mismo nivel como son: el derecho a la unidad familiar, una estabilidad emocional, la misma que en muchos casos es frustrada por caprichos personales de padres irresponsables en su tiempo, dejando de lado lo más beneficioso al menor.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Debido proceso versus prueba de oficio*. Bogotá: Themis, 2004.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1992.
- ARANZAMENDI, Lino. *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima: Grijley, 2011.
- ARIANO DEHO, Eugenia. “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”. En: *Actualidad Jurídica*, T. 134, Lima, 2005.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- BENCIOLINI, Paolo y CORTIVO, Padova. “Le prove del sangue e quelle genetiche dopo la riforma della filiazione legittima e naturale”. En: *Rivista di Diritto Civile*, Italia, 1978.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: Constitución y Sociedad, 1997.
- BLANCO GÓMEZ, José Luis. *Sistema dispositivo y prueba de oficio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994.
- BRIONES, Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Editorial Trillas, 1986.

- BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. Bogotá: Editora Gustavo Ibáñez, 1996.
- CALAMADREI, Piero. *El procedimiento monitorio*. Buenos Aires: Astrea, 1946.
- CALLE, Juan José. *Código Civil Anotado*. Lima: Librería e imprenta Gil, 1928.
- CAPPELLETI, Mauro. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado*. México: Porrúa, 2007.
- CARRACEDO, Ángel y BARROS, Francisco. “El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de paternidad”. En: *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N° 3, Madrid, 1995.
- CARRACEDO, Ángel. “La identificación de la persona mediante pruebas genéticas: aspectos médico-legales”, en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Madrid, 1994.
- CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. T. II. Lima: Grijley, 2000.
- CARRUITERO LECCA, Francisco y GUTIERREZ CANALES, Mario. *Estudio doctrinario y jurisprudencial a las disposiciones generales de los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237*. Lima: Studio Editores, 2006.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. T. I. Lima: Palestra Editores, 2006.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra editores, 2007.

- CHANAME ORBE, Raúl. *Comentarios de la Constitución Política*. Lima: Jurista editores, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Vol. 3. México: Jurídica Universitaria, 2002.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. T. II. Lima: Librería Studium, 1982.
- CORREA DEL CASSO, Juan Pablo. *El Proceso Monitorio*. Madrid: Bosh Editor, 2006.
- DE CASTRO, Federico. *Compendio de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 1957.
- DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. T. I. Bogotá: Temis, 2002.
- DI LELLA, Pedro. *Paternidad y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- FABREGA PONCE, Jorge. *Actividad probatoria del juez*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. “La investigación biológica de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal”. En: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 3, N° 1, Madrid, 1950.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

- FERRANDINO, Álvaro. “Acceso a la justicia”. En: PASARA, Luis. *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. Lima: Consorcio de Justicia Viva, 2004.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 131, 2011.
- FLORES POLO, Pedro. *Diccionario Jurídico Fundamental*. Lima: Editorial Grijley, 2002.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo. *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*. Lima: Idemsa, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.
- GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el derecho*. Lima: Editorial Palestra, 2005.
- GIMENO GUZMÁN, Vicente. *Derecho Procesal Civil – El proceso de declaración parte general*. Madrid: Colex, 2007.
- GOMES, Romeu. “Análisis de datos en la investigación”. En: *Investigación social*. Buenos Aires: Lugar editorial, 2003.
- GUERRA CERRÓN, María Elena. *Hacia una justicia de paz. Un asunto de interés nacional*. Lima: Grijley, 2005.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John. *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

- HARO GARCÍA, José Vicente. “El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión”. En: *Revista Provincia*, N° 14, 2005.
- HERENCIA ORTEGA, Inés Gabriela. “Las pruebas de oficio frente al principio de preclusión en el proceso civil”. En: *Actualidad Jurídica*, T. 142, Lima, 2005.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al. *Metodología de la Investigación*. México: Editora McGraw-Hill, 2010.
- KEMELMAJER, De Carlucci. “El valor de la prueba genética en el Derecho argentino”. En: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol. IV, Madrid, 1994.
- KOKISH MOURGES, Domingo. “El Proceso Monitoreo”. En: *Revista Actualidad Jurídica*, Santiago de Chile, 2000.
- LANDA ARROYO, Cesar. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2010.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco. “La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas”. En: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Vol. IV, Madrid, 1994.
- LOPEZ GUERRA, Luis et al. *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional*. Vol. I. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.
- MARTEL CHANG, Rolando. “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro”. En: *Actualidad Jurídica*, T. 138, Lima, 2005.

- MARTÍNEZ HAGUE, Carlos. *La filiación ilegítima en el Derecho Civil peruano*. Lima: Editorial Rímac, 1951.
- MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. T. III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001.
- MESIA, Carlos. *Exegesis del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- MIGUEL Y ROMERO, Mauro y Carlos DE MIGUEL ALONSO. *Derecho procesal práctico*. Barcelona: Bosch, 1967.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis, 1996.
- MONTERO AROCA, Juan et al. *Derecho Jurisdiccional*. T. I. Barcelona: Tirant lo Blanch, 1994.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*. Lima: Palestra Editores, 2006.
- NOVAK, Fabián y Sandra NAMIHAS. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Academia de la Magistratura, 2004.
- PALMERO, Juan Carlos. *Vélez Sársfield y el derecho Latinoamérica*. T. I. Córdoba: Academia Nacional de Córdoba, 2000.
- PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”. En: *Derecho Procesal Civil, Congreso Internacional Lima*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial, 2003.

- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “La pretensión de alimentos del hijo extramatrimonial cuya paternidad no está determinada”. En: *Actualidad Jurídica*, T. 139, Lima, 2005.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Filiación y patria potestad*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de familia*. Lima: Gaceta jurídica, 2001.
- PRADO BRINGAS, Rafael. “Notas Introdutorias sobre el Procedimiento Monitorio”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal V*. Lima: Estudio Monroy Abogados.
- QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. “De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero”. En: *Revista Jurídica de Cataluña*, N° 3, Año XCII, Cataluña, 1994.
- QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”. En: *Revista Jurídica de Cataluña*, N° 4, Madrid, 1994.
- QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. “Las pruebas biológicas a propósito del auto del Tribunal Constitucional 103/1990, de 9 de marzo”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*, N° 1, Madrid, 1990.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una Tesis y no envejecer en el intento*. Lima: Grijley, 2011.
- RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: Giappichello, 1998.

- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. “El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 08, N° 01, 2002.
- ROBLES TREJO, Luis et al. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecatt, 2012.
- ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Lima: Editorial Ffecaat, 2014.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. *Manual de Derecho procesal civil*. Lima: Editorial Grijley, 2004.
- RODRÍGUEZ URRACA, José. *Autoridad del juez y principio dispositivo*. Valencia: Universidad de Carabobo, 1998.
- SAGÜES, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2001.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén. “El control difuso de la constitucionalidad en México”. En: *Revista Cuestiones Constitucionales*, N° 11, 2004.
- SCHWABE, Jurgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Konrad-Adenauer-Stiftng.
- SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima: Editorial Fecat, 2001.
- SUÁREZ VARGAS, Luis (2005). “El `especialísimo` proceso de filiación”, en: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano, Año 2, No. 33, Lima.

- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- TORRES CARRASCO, Manuel. “Lazos familiares: la incorporación en el Código Civil de la prueba de ADN para determinar la filiación”. En: *Gaceta Jurídica*. T. 63-B, Lima, 1999.
- TORRES CARRASCO, Manuel. *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- VALENCIA ZEA, Arturo. ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Bogotá: Temis, 1995.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “La filiación ¿no es cuestión de sexo, es cuestión de piel?”. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 40, Lima, 2002.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético*. Lima: Grijley, 2001.
- VELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de derecho de familia*. Caracas: Vadell Hermanos, 2002.
- VERDERA SERVER, Rafael. *Determinación y acreditación de la filiación*. Barcelona: Bosch, 1993.
- VESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 1999.
- ZELAYARAN DURAND, Mauro. *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2000.

VI. ANEXO

MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA DE ADN COMO PRUEBA LEGAL EN EL PROCESO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL EN EL PERU

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORIAS	ASPECTOS METODOLÓGICO
<p><u>GENERAL:</u> ¿Por qué Resulta inconstitucional la prueba de ADN como prueba legal en el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial en el Perú?</p> <p><u>ESPECÍFICOS:</u> a) ¿Cuál es la relación de los derechos fundamentales y la carga de la prueba en los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial? b) ¿Qué derechos fundamentales son vulnerados con la actuación de la prueba de ADN en el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial? c) ¿Qué fundamentos jurídicos existen para poder plantear la inconstitucionalidad de la Ley N° 28547 y su modificatoria Ley N° 29715: Ley que regula la Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial?</p>	<p><u>GENERAL:</u> Determinar la inconstitucional la prueba de ADN como prueba legal en el marco de un proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial en el Perú.</p> <p><u>ESPECÍFICOS:</u> a) Analizar la relación de los derechos fundamentales y la carga de la prueba en los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial. b) Explicar los derechos fundamentales que son vulnerados con la actuación de la prueba de ADN en el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial. c) Establecer los fundamentos jurídicos existen para poder plantear la inconstitucionalidad de la Ley N° 28547 y su modificatoria Ley N° 29715: Ley que regula la Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial.</p>	<p>La prueba de ADN como prueba legal en el proceso de filiación extramatrimonial es inconstitucional, porque resulta vulnerando los derechos a la prueba como contenido del debido proceso y de manera conexas al derecho de defensa.</p>	<p>Categoría 1: Proceso de filiación extramatrimonial: Regulación normativa, Alcances y limitaciones. Categoría 2: La prueba de ADN: Elementos, Naturaleza jurídica, Regulación jurídica Categoría 3: Inconstitucionalidad: Supremacía constitucional, Principios, Garantías y derechos, Debido proceso, Derecho de Defensa</p>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</u> Dogmática <u>TIPO DE DISEÑO:</u> No Experimental <u>DISEÑO GENERAL:</u> Transversal <u>DISEÑO ESPECÍFICO:</u> Explicativa <u>MÉTODOS ESPECÍFICOS:</u> Exegético, Hermenéutico, Dogmático, Argumentación jurídica. <u>UNIDAD DE ANÁLISIS:</u> Estará será DOCUMENTAL conformada POR LA Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. <u>PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS</u> ▪ Identificación del lugar donde se buscará la información. ▪ Identificación y registro de las fuentes de información. ▪ Recojo de información en función a los objetivos y categorías. ▪ Análisis y evaluación de la información. ▪ Sistematización de la información Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías. <u>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</u> Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido. <u>VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS:</u> Método de la argumentación jurídica.</p>