

Juan Espinoza Espinoza*

60 Las actuales coordinadas en materia de declaración judicial de filiación extramatrimonial

1. Sobre la negativa a someterse a la prueba del ADN en el escenario de la Ley 27048

El verdadero problema se encontraba frente a la negativa del demandado de someterse a la prueba del ADN. En efecto, frente a sistemas como el argentino que, en el art. 4, de la Ley N° 23511, autoriza a inferir un *indicio* en contra de quien rehúsa someterse a exámenes científicos de esta naturaleza, el Código Civil Peruano, (antes de la reforma de la ley 28457) establecía que el juez debe evaluar la negativa, de acuerdo al caso concreto; pero - como había advertido - no equipararla *sic et simpliciter* a un reconocimiento tácito de paternidad. Ello confirma que el supuesto del inc. 6 del art. 402 cc. no es una *causal*, sino una *prueba* y al igual que las cinco presunciones que lo acompañan, no exime de acreditar la realidad de los hechos que le sirven de presupuesto. Tan cierto es ello que el demandado podría invocar, por ejemplo, su derecho a la integridad. Así, la primera parte del art. 4 de la Ley General de Salud, Ley N° 26842, del 20.07.97, establece que:

“Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúan de este requisito las intervenciones de emergencia”.

Téngase en cuenta que el principio sobre el cual se basa esta disposición es el del respeto de la integridad de la persona: solo ella está facultada a decidir si se somete a un tratamiento médico o quirúrgico, o con

* Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Lima y de la Universidad del Pacífico. Presidente del Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN.



“...el modelo legislativo diseñado en la ley 27048 no cae en el automatismo ‘negativa de someterse a la prueba de ADN = padre’, del cual es tributario la ley No. 28457, sino que, en atención a la conducta procesal, pruebas y negativa, determinará si es padre o el demandante es declarado alimentista.”

mayor razón, si se somete a una prueba genética científica¹. Ello está en concordancia con el art. 5 c.c. y con el art. 2, inc. 1 de la Constitución. Evidentemente, al amparo del inc. 6 del art. 402 c.c. el juez deberá evaluar esta negativa (insisto, en el escenario de la ley 27048) y es aquí donde sostengo que será necesario que la demandante aporte otras pruebas o indicios que generen la convicción en el juzgador de que la negativa es el resultado de una conducta procesal tendiente a impedir el esclarecimiento de los hechos, lo que haría llegar a la declaración de la paternidad extramatrimonial. Caso contrario, la sola negativa a someterse a esta prueba, frente a la falta de pruebas adicionales o de otros indicios, no necesariamente sería suficiente para declarar la filiación extramatrimonial.

Soy consciente de que en este tipo de procesos, las demandantes generalmente se encuentran en una posición de desventaja en lo que a medios probatorios se refiere. En no pocas ocasiones los jueces de familia se han visto en serios apuros en su tarea de verificar la veracidad de las declaraciones de la demandante. De ello se entiende que este “principio oculto” se materializa en una suerte de favor respecto de las afirmaciones de las demandantes. En el sistema español este temperamento llega a niveles extremos. Así, el Tribunal Constitucional, en el Recurso de Amparo N° 1407/92, estableció que:

“El derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonablemente por la autoridad judicial en el seno de un proceso.

(...) No hay dudas que en los supuestos de filiación prevalecen el interés social y el or-

den público que subyace en las declaraciones de paternidad.

(...) Los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física no pueden convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares”².

Se debe recordar que en todos los derechos de la persona también prevalecen “el interés social y el orden público” y además, resulta difícil entender cómo se puede hablar de “impunidad”, frente a una relación no acreditada suficientemente. Una política judicial que desconozca los derechos de los emplazados a no someterse a las pruebas de ADN y que admita por ello una suerte de “confesión ficta”, no hace más que convertirse en una suerte de incentivo a demandas temerarias de filiación extramatrimonial. No es que esté tomando partido a favor de los emplazados, sino que considero que no se debería privilegiar *a priori* un mal entendido principio del interés superior del menor: éste será efectivo y tutelado, en la medida en que existan pruebas e indicios razonables que convenzan al juzgador de la existencia de una relación paterno-filial.

2. Sobre la negativa a someterse a la prueba del ADN en el escenario de la Ley 28457

La Ley No. 28457, del 07.01.05, modificó el (a su vez ya modificado) inc. 6 del art. 402 c.c. En efecto, se establece que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1 En sentido contrario, Enrique VARSI ROSPIGGLIOSI, quien no considera como motivo justo alegar el daño a la integridad física, por cuanto “la tipificación de los estudios de ADN no requiere sangre sino que los mismos se realizan con cualquier otro fluido corporal” (en La filiación ¿no es cuestión de sexo, es cuestión de piel, en Diálogo con la Jurisprudencia, , No. 40, Año 8, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2002, 29). Frente a ello, la Sala A, de la Cámara Nacional Civil de Argentina, con resolución del 28.02.94, precisa que “un examen compulsivo sobre el propio cuerpo del imputado necesariamente conduce a la relatividad del derecho a la propia identidad (del menor), en tanto debe ser conjugado con el derecho a la libertad, integridad psicofísica, a defenderse y no inculparse (del emplazado)”. Por ello, la negativa a someterse a una prueba del ADN no solo es una cuestión de fluidos, ni del derecho a la integridad: debe ser entendida también dentro del marco del derecho a defenderse y a no inculparse, sopesándolo con los otros derechos e intereses en conflicto.

2 En Andrea Inés PODESTÁ y María Julieta SAENZ, Algo más sobre el derecho a la identidad, en La Ley, T. 1995-A, Buenos Aires, 379.

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

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

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

Sin embargo, el procedimiento es draconiano respecto al demandado. Así, o se somete a la prueba o *sic et simpliciter*, es declarado judicialmente como padre. El art. 1 de la ley bajo comentario norma que:

“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 sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”.

Sin embargo, la norma es demagógica, por cuanto el costo de la prueba del ADN deberá asumirla la parte demandante. Así, el art. 2 establece que:

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

El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo.

Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”.

Que no llame a ilusión el “auxilio judicial”, puesto que éste se refiere a las tasas judiciales. Obviamente, como lo prescribe el art. 4, si la prueba produjera un resultado positivo, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso. Por otro lado, el art. 3 regula que:

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

La declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El juez de Familia resol-

verá en un plazo no mayor de diez días (art. 5). No estoy en contra de la búsqueda de la identidad personal y familiar del hijo extramatrimonial, sino que este modelo jurídico, innecesariamente, colisiona contra el derecho a la libertad y al debido proceso del demandado y no protege verdaderamente a la parte demandante. En efecto, la tutela efectiva estaría en que el Estado asuma los costos de las pruebas biológicas del ADN; pero no lo hace. Por otro lado, el modelo establecido en la Ley No. 27048, del 31.12.98 era más equilibrado, ya que el juez evaluaba la negativa a someterse al examen biológico del ADN, así como las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado. En efecto, el inc. 6, del art. 402, en ese entonces, regulaba que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

“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. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415.

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

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

En efecto, el modelo legislativo diseñado en la Ley No. 27048 no cae en el automatismo “negativa de someterse a la prueba del ADN = padre” del cual es tributario la Ley No. 28457, sino que, en atención a la conducta procesal, pruebas y negativa, determinará si es padre o el demandante es declarado alimentista.

Viene a comentario que el Primer Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, con Resolución No. 1, del 07.11.05, aplicando el control difuso, declaró *inaplicable al caso materia de conocimiento, la Ley No. 28457* y elevó en consulta su resolución al Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón, en atención a las siguientes consideraciones:

“Primero.- El artículo cincuenta y uno de la Constitución Política establece la prevalencia de la Constitución sobre toda otra norma legal, así, el artículo ciento treinta y ocho del mismo

texto constitucional señala que en todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera. Asimismo, el Código Procesal Constitucional en el artículo VI de su Título Preliminar señala que cuando exista incompatibilidad de una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Por su parte el artículo catorce de la Ley Orgánica del Poder Judicial referente a la supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución indica que cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera, debiendo además elevarlas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas, en todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Segundo.- En este sentido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia del treinta de junio de mil novecientos noventa y siete recaída en el Expediente Novecientos ocho – noventa y seis – AA /TC ha señalado que “... la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución, que, como competencia se reconoce a los jueces y magistrados del Poder Judicial ... no puede realizarse en forma abstracta, sino como resultado prima facie, de la exigencia de su observancia en la dilucidación en una situación concreta de hechos controvertibles...”. Así, el control difuso de constitucionalidad de las normas constituye un poder – deber del Juez a quien nuestra Carta Magna ha habilitado para preservar el principio de supremacía constitucional y en general el principio de jerarquía de las normas de acuerdo a lo estipulado en el artículo cincuenta y uno de nuestra Constitución Política.

Este control es un poder – deber consustancial a la función jurisdiccional a efectos de garantizar que el proceso sea constitucional, es decir, que se conduzca procesalmente y ser resuelta en cuanto al fondo conforme a normas de indubitable constitucionalidad, pues no puede reputarse como debido proceso aquel tramitado aplicando normas procesales de cuestionable constitucio-

nalidad o es resuelto aplicando normas sustantivas cuya inconstitucionalidad resulta evidente; siendo además que el empleo del control difuso es un acto sumamente grave y complejo en tanto que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez en principio resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado, esto lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la Ejecutoria del ocho de septiembre de mil novecientos noventa y nueve recaída en el Expediente ciento cuarenta y cinco – noventa y nueve – AA / TC. El control difuso pues se constituye en un mecanismo de *última ratio* al que se puede acceder única y exclusivamente cuando la inconstitucionalidad de la norma invocada es manifiesta.

Tercero.- Hay que resaltar que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política establece que las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Cuarto.- Nuestra Carta Magna en su artículo dos inciso veinticuatro (contempla) el derecho a la libertad y a la seguridad personales, derecho reconocido también por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo tres, y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo siete inciso uno. Asimismo, nuestra Constitución Política en su artículo ciento treinta y nueve inciso tres reconoce como principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, el que también es reconocido tanto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo diez, como por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo octavo.

Quinto.- La libertad es una condición de la vida humana, es inherente a cada uno, y consiste, a decir de Stuart Mill (*citado por Isaiah Berlin en la Introducción de su texto “La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana”, Fondo de Cultura Económica, primera edición, México D.F., 2004, p. 24*) en el derecho de forjar libremente la propia vida que se quiera, la producción de circunstancias en que los hombres pueden desarrollar sus naturalezas tan variada y ricamente, siendo la única barrera la necesidad de proteger a otros hombres respecto a los mismos derechos o de proteger la seguridad común de todos ellos, de modo tal que una persona es libre en tanto ninguna institución o persona le obstaculiza, salvo para su protección. Por su parte el mismo Berlin ha señalado que

coaccionar a un hombre es privarle de su libertad tanto en su vertiente negativa, entendida como el ámbito en que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros, y positiva, entendida como el concebir fines y medios propios y realizarlos (Berlin, Isaiah; “*Dos conceptos de libertad*”, en: *Libertad y necesidad en la historia*”, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1974, p. 136).

Así expuesto, la libertad individual debe considerarse como la piedra maestra con la que se construyen todos los derechos y libertades, y en este sentido hay que señalar que al tener toda persona derecho a la autodeterminación individual, es decir, tener voluntad de acción, no puede ser obligada constitucionalmente hablando a realizar actos que vayan contra dicha autodeterminación, debiendo anteponerse los derechos constitucionales a los mandatos. Al respecto el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente número doce cincuenta y siete-dos mil uno- AA / TC del once de noviembre del dos mil dos ha señalado que “...la voluntad libre puede entenderse como el pleno albedrío y la posibilidad de proceder según la propia determinación. Consisten en la capacidad de poder disponer de sí mismo...”.

Sexto.- El derecho al debido proceso es el derecho de todos los justiciables a acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven al órgano jurisdiccional a pronunciarse de manera justa y equitativa. Sobre este punto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Ejecutoria recaída en el Expediente No. Seis – noventa y siete – AI / TC al señalar que “*El Tribunal Constitucional del Perú considera que un debido proceso es aquel en que se aplican las leyes sustantivas y adjetivas debidamente, es decir, en forma igual para los litigantes: demandante y demandado, correspondiendo al juez la obligación de cumplirlas y hacerlas cumplir*”.

Séptimo.- Al respecto también existe un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en la Sentencia del dos de febrero de dos mil uno recaída en el Caso Baena Ricardo y otros ha señalado en su párrafo ciento veinticuatro que “*Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos*

estatales dentro de un proceso sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”. Agrega en el Párrafo ciento veinticinco que “*La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.* Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos órdenes”. Finalmente señala en el Párrafo ciento veintisiete que “*Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas*”.

Octavo.- En el caso que nos ocupa la demandante solicita se declare la filiación de su menor hijo reputándose como padre del mismo al demandado siguiéndose el trámite establecido por la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuenta y siete que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. La ley en mención indica en su primer artículo que 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; y en el segundo artículo que si el demandado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido válidamente notificado, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad, suspendiéndose el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes.

Noveno.- De lo expuesto, a criterio de esta Juzgadora, se advierte la vulneración por parte de la Ley veintiocho mil cuatrocientos cincuenta y siete de dos derechos constitucionalmente reconocidos: el derecho a la libertad y el derecho al debido proceso.

Décimo.- Con respecto a la vulneración del derecho a la libertad cabe precisar que el segundo artículo de la Ley veintiocho mil cuatrocientos cincuenta y siete conmina indirectamente al demandado a efectuarse la prueba de ADN dentro de los diez días de notificado como única posibilidad para que se suspenda el mandato, lo que se traduce en una aparente obligación

propia del demandado cuando realmente su decisión es consecuencia de la presión del poder estatal a través de la norma en mención que indirectamente lo conmina a someterse a una única prueba para que su oposición al mandato se pueda hacer efectiva, negándosele la posibilidad de que en ejercicio de su propia libertad pueda negarse a someterse a la misma. *Aplicar la ley en mención en este extremo se traduce en una coacción del demandado, vulnerándose su libertad*, la que está consagrada como derecho en los artículos dos inciso veinticuatro de nuestra Carta Magna, tres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y siete inciso primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Undécimo.- Con respecto al derecho al debido proceso hay que señalar que *el hecho que con sólo presentar una demanda de filiación sin mayor exigencia de la presentación de medio probatorio alguno que pruebe lo afirmado, el Juez, sin que se haya pasado a una etapa probatoria exigida para procesos igual de complejos y trascendentes como lo es uno de las características del que nos ocupa, deba emitir una resolución declarando la filiación demandada, atenta contra el debido proceso en perjuicio del demandado* pues el órgano jurisdiccional no exige la presentación de medio probatorio alguno a la demandante, así, no califica ni actúa medio probatorio previo a la emisión de la declaración de filiación que corrobore la sindicación de la demandada efectuada en su primer escrito presentado ante el órgano jurisdiccional respecto a la paternidad de su hijo cuya declaración de filiación demanda, lo que ocasiona la expedición de una resolución que declara la filiación demandada, que de modo alguno es justa para el demandado pues las partes están en desigualdad de condiciones al momento de recurrir al órgano jurisdiccional.

Otro aspecto atentatorio contra el debido proceso es el hecho que se limita el uso de medios probatorios por el demandado pues la única prueba admitida en estos procesos es la prueba de ADN. Este hecho se agrava al no existir en nuestro país una regulación especial para la realización de la prueba de ADN, en la que se regule lo referente a la acreditación de los laboratorios que realizan estas pruebas, ni se haya establecido el número de marcadores genéticos a ser analizados de lo que depende la probabilidad de certeza de dicha prueba; por otro lado la ley en mención da por válida la prueba de ADN sin considerar los márgenes de error de la misma, a lo que hay que agregar que pueden existir errores en la toma de muestras, contaminación

de las mismas o manipulación de la muestra y/o resultados, a lo que se agrega el hecho que no se cuenta en el país con un registro de los centros especializados en la realización de las mismas en los que se haya establecido además un control estatal, pues se desconoce si dichos centros cuentan con personal capacitado y con sólida formación ética que impida ceder ante presiones para la obtención de determinados resultados.

De lo expuesto en este considerando se infiere una abierta transgresión al debido proceso, garantía reconocida por nuestra Carta Magna en su artículo ciento treinta y nueve inciso tercero, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo diez y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo octavo.

Duodécimo.- Con lo expuesto en los considerandos precedentes esta Juzgadora considera que el hecho que la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuenta y siete haya sido promulgada como consecuencia de un grave problema social como es el gran número de niños, niñas y adolescentes que no han sido reconocidos por sus padres de ningún modo puede significar la vulneración de derechos reconocidos no sólo por nuestra Carta Magna sino por documentos internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por nuestro país.

Décimo Tercero.- Por otro lado, Enrique Véscovi (citado por Alberto Hinostroza Minguez, “La nulidad procesal en el proceso civil”, *Gaceta Jurídica*, segunda edición, agosto de 2002, p. 77), ha señalado que habrá la “... posibilidad de anular un proceso cuando existan vicios que obsten a la constitución de una relación procesal válida o se violen las garantías del debido proceso, que, en el fondo, surgen de normas jurídicas positivas. Quedaría así traducida la fórmula de ‘nulidades implícitas’, que emplea la doctrina, reconociendo la existencia de ciertos vicios que impiden el derecho fundamental de defensa en juicio, que son impugnables aún cuando la ley no lo establezca expresamente, y relevantes no sólo a pedido de parte, sino también de oficio...”; en este mismo sentido se ha pronunciado la Ejecutoria Suprema del veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y siete recaída en el Expediente número doscientos dieciséis – noventa y seis al señalar que “... La nulidad procesal es un instrumento de última ratio y sólo debe ser aplicado cuando aparezca una infracción insubsanable de algún elemento esencial de un acto procesal o cuando se vulnere uno de los principios del debido proceso”, fundamentos por los que a criterio de esta Juz-

gadora la resolución número uno del veintiséis de mayo de dos mil cinco, de fojas diecinueve, deviene en nula.

Décimo Cuarto.- Si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo catorce dispone que en caso que un Juez aplique el control difuso los autos se elevarán en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, el Código Procesal Civil en su artículo cuatrocientos ocho, en concordancia con el artículo cuatrocientos nueve del mismo cuerpo legal, señala que es procedente la consulta contra la resolución en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria, debiéndose elevar el expediente de oficio al superior dentro de los cinco días bajo responsabilidad, a criterio de esta Juzgadora para la consulta de la presente resolución debe aplicarse el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil, norma posterior a la Ley Orgánica del Poder Judicial, el (primero) es un cuerpo legal de carácter especial acorde a las nuevas tendencias de la doctrina procesal, lo que no sucede con la segunda que no es un cuerpo legal de carácter estrictamente procesal sino que regula además temas administrativos relacionados a la estructura y administración del Poder Judicial, por lo que los presentes actuados deben ser elevados en consulta al Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón” .

66

Estoy de acuerdo con que esta ley colisiona con los derechos a la libertad y al debido proceso. A propósito de una de estas consultas, una atenta doctrina observó que “si bien el objeto de la regulación de la Ley No. 28457 es legítima y constitucionalmente relevante, existen disposiciones de la referida ley (segundo párrafo del artículo 1 y el artículo 2) que son inconstitucionales, puesto que aquellas imponen una restricción del derecho de defensa del demandado (materializado en la imposibilidad del ejercicio de su derecho a probar) que no constituye la alternativa menos gravosa para alcanzar la finalidad de la norma (la declaración de filiación extrajudicial). En atención a ello, surge la necesidad de que el órgano jurisdiccional que conozca de una pretensión derivada de la aplicación de la Ley No. 28457, declare inaplicable los artículos antes mencionados de la referida ley, por incompatibilidad constitucional”³.

Sin embargo el Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón, mediante la timorata Resolución No. 5, del 20.06.06, desaprueba la audaz y valerosa resolución de la instancia inferior y la declara nula, en atención a que:

“Si bien es cierto que el artículo cincuenta y uno de la Constitución Política del Estado dispone que tiene prevalencia frente a una norma legal de inferior jerarquía, el cual es concordante con el artículo ciento treinta y ocho de la misma carta magna, cuando indica que si hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera; pero también es cierto que dicha disposición constitucional se encuentra desarrollada por el Artículo catorce de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la misma que dispone que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes debe ser ejercitado al momento de fallar en el fondo de la cuestión de su competencia; (...) Conforme aparece de la Resolución materia de consulta, se advierte que el A Quo al momento de calificar la demanda, ha declarado inaplicable la Ley número veintiocho mil cuatrocientos cincuenta y siete al caso materia de autos, supuestamente porque vulnera los derechos de la libertad y el derecho al debido proceso, aún cuando dicha resolución no resuelve en forma definitiva el fondo de la controversia, con lo que se viene privando del Derecho a la tutela judicial efectiva de la accionante, el cual igualmente es un derecho constitucional, previsto en el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, en mérito al cual no se puede limitar el acceso a la justicia, más aún si su procedencia o desestimación debe ser efectuada al momento de resolverse la oposición, conforme lo establece la misma Ley 28457 en su artículo segundo, (...) Asimismo, la forma como se ha regulado en nuestro medio la filiación de paternidad no es nueva, ya que de la misma forma se regulan los procesos de ejecución, en donde con el auto de pago se dispone que los obligados paguen la suma de dinero adecuado, dentro del plazo de tres días, sin embargo, se les permite contradecir dicho mandato de pago, por lo que de declararse fundada dicha contradicción, no tendrá efecto dicho mandato de pago y en caso de desestimarse la contradicción, se continuará con la ejecución, conforme lo dispone los artículos seiscientos noventa y setecientos y siguientes del Código Procesal Civil, por lo que este juzgado considera que la norma inaplicada por la Juez en la Resolución elevada en consulta resulta ser constitucional y legal, porque las normas procesales contenidas en la ley 28457, son normas de orden público, y que las mismas limitan la

3 FURUKEN ZEGARRA, Carlos. *El (actual) proceso judicial de paternidad extramatrimonial y el derecho a un debido proceso*. En: Diálogo con la Jurisprudencia, No.108, Año 13, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 2007, p. 98.

libertad de las personas para cumplir los fines del Derecho y que el mecanismo del Derecho de defensa de los emplazados se encuentra garantizado por las leyes y la constitución, por lo que el Juzgador debe dar trámite a dicho pedido de filiación de paternidad; (...) Finalmente debe tenerse presente que de conformidad con el artículo IX del título preliminar del Código Procesal Civil, las normas contenidas en ella (sic) son de carácter imperativo, por lo que su trasgresión se encuentra sancionada con la nulidad, conforme lo dispone el artículo ciento setenta y uno del mismo cuerpo de leyes ya que el acto procesal elevado en consulta carece de los requisitos indispensables para obtener su finalidad, por lo que debe declararse la nulidad de dicha resolución “ (el subrayado es mío).

La pobreza del fundamento de esta decisión es alarmante: el argumento es que porque la Ley No. 28457 (el juzgador no dice por qué) es de orden público, puede limitar la libertad de las personas y el derecho al debido proceso se encuentra garantizado (en abstracto) por la ley y la Constitución. ¡Pero si justamente se va al juez para que se pronuncie si se ha lesionado o no el derecho al debido proceso en el caso concreto!

En otro caso, en la Resolución No. 3, del 18.05.07, con los mismos fundamentos (ya que se trataba de la misma jueza), el Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Condevilla, revocó la sentencia No. 17 del Primer Juzgado de Paz Letrado del Módulo Básico de Condevilla, del 22.01.07, en la cual se declaró improcedente una oposición y se declaró judicialmente la paternidad extramatrimonial, y elevó en consulta su decisión a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. El órgano colegiado supremo, mediante resolución del 13.08.07, desaprobó la resolución y la declaró nula. Los fundamentos son estos:

“Cuarto: Conforme a lo dispuesto en el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando los jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Así, las sentencias en las que se haya efectuado control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, sino fueran impugnadas.

Quinto: Para dilucidar la consulta, debe tenerse en cuenta que no solo se encuentra en tema el derecho a la libertad y el derecho al debido proceso, sino también el derecho al nombre y a la identidad de un menor, previstos en el artículo 2° inciso 1 de la Carta Política, y desarrollado en los artículos 19°, 21° y 26° del Código Civil y 6° del Código de los Niños y Adolescentes. En consecuencia, en este caso debe aplicarse la ponderación de los derechos constitucionales involucrados. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español ha declarado, en múltiples ocasiones: “Que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos sino que tienen límites derivados de la defensa de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos o del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, esto es de la tutela del Estado democrático, límites que a su vez no son absolutos, pues se hallan contrabalanceados tanto por la fuerza expansiva de los propios derechos como por la congruencia del orden jurídico en que se inscriben”⁴.

Sexto: La libertad, como define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. Según el apartado 1 del título III de las Instituciones de Justiniano, libertad es la facultad natural que cada uno tiene de hacer lo que le plazca, a no ser que la fuerza o la ley se lo impidan. El artículo 4° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano estableció que la libertad es la facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 1° y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3° reconocen el derecho a la libertad, pero no la definen. Es que la libertad en su acepción más amplia es el anarquismo puro, como potestad de hacer lo que se quiere, lo que es imposible por que los seres humanos carecemos de omnipotencia, y porque los derechos propios terminan donde comienzan los ajenos. En sentido moral, la libertad se circunscribe a hacer lo que no daña a otro, y en sentido jurídico la libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten y todo lo que no prohíben. Ahí van los viejos aforismos latinos: “*Libertas est naturales facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur*” de Florentino: 1.4, pr., D., de *statu hominum*: “La libertad es la facultad natural de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza

o por la ley”; y “Legum omnes servi sumus, ut liberi esse possimus” de Cicerón: “Todos somos esclavos de las leyes, para poder ser libres”.

Séptimo: La Filosofía del Derecho trata el tema con gran amplitud, y se distinguen múltiples corrientes de pensamiento, así en un extremo, los que propugnan la ausencia total de coacción, que lleva al nihilismo y anarquismo, otros que la vinculan con la igualdad económica de las personas, y otros que estiman que la libertad de cada individuo nace y se obtiene de ese gran conjunto de derechos a los que está subordinada, porque los derechos de cada uno de nosotros dependen de la muralla protectora de la organización social, que no es otra cosa que la ley. Si podemos gozar de nuestros derechos es porque el Estado los robustece al convertirlos en obligaciones para los demás. Somos libres, no por nosotros mismos, sino porque ese es el designio de la sociedad⁵.

Octavo: El debido proceso, al decir de Osvaldo Alfredo Gozaini, significa que: a) ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por ley, y de no haber ley razonable que establezca el procedimiento, ha de arbitrarlo el juez de la causa, b) ese procedimiento no puede ser cualquiera sino que tiene que ser “debido”, c) para que sea “debido”, tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso, d) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído)⁶. El derecho al debido proceso, cuya observancia urge el artículo 139°, inciso 3, de nuestra Constitución, por su amplitud escapa a los alcances de una definición, que por principio de lógica tendría que ensayarse por el género próximo y la diferencia específica; pero esta sala en numerosos pronunciamientos ha determinado que este comprende básicamente, el derecho a ser escuchado, a producir prueba, a imparcialidad, a un proceso rápido y a una sentencia motivada e impugnada.

Noveno: El derecho al nombre y la identidad personal, es fundamental, es sin duda el primer derecho reconocido, como ya se ha señalado. El antiguo aforismo latino de “*mater certus pater semper incertus*” se resolvió en la ley, desde el Derecho romano, estableciendo la paternidad procedente del vínculo matrimonial, denominada la presunción “*Pater is...*”. El problema se

presenta cuando el padre de un hijo natural se resiste a reconocerlo y se trata entonces de saber si tal hijo o quien lo represente en su minoría, puede recurrir al poder público para que se practique la investigación pertinente y declare la relación filial. En el decurso de la historia, esta investigación se permitió en determinadas épocas y también se prohibió. Así, en la época medieval, el “dicho de la virgen” fue suficiente para condenar un estupro y declarar una paternidad, la denuncia del supuesto seductor de una muchacha encinta se tenía por cierta “*Virgini praegnanti creditur*”. El Derecho intermedio reaccionó contra esta liberalidad y prohibió la investigación de la paternidad natural, así los revolucionarios franceses expidieron la Ley 12 de Brumario, en su año II, y el Código Napoleón recogió igual prohibición en su artículo 340°: “*La recherche de la paternité est interdite*”, salvo el caso de raptó. Los tribunales entonces recurrieron a la responsabilidad aquiliana y se determinó que el hombre que embarazara a una mujer comete un delito que lo obligaba a indemnizar, con la precisión de que esta se le exigía como hombre y no como padre.

Décimo: En el Derecho moderno, la investigación de la paternidad es permitida y amplia pues corresponde al derecho fundamental a la identidad y al nombre que tiene toda persona, y nuestro Código Civil vigente, concedió tal acción en los supuestos previstos en su artículo 402° del Código Civil, el que ha sido ampliado, precisamente por la Ley N° 28457, para incluir como inciso 6, cuando se acredite el vínculo parental con prueba genética o científica, como consecuencia del aporte de la ciencia a la probanza de la paternidad, siendo la más utilizada la prueba de ADN.

Décimo Primero: Como señala la doctora María Isabel Quiroga de Michelena, doctora en medicina especialista en genética, en [un] ilustrativo artículo sobre el tema⁷, la prueba biológica de ADN (ácido desoxirribonucleico) se sustenta en las diferencias genéticas entre los seres humanos, de tal manera que las características de ADN de una persona son únicas e inmutables, son idénticas en todas las células de su organismo y se determinan desde el momento de la concepción, por la dotación genética, denominada “genoma”, que el hijo recibe por partes iguales de sus padres. Cada cromosoma contiene miles de genes, cada gen tiene su lugar específico dentro del cromosoma, y la mayoría de las veces, la re-

5 LASKI, Harold J. *La Libertad en Estado Moderno*. Abril, Buenos Aires, 1945, p. 25.

6 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Ediar, 2005, p. 119.

7 QUIROGA DE MICHELENA, María Isabel. *La Prueba de ADN. Fundamentos Biológicos de la determinación de paternidad*. En: Cuadernos Jurisprudenciales, Año 4, N° 37, julio 2004, Gaceta Jurídica, p. 19.

ferida prueba científica arroja una probabilidad que supera el 99.99% de certeza; prueba que se ha practicado con éxito para identificación de personas fallecidas en estado irreconocible, solo por análisis de algún resto biológico.

Décimo Segundo: El doctor Enrique Varsi Rospigliosi, en su estudio sobre el ADN⁸, señala que el sometimiento a las pruebas genéticas ordenadas por el juzgador para investigar la paternidad es una colaboración obligatoria que no atenta contra la libertad individual, en razón de que las técnicas de paternidad son sencillas y no implican una violación a los derechos, y quien alegue tal restricción estaría cometiendo un abuso de derecho; que por sobre todo está el valor justicia y el esclarecimiento de los hechos, más aún tratándose de indagar una filiación que es el sustento de un derecho natural como es el derecho a conocer quien es nuestro padre biológico, y luego citando a Delmiro Pedro Welter, enumera las razones por las cuales procede la conducción coercitiva del supuesto padre al examen genético, citando entre ellas los derechos a la personalidad del hijo.

Décimo Tercero: A la luz de los principios reseñados, debe analizarse la aludida incompatibilidad de la Ley N° 28457 con los derechos constitucionales a la libertad y al debido proceso, sostenida en la sentencia consultada. Con relación a lo primero, debe señalarse que *la referida ley no obliga al demandado a someterse a la prueba de sangre ni que se le conduzca de grado o fuerza*; por el contrario, la norma señala en el tercer párrafo del artículo 2°, que si después de transcurridos diez días de vencido el plazo, el emplazado no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, su oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad. [Esto] significa que *el demandado es libre de decidir si concurre a la toma de las muestras para la prueba de ADN*, más aun, al formular la oposición se obliga a asistir, empero, en caso que no asista injustificadamente, como en el caso de autos, el magistrado deberá pronunciarse por la improcedencia de la oposición y declarar judicialmente la paternidad. *Lo que se evalúa es su conducta ante un medio probatorio que resulta determinante, y que daría solución a la litis, y*

con ello se busca proteger el derecho fundamental a la identidad y al nombre de la persona, en este caso, el menor cuyo reconocimiento de paternidad se pide. Si bien es cierto, el derecho a la libertad es fundamental y debe ser protegido, este al igual que todos los derechos puede ser regulado, y pueden ser materia de restricciones en tanto se opondan o relacionen con otros derechos, más allá que, como se ha explicado en el motivo anterior, no existe vulneración alguna a dicho derecho.

Décimo Cuarto: En cuanto al debido proceso, no se aprecia su afectación, toda vez que el demandado tiene la posibilidad de oponerse a dicho mandato y someterse a la prueba de ADN para demostrar su negativa, en este caso, que no es el padre del menor. El hecho que el proceso se base en la prueba de ADN se ampara en que dicho medio probatorio, como ya se ha señalado, es considerado científicamente determinante para dilucidar el caso materia de la demanda, en la medida que otros medios probatorios, no asegurarían el caso con la certeza que ofrece dicha prueba biológica” (el subrayado es mío).

Estoy totalmente de acuerdo que se debe hacer un equilibrio de los derechos en conflicto y frente a ellos ¡qué duda cabe! Se tiene que optar por el mejor interés del menor (que no fue invocado en la resolución de la Sala)⁹. Sin embargo, si bien se sostiene que el demandado “es libre de decidir si concurre a la toma de muestras para la prueba del ADN”, inevitablemente será declarado judicialmente como padre. Por eso se sostiene, con razón, que es un mecanismo de reconocimiento “provocado”¹⁰. Entonces no es como dice el órgano colegiado, que “lo que se evalúa es la conducta” del demandado: No hay evaluación de conducta alguna (como sí se establecía en el modelo diseñado por la Ley No. 27048) sino la respuesta automática de la declaración judicial de paternidad: No estoy en contra del derecho al nombre ni a la identidad del menor, sino que advierto que el modelo establecido por la Ley No. 28457 no pondera adecuadamente los intereses en conflicto: si lo hiciera tendría en cuenta, verdaderamente, la conducta del demandado, así como otro acervo probatorio. No se trata de una mera restricción¹¹ del derecho al debido proceso, sino de una pulverización innecesaria del mismo, cuando ya se contaba con un modelo jurídico equilibrado.

8 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *La Prueba de ADN. Fundamentos biológicos de la determinación de paternidad*. En: Cuadernos Jurisprudenciales, Año 4, N° 37, julio 2004, Gaceta Jurídica, p. 6.

9 Como advierte VELARDE BOLANOS, ROSA. *La verdad os hará libres. A propósito de la “inaplicabilidad” de la Ley No. 28457*. En: Jus Jurisprudencia, No. 6, Grijley, Lima, noviembre 2007, p. 34.

10 LLOVERAS, NORA y OLGA ORLANDI. *El derecho del niño a la identidad filiatoria y su reafirmación por la Corte Suprema de Justicia del Perú. Nota al fallo sobre constitucionalidad de la Ley No. 28457 que regula el proceso peruano de filiación judicial de paternidad extramatrimonial*. En: Jus Jurisprudencia, cit., p. 43.

11 Como califica MARÍA VICTORIA FAMÁ, *Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial*. En: Jus Jurisprudencia, cit., p. 70.

No se trata de un problema de aceptar o no “con hidalguía la progenie”¹², ni de “defensas tontas” y “padres cobardes”. ¿Qué tipo de “revolución procesal”¹³ es esta que si la parte demandante no asume el costo de las pruebas no se puede dar trámite al proceso? En efecto, se sostiene que “el propio texto legal ha establecido que cuando la parte accionante no pueda asumir el pago del costo de la prueba de ADN, será el órgano jurisdiccional el que proporcione el auxilio judicial respectivo. Debemos precisar que con este mandato legal se ha distorsionado la institución procesal mencionada, ya que la finalidad del auxilio, conforme a la norma procesal, es exonerar a la parte requirente de los gastos del proceso –los cuales constituyen ingresos para el Poder Judicial- mas el magistrado no puede exonerar a la parte de gastos referidos a terceros –como son los laboratorios que realizan las pruebas- y menos asumir los costos que se devenguen del examen genético, por lo que consideramos que previa a la dación de la ley, los legisladores debieron asegurar que existieran suficientes laboratorios que realizaran las pruebas de paternidad de manera gratuita, a fin de lo-

gar la eficacia de la norma a favor de los niños, niñas y adolescentes”¹⁴. Por ello, está muy lejos de ser “una ley inteligente”¹⁵. En este sentido, estoy plenamente de acuerdo cuando autorizada doctrina procesal nacional se cuestiona si estamos frente a un “¿vanguardismo o primitivismo procesal?”¹⁶.

La puesta a consulta que ha hecho la valerosa Jueza Clara Mosquera es digna de elogio, no se trata de un intento de inconstitucionalizar iniciativas legislativas dirigidas a la superación del sexismo ni de la misoginia¹⁷, sino de una equilibrada reflexión de los intereses en conflicto. En aras del derecho al nombre y a la identidad del menor, no es que se deba imponer un padre “a toda costa”, sacrificando el derecho a la libertad y al debido proceso. Si el Estado está verdaderamente comprometido a proteger a las madres y menores que se encuentran en esta situación de incertidumbre (en lo que a paternidad se refiere), es hora que asuma los costos de las pruebas biológicas del ADN: esa sería la verdadera “revolución procesal” y sustantiva.

12 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *La decisión de la Corte Suprema de Justicia del Perú acerca de la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial. De las defensas tontas y los padres cobardes*. En: Jus Jurisprudencia, cit., p. 16.

13 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. op. cit., p. 18.

14 BELTRAN PACHECO, Patricia. *Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial. Análisis de la sentencia emitida por la Sala Constitucional y Social en torno a la Ley No. 28457*. En: Jus Jurisprudencia, cit., pp. 21-22.

15 Como optimistamente sostiene Catalina ARIAS DE RONCHIETTO. *Una ley inteligente: La Ley peruana No. 28457 de 2006*. En: Jus Jurisprudencia, cit, p.45.

16 ARIANO DEHO, Eugenia. *El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?*. En: Actualidad Jurídica, Tomo 134, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2005, p. 65.

17 Como pretende hacer ver, desde una perspectiva sociológica LIÉSI THURLER, Ana. *Un fenómeno latinoamericano en el Siglo XXI: Intentos de inconstitucionalizar iniciativas legislativas dirigidas a la superación del sexismo*. En: Jus Jurisprudencia, cit., p. 75.