

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

**RAZONES JURÍDICAS QUE DETERMINAN LA VULNERACIÓN DEL
DERECHO A LA DEFENSA EN LA APLICACIÓN DE LEY N° 28457 “LEY DE
FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL”**

POR:

Deissy Judith Chilón Vásquez

Roxana Madeleydi Ortiz Cerdán

ASESOR

Mg. Otilia Loyita Palomino Correa

Cajamarca – Perú

Octubre– 2021

8.6%Resultados del Análisis de los plagios del 2023-10-02 15:46 UTC
TESIS - TESIS CHILON VASQUEZ Y ORTIZ CERDAN.pdf

Fecha: 2023-10-02 15:10 UTC

* Todas las fuentes 100 | Fuentes de internet 89

-
- [0] repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/2706/Tesis- Sanchez Mera Kely Julisa.pdf?sequence=1&isAllowed=y
7.3% 759 resultados
-
- [1] repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5257/Varsi_derecho_filiacion.pdf?sequence=3&isAllowed=y
2.3% 488 resultados
-
- [2] repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/20.500.12724/5257/4/Varsi_derecho_filiacion.pdf.txt
2.2% 486 resultados
-
- [3] repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/10141/Varsi_Proceso_de_filiacion_extramatrimonial.pdf?sequence=1&isAllowed=y
1.8% 335 resultados
-
- [4] archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2252/18.pdf
0.7% 242 resultados
-
- [5] estudioderechoylibertad.com/wp-content/uploads/2021/06/CODIGO-PROCESAL-CIVIL.pdf
1.3% 136 resultados
-
- [6] repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/615/DER-SUL-SIL-15.pdf?sequence=1
0.3% 140 resultados
-
- [7] 1library.co/document/qaor23kq-el-proceso-de-filiacion-extra-matrimonial-enrique-vari-raspiglioso.html
0.2% 154 resultados
-
- [8] repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/512/BC- TES-4313.pdf?sequence=1&isAllowed=y
0.9% 144 resultados
-
- [9] repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/136/Julio_Jesus_Titulo_Abogado_2016.pdf?sequence=1
1.3% 141 resultados
-
- [10] blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2020/05/codigo-civil-comentado-tomo-i.pdf
0.6% 126 resultados
-
- [12] www.scielo.br/j/se/a/4WRJ9KhDjRFp39ZPWvQgtpz/
0.4% 110 resultados
-
- [13] 1library.co/article/filiación-extramatrimonial-derechos-fundamentales.zx5g26vq
0.1% 76 resultados
-
- [15] dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/10285/T-18-2269_ araujo-ayala-.pdf?sequence=1&isAllowed=y
0.1% 108 resultados
-
- [16] 1library.co/article/concepto-de-filiación-derechos-fundamentales.zx5g26vq
0.1% 75 resultados
-
- [17] www.revistapersona.com.ar/Persona50/50Varsi.htm
0.2% 94 resultados
1 documento con coincidencias exactas
-
- [19] repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/7631/1/REP_DERE_NAYLA.ARISMENDIZ_DERECHO.RECONOCIENTE.NEGAR.PROPIO.REC
0.3% 108 resultados
-
- [20] www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-plazo-razonable-como-garantia-del-debido-proceso/
0.1% 69 resultados
-
- [21] urgente.bo/noticia/el-plazo-razonable-como-garantia-del-debido-proceso
0.1% 69 resultados
-
- [22] www.corteidh.or.cr/tablas/30262.pdf
0.1% 80 resultados
-
- [23] www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html
0.0% 49 resultados
-
- [24] 1library.co/article/proceso-monitorio-peruano-materia-filiación-mandato-paternidad.z3epx78q
0.1% 57 resultados
-
- [25] iuslatin.pe/actualizado-ley-que-regula-el-proceso-de-filiacion-judicial-de-paternidad-extramatrimonial-ley-28457/
1.4% 49 resultados
-
- [26] content.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/11/Ley-28457.pdf
1.4% 49 resultados
-
- [27] iuslatin.pe/wp-content/uploads/2022/10/LEY-QUE-REGULA-EL-PROCESO-DE-FILIACION-JUDICIAL-DE-PATERNIDAD-EXTRAMATRIMONIAL.pdf

- ✓ [27]  46 resultados
-
- ✓ [28]  vlex.com.pe/vid/ley-n-28457-regula-816945845
 46 resultados
-
- ✓ [29]  www.corteidh.or.cr/tablas/r36873.pdf
 61 resultados
-
- ✓ [30]  repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/7220/1/REP_CARLOS.MORENO_VULNERACION.DEL.DERECHO.DE.DEFENSA.pdf
 52 resultados
-
- ✓ [31]  es.scribd.com/document/642149581/Exp-2273-2005-Phc-tc-Lima-Karen-Manuca-Quiroz-Cabanillas
 38 resultados
-
- ✓ [33]  img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/07/Modelo-de-demanda-de-filiación-judicial-de-paternidad-extramatrimonial-LP.pdf
 47 resultados
-
- ✓ [34]  lpderecho.pe/modelo-demanda-filiacion-paternidad-extramatrimonial/
 45 resultados
-
- ✓ [35]  lpderecho.pe/demandas-filiacion-paternidad-necesitaran-firma-de-abogado/
 43 resultados
-
- ✓ [36]  lpderecho.pe/ley-30628-modifica-proceso-filiacion-paternidad-extramatrimonial/
 41 resultados
-
- ✓ [37]  notariarosalamejia.com/porta/normas-legales-ley-no-30628-ley-que-modifica-el-proceso-de-filiacion-judicial-de-paternidad-extramatrimonial-y-com
 42 resultados
-
- ✓ [38]  1library.co/article/mandato-paternidad-determinación-filiación.q0644egq
 46 resultados
-
- ✓ [39]  lpderecho.pe/filiacion-paternidad-extramatrimonial-ultima-reforma/
 50 resultados
-
- ✓ [40]  archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5462/12.pdf
 51 resultados
-
- ✓ [41]  1library.co/article/código-civil-derechos-fundamentales-persona-toda.zp0wk3oq
 43 resultados
-
- ✓ [42]  1library.co/article/defensa-oposición-proceso-filiacion-extra-matrimonial-enrique-raspig.qoor23kq
 50 resultados
-
- ✓ [43]  core.ac.uk/download/326648474.pdf
 48 resultados
-
- ✓ [44]  www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ddde90004f034254adc9bd6976768c74/TERCER PUESTO HUGO RIMACHI LA IDENTIDAD DE LA INFANCI
 46 resultados
-
- ✓ [45]  revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_036.pdf
 46 resultados
-
- ✓ [46]  www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/contest7.pdf
 45 resultados
-
- ✓ [47]  www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00139-2013-AA.html
 32 resultados
-
- ✓ [48]  sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/Tesis/Human/Burgos_M_V/cap3.pdf
 38 resultados
-
- ✓ [49]  repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/936/C.P T-380.pdf?sequence=1&isAllowed=y
 41 resultados
-
- ✓ [50]  lpderecho.pe/aspectos-esenciales-notificacion-proceso-civil/
 19 resultados
-
- ✓ [52]  1library.co/article/doctrina-actual-sobre-la-materia-controvertida.qvljxel y
 31 resultados
-
- ✓ [53]  1library.co/document/yro501vy-la-filiacion-extramatrimonial-y-la-responsabilidad-civil.html
 32 resultados
-
- ✓ [54]  bibliotecadigital.usb.edu.co/server/api/core/bitstreams/ee4c4941-74b7-49cf-af0f-23420355027c/content
 34 resultados
-
- ✓ [55]  repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/9771/Vencimiento_términos_proceso_penal_colombiano.pdf?sequence=1
 28 resultados
-
- ✓ [56]  www.linaresabogados.com.pe/restricciones-al-ofrecimiento-de-prueba/

<input checked="" type="checkbox"/>	[57]	content.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Teoria-general-de-los-derechos-fundamentales.-Cesar-Landa...pdf	0.0%	24 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[58]	1library.co/article/el-derecho-a-la-tutela-jurisdiccional-efectiva.zkwvv9mz	0.0%	29 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[59]	www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/normatividad_nacional_paternidad/4_Ley_28457.pdf	0.4%	27 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[60]	lpderecho.pe/jueza-ordena-latina-abstenga-difundir-programa-la-paisana-jacinta-afectar-dignidad-mujer-andina-exp-00798-2014/	0.0%	21 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[61]	clustersalud.americaeconomia.com/sector-publico/peru-oficializan-ley-de-adn-gratuito-para-las-pruebas-de-paternidad	0.5%	24 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[62]	www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659297/EPRS_STU(2020)659297_ES.pdf	0.1%	32 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[63]	repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/12817/Lavy_CRD.pdf?sequence=1	0.0%	26 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[64]	repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/163994/Constitucionalidad-del-control-preventivo-de-identidad-de-.....pdf	0.1%	32 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[65]	vbook.pub/documents/manual-de-derecho-sucesorio-jorge-maffia-vpwpkexgez2z	0.1%	28 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[66]	dokumen.tips/law/derecho-de-familia-tomo-i.html	0.1%	28 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[67]	lpderecho.pe/necesaria-regulacion-matrimonio-igualitario-peru-sentencia-tribunal-constitucional-oscar-ugarteche/	0.1%	26 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[69]	1library.co/article/órgano-jurisdiccional-órgano-jurisdiccional-perú.zpnlg7oy	0.0%	16 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[70]	lpderecho.pe/derecho-tutela-jurisdiccional-efectiva-articulo-i-titulo-preliminar-codigo-procesal-civil/	0.0%	23 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[71]	archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6305/4.pdf	0.1%	27 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[72]	biblioteca.usac.edu.gt/tesis/17/17_0454.pdf	0.3%	23 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[73]	www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/normatividad_nacional_paternidad/3_Ley_27048.pdf	0.6%	17 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[74]	img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/07/Casación-3545-2019-Lima-LP.pdf	0.6%	17 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[76]	corteidh.or.cr/tablas/r36895.pdf	0.0%	26 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[78]	jus.com.br/artigos/18329/el-sometimiento-a-la-prueba-de-adn	0.3%	25 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[79]	lpderecho.pe/inaplicacion-arti-396-codigo-civil-menores-identidad-origen-biologico-verdaderos-progenitores/	0.1%	18 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[80]	www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007	0.0%	23 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[81]	lpderecho.pe/juzgado-cambio-sexo-dni-persona-transsexual-expediente-00088-2021/	0.0%	16 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[82]	archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6187/11.pdf	0.0%	20 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[83]	www.deleyes.pe/articulos/codigo-civil-peruano-actualizado-2022-parte-v	0.6%	16 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[85]	www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf	0.0%	22 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[86]	repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/110665/Requejo_VJP-SD.pdf?sequence=1	0.1%	22 resultados
<input checked="" type="checkbox"/>	[88]	tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02165-2018-HC.pdf?fbclid=IwAR2gwTlezT_vanrfKzQtA-mLvdo9LbA1bSdRnSEvMMEfu4dJqMsOvPG1L-U	0.0%	14 resultados

- ✓ [89] 1library.co/articulo/derecho-identidad-libre-desarrollo.zpn6k4ry
0.0% 13 resultados

- ✓ [90] simonsabogados.com/el-derecho-a-que-se-respeta-la-cosa-juzgada-y-se-ejecuten-las-decisiones-judiciales/?lang=en
0.1% 20 resultados

- ✓ [91] derechodefamiliauss.blogspot.com/2010/11/le-corresponden-mas-derechos-al-hijo.html
0.0% 11 resultados

- ✓ [92] 1library.co/articulo/clasificación-de-la-filiación-en-el-código-civil.7q0304xq
0.1% 17 resultados

- ✓ [93] lpderecho.pe/ley-organica-poder-judicial-actualizada/
0.3% 17 resultados

- ✓ [95] www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-principio-de-presuncion-de-inocencia-en-el-estado-constitucional-de-derecho-en-el-lenguaje-del-proceso-pen
0.0% 15 resultados

- ✓ [96] www.corteidh.or.cr/docs/resumen/baena_ricardo.pdf
0.1% 17 resultados

- ✓ [97] archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6187/9.pdf
0.0% 18 resultados

- ✓ [98] www.academia.edu/74913478/El_moderno_tratamiento_legal_de_la_filiación_extramatrimonial_en_razón_de_la_Ley_28457_y_la_acción_intimidat
0.3% 22 resultados

- ✓ [99] lpderecho.pe/impugnacion-paternidad-procede-logra-identificar-al-padre-biologico-casacion-1622-2015-arequipa/
0.0% 11 resultados

132 páginas, 32679 palabras

Nivel del plagio: 8.6% seleccionado / 75.6% en total

1128 resultados de 101 fuentes, de ellos 101 fuentes son en línea.

Configuración

Directiva de data: *Comparar con fuentes de internet, Comparar con documentos propios*

Sensibilidad: *Media*

Bibliografía: *Considerar Texto*

Detección de citas: *Reducir PlagLevel*

Lista blanca: --

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

**RAZONES JURÍDICAS QUE DETERMINAN LA VULNERACIÓN DEL
DERECHO A LA DEFENSA EN LA APLICACIÓN DE LEY N° 28457 “LEY DE
FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL”**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar
el Título Profesional de Abogado**

Bach. Deissy Judith Chilón Vásquez

Bach. Roxana Madeleydi Ortíz Cerdán

Asesora: Mg. Otilia Loyita Palomino Correa

Cajamarca – Perú

Octubre– 2021

COPYRIGHT © 2021 DE
Deissy Judith Chilon Vásquez
Roxana Madeley Ortiz Cerdán
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

**RAZONES JURÍDICAS QUE DETERMINAN LA VULNERACIÓN DEL
DERECHO A LA DEFENSA EN LA APLICACIÓN DE LEY N° 28457 “LEY DE
FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL”**

Presidente: _____

Secretario: _____

Asesor: _____

A:

A Dios y a nuestros Padres por cada experiencia de aprendizaje, guiar nuestro camino y cuidarnos en cada paso; por brindarnos la fuerza y paciencia necesaria para la realización del presente trabajo.

AGRADECIMIENTOS

A Dios: Por guiarnos e iluminarnos en nuestra trayectoria académica, pues sin el Ser Supremo sería imposible alcanzar aquellas metas propuestas, agradecemos a su infinita bondad.

A nuestros padres: Quienes agradecemos por el esfuerzo por enseñarnos e inculcarnos buenos valores con el propósito de convertirnos en personas de bien y con su ejemplo de fortaleza nos han preparado para afrontar a la sociedad actual, brindándonos en todo momento su apoyo incondicional.

A nuestro asesor: Dra. Otilia Loyita Palomino Correa; Por el tiempo, paciencia y dedicación en lo más importante de nuestra tesis, porque sin ella no hubiese sido posible concretarlo.

A usted: Por tomarse el tiempo y espacio para leer este trabajo producto de nuestro esfuerzo, gracias.

INDICE

TABLA DE CONTENIDO	
INDICE	vii
RESUMEN	x
ABSTRACT	xiii
CAPITULO I	16
INTRODUCCIÓN	16
1.1 ¡Error! Marcador no definido.	
1.1.1. 17	
1.1.2. 19	
1.2. OBJETIVOS	20
1.2.1. <i>Objetivo general</i>	20
1.2.2. <i>Objetivos específicos</i>	20
1.2.3 20	
CAPITULO II	22
MARCO TEÓRICO	23
2.1. ANTECEDENTES	23
2.2. TEORIAS QUE SUSTENTAN LA INVESTIGACIÓN	27
2.2.1 Teoría General del Derecho de familia	27
2.2.1.1 <i>Teorías de la Familia</i>	27
2.2.2 Teoría de los derechos fundamentales	30
2.3 LA FILIACIÓN DENTRO ÁMBITO DEL JURÍDICO PERUANO	32
2.3.1 Antecedentes de la Filiación	32
2.3.2. Concepto de Filiación:	34
2.3.3 Clases de Filiación:	39
2.3.3.1 <i>Filiación Matrimonial</i>	40
2.3.3.2 <i>Filiación Extramatrimonial:</i>	48
2.3.4 Cuestiones Jurídicas Relativas a la Filiación:	55
2.3.5 Efectos Jurídicos de la Filiación:	56
2.4. TRAMITE DEL PROCESO DE FILICIACION EXTRAMATRIMONIAL	58
2.4.1 Características:	58
2.4.1.1 <i>El Juez Competente</i>	58
2.4.1.2. <i>Titular de la acción</i>	59
2.4.1.3 <i>De los lineamientos del proceso:</i>	60
2.4.1.4 <i>Sistema abierto:</i>	62

2.4.1.5 Únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial	63
2.4.1.6 Adecuación de los procesos en trámite	64
2.4.1.7 Otras Características	64
2.4.2 Tramite del proceso de Filiación :	65
2.4.2.1 La demanda	65
2.4.2.2 De la defensa y la oposición	65
2.4.3 Del mandato de paternidad:	67
2.4.4 Declaración de paternidad. Sentencia	68
2.4.5 La apelación:	69
2.5 DERECHO Y PRINCIPIOS QUE RESPALDAN AL PROCESO DE FILIACIÓN	70
2.5.1. Derecho de la Filiación:	70
2.5.1.1 Noción:	70
2.5.1.2 Denominación:	71
2.5.1.3 Definición:	71
2.5.1.4 Características:	72
2.5.1.5 Determinación:	72
2.5.1.6 Principios del Derecho de la Filiación:	73
2.5.2 Derecho a la identidad:	77
2.5.3 El Derecho de Defensa:	87
2.5.5 Derecho A la Tutela Jurisdiccional Efectiva	89
2.5.5.1 Antecedentes y Concepto:	89
2.5.5.2	92
2.6 HIPOTESIS	100
CAPITULO III	102
3 METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN	102
3.1 Enfoque	102
3.2 Tipo de Investigación	102
3.3. Diseño de investigación	102
3.4. Área de investigación:	103
3.5 Dimensión temporal o espacial	103
3.6. Unidad de análisis, población y muestra	103
3.7. MÉTODO	104
3.7.1 Dogmática Jurídica	104
3.7.2 Hermenéutica jurídica	104
3.8	102

3.8.1. <i>Observación documental</i>	104
3.9. 103	
3.9.1. <i>Fichas de observación documental</i>	105
3.9.2 <i>Fichas bibliográficas</i>	105
CAPITULO IV	106
RAZONES JURÍDICAS QUE DETERMINAN LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL DEMANDADO EN LA APLICACIÓN DE LEY N° 28457 “LEY DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL	106
<i>4.1 No se le otorga un plazo razonable al demandado en el proceso de filiación generando la vulneración del Derecho de defensa.</i>	106
4.1.1 El plazo razonable como garantía judicial: garantía convencional.	106
4.1.2 Fundamentación de la Razón Jurídica	111
<i>4.2 La falta de recursos económicos y los requisitos para plantear la oposición, como la prueba de ADN, genera la vulneración del Derecho de defensa.</i>	115
4.2.1 La Prueba de ADN	115
4.2.2 Fundamentación de la Razón Jurídica:	118
<i>4.3 La mala notificación o la notificación defectuosa vulnera el derecho de defensa.</i>	121
4.3.1 Las Notificaciones Judiciales	121
4.3.2 Fundamento de la Razón Jurídica	123
CONCLUSIONES	124
RECOMENDACIONES	128
REFERENCIAS	129

RESUMEN

La presente investigación busca abordar el tema la vulneración del derecho a la defensa del demandado en los procesos de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial regulado por la Ley N° 28457, ello con la finalidad de determinar cuáles son las razones jurídicas por las que los procesos de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial regulado por la Ley N° 28457 vulnera el derecho de defensa del demandado, ya que como bien sabemos la filiación es un vínculo jurídico, el cual es existente entre dos personas, donde por un hecho natural o por un acto jurídico una persona es descendiente de la otra.

Dentro del marco jurídico de la relación filial puede darse que no toda persona tenga una filiación o estado filial o que la filiación biológica puede perfectamente no coincidir con la filiación jurídica, toda vez que el derecho extrae un efecto de tipo jurídico del primero que no siempre es idéntico; Esta figura es de suma importancia, ya que la filiación en el campo del derecho, junto al matrimonio forman los dos pilares fundamentales de esta rama del derecho. Pues si bien el primero constituye la base de la familia organizada, la filiación lo es de la estructura familiar: (el parentesco, provenga o no de la unión matrimonio). De la filiación derivan: el parentesco consanguíneo, la patria potestad, los deberes y derechos alimentarios, el nacimiento de incapacidades, la vocación hereditaria y el apellido. De todo lo mencionado planteamos lo siguiente ¿Determinar las Razones Jurídicas por las que la aplicación de ley N° 28457 ley de Filiación Judicial de Paternidad Extrajudicial vulnera el derecho de defensa del Demandado?

Para dar solución a mencionado problema centramos nuestra investigación en el área correspondiente al Derecho civil y Derecho de Familia, pues como bien se sabe desde una perspectiva procesal al ingresar dos sujetos en un proceso filiación Judicial

extramatrimonial , ya sea de parte demandante o parte demandada, ambas partes tienen iguales derechos frente al proceso, pero lo que se ha identificado y ha dado vida a nuestra investigación es que en el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial se vulnera el derecho a la Defensa a la parte demandada debido a que en el emplazamiento de demanda le otorgan un muy corto plazo para la oposición y requieren requisitos muy específicos para oponerse , requisitos los cuales no se evidencian en ningún tipo de proceso judicial.

Por tanto la Investigación tiene como propósito principal Determinar las razones jurídicas por las que se vulnera el derecho de Defensa en la aplicación de Ley N° 28457 “ Ley de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, Dentro de los Objetivos específicos es analizar el Derecho de Familia y La filiación Judicial de Paternidad extramatrimonial dentro ámbito del Jurídico Peruano, así como también Analizar el derecho de defensa y principios que la respaldan dentro de un proceso judicial en el ordenamiento Jurídico Peruano. También analizaremos el trámite judicial de los procesos de Filiación Judicial en la legislación peruana y por último se identificará las Razones Jurídicas que determinan la Vulneración del Derecho de Defensa en la Aplicación de La ley N° 28457 “Ley de Filiación de Paternidad Extrajudicial”. Como guía del presente se ha planteado como hipótesis alternativas: Hipótesis Las Razones Jurídicas que determinan la vulneración del derecho de defensa en la aplicación de la ley N°28457 “Ley de Filiación de Paternidad Extrajudicial” son:

No se le otorga un plazo razonable al demandado para plantear su oposición; Para plantear la oposición se requiere de requisitos específicos como la prueba de ADN.Y por Último la falta de recursos económicos del demandado para poder plantear su oposición.

El trabajo de investigación es de naturaleza básica, descriptiva y se utilizaran como métodos de investigación, los métodos jurídicos entre ellos el dogmático y hermenéutico y las técnicas de análisis documental entre otras.

Palabras Clave: Derecho de Defensa, Proceso de filiación, Razones Jurídicas

Línea de investigación: Derecho civil

ABSTRACT

This research seeks to address the issue of the violation of the defendant's right to defense in the processes of Judicial Affiliation of Extramarital Paternity regulated by Law No. 28457, in order to determine what are the legal reasons why the processes of Judicial Affiliation of Extramarital Paternity regulated by Law No. 28457 violates the defendant's right of defense, since as we well know, filiation is a legal bond, which exists between two people, where by a natural fact or by a legal act one person is a descendant of the other.

Within the legal framework of the filial relationship, it may be that not every person has a filiation or filial status or that the biological filiation may not coincide perfectly with the legal filiation, since the right extracts a legal effect from the former that does not always it is identical; This figure is of utmost importance, since filiation in the field of law, together with marriage, form the two fundamental pillars of this branch of law. Well, although the first constitutes the basis of the organized family, filiation is the basis of the family structure: (kinship, whether or not it comes from the marriage union). The following derive from filiation: consanguineous kinship, parental authority, food duties and rights, the birth of disabilities, hereditary vocation and surname. From all the aforementioned, we propose the following: Determine the Legal Reasons why the application of Law No. 28457 Law of Judicial Affiliation of Extrajudicial Paternity violates the right of defense of the Defendant?

To solve the aforementioned problem, we focus our research on the area corresponding to civil law and family law, as it is well known from a procedural perspective when two subjects enter a judicial filiation process extramarital, whether of the plaintiff or defendant, both parties have equal rights in the process, but what has

been identified and has given life to our investigation is that in the Extramarital Paternity Judicial Affiliation Process, the right to parentage is violated. Defense to the defendant due to the fact that in the location of the claim they grant a very short term for the opposition and require very specific requirements to oppose, requirements which are not evidenced in any type of judicial process.

Therefore, the main purpose of the Investigation is to determine the legal reasons why the right of Defense is violated in the application of Law No. 28457 "Law of Judicial Affiliation of Extramarital Paternity". Among the specific objectives is to analyze Family Law and The judicial filiation of extramarital paternity within the Peruvian legal sphere, as well as analyzing the right of defense and principles that support it within a judicial process in the Peruvian legal system. We will also analyze the judicial process of the Judicial Affiliation processes in Peruvian legislation and finally, the Legal Reasons that determine the Violation of the Right of Defense in the Application of Law No. 28457 "Extrajudicial Paternity Affiliation Law" will be identified. As a guide here, the following alternative hypotheses have been proposed: Hypothesis the Legal Reasons that determine the violation of the right of defense in the application of Law No. 28457 "Extrajudicial Paternity Affiliation Law" are: The defendant is not given a reasonable time to file his opposition; To file the opposition, specific requirements are required, such as the DNA test, and finally, the defendant's lack of financial resources to be able to file their opposition.

The research work is of a basic, descriptive nature and legal methods, including dogmatic and hermeneutic, and documentary analysis techniques, among others, will be used as research methods.

Key Words: Defense Law, Affiliation Process, Legal Reasons

Research line: civil law

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis que se presenta continuación surge del hecho, de que la aplicación de la ley 28457 Ley de Filiación Judicial de Paternidad extramatrimonial, vulnera el derecho de defensa del demandado, al no otorgarle un plazo razonable en la tramitación del proceso, el pago del prueba de ADN por la falta de recursos económicos la mala notificación de los procesos de filiación. De lo cual surge esta interrogante ¿Cuáles son las Razones Jurídicas por las que la aplicación de ley N° 28457 ley de Filiación Judicial de Paternidad Extrajudicial vulnera el derecho de defensa del Demandado?; Identificación la cual se ha desarrollado en los siguientes capítulos:

Se tiene el capítulo I en el cual se ha plasmado lo concerniente al problema de investigación y lo que ha llevado a arribar al problema base de la presente tesis, para poder cimentar el trabajo de tesis se ha desarrollado un objetivo principal, del cual desprenden una serie de objetivos específicos, los cuales han ayudado a arribar a la conclusión basándose en hechos fidedignos contrastados con la realidad problemática, que aunado a la justificación, ha hecho que se cree un documento real y acorde a la realidad jurídica actual.

Se ha continuado con el capítulo II; se desarrolló el Marco Teórico en el cual se identificó los antecedentes de la investigación, las teorías que sustentan la investigación y las bases teóricas, conformado por la Filiación, el trámite de los procesos de filiación, y los derechos que respaldan a las partes

dentro del proceso, como el derecho a la defensa del demandado y las demás partes del procesales

En el capítulo III Se consignó todo respecto a la metodología de la investigación; como el enfoque, diseño, la dimensión, unidad de análisis, universo y muestra, así como los Métodos y las técnicas de investigación.

En el Capítulo VI se ha realizado la contratación de la Hipótesis, determinar las Razones jurídicas por las que la aplicación de ley N° 28457 ley de Filiación Judicial de Paternidad Extrajudicial vulnera el derecho de defensa del Demandado; en este mismo capítulo se han desarrollado las conclusiones y recomendaciones correspondientes.

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Descripción de la realidad Problemática

En el Perú la problemática es diversa en los diferentes sectores y distritos judiciales en la tramitación de diversos procesos Civiles; entre uno de esos problemas corresponde a los procesos de filiación estipulado en la Ley N° 28457 “Ley de filiación Judicial de Paternidad extramatrimonial” vinculado a la vulneración del derecho de defensa de la parte demandada, como sabemos el derecho de Defensa se encuentra regulado en La Constitución política del Perú, 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.

De otro lado también podemos afirmar que el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento.

Ya habiendo puesto en conocimiento el Derecho de Defensa es de suma importancia evaluar el trámite de los procesos de filiación de paternidad extrajudicial, como bien

sabemos la filiación es un tema muy importante para la sociedad, ya que con la ejecución de esta se resguarda diversos derechos frente del menor sujeto de este derecho, pero cabe precisar que al resguardar estos derechos no hay que vulnerar derechos de la parte demandada (padre) , situación la cual se entiende que tiene que tratarse de un proceso con igualdad de partes; por ello es que nuestra investigación va enfocada en analizar el procedimiento y tratamiento de los procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial, ya que como bien sabemos y hemos podido observar en la realidad es que no siempre la parte demandante tiene la razón en lo que solicita, y finalmente quien se va realmente la parte afectada es el demandado (padre), en razón a que la ley de Filiación judicial de paternidad extramatrimonial en su artículo N° 2 *“La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se 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”*. Bajo lo estipulado por la Ley de Filiación respecto de la Oposición, se evidencia la vulneración del derecho de defensa por parte del demandado debido a que se le otorga un plazo muy corto para oponerse, solicita requisitos mínimos para plantear una oposición y por último de que en caso no cumpla con lo establecido en mencionado artículo se declara la paternidad.

Hecho el cual consideramos como un a falta de criterio respecto a la aplicación de esta Ley de Filiación ya que al tratarse de un tema tan importante y delicado el cual

resguarda diversos derechos de los menores de edad sujetos de este derecho, también debe tener un buen criterio para otorgar un plazo más razonable para que el demandado pueda realizar su defensa, y que no se le puede obligar e manera tan imprevista el pago de una prueba de monto tan elevado , ya que la falta de dinero también daría lugar a la vulneración de su derecho defensa; lo cual no consideramos la falta de dinero como un fundamento adecuado para no poder defenderse.

Es por ello que, el presente tema de investigación va enfocado en determinar la vulneración del derecho de Defensa en la aplicación de la Ley N° 28457 Ley de Filiación.

1.1.2. Definición del problema

¿Cuáles son las Razones Jurídicas por las que la aplicación de ley N° 28457 ley de Filiación Judicial de Paternidad Extrajudicial vulnera el derecho de defensa del Demandado?

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo general

Determinar las Razones Jurídicas por las que se vulnera el derecho de Defensa del demandado en la aplicación de Ley N° 28457 “Ley de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”.

1.2.2. Objetivos específicos

- Analizar La filiación dentro ámbito del Jurídico Peruano
- Analizar el trámite judicial de los procesos de Filiación Judicial extramatrimonial en la legislación peruana.

- Analizar el derecho de defensa y principios que la respaldan dentro de un proceso judicial en el ordenamiento Jurídico Peruano.
- Proponer estrategias de solución para garantizar la no vulneración del principio del Derecho de Defensa.

1.2.3 Justificación e Importancia

Justificación teórica:

Buscamos a través de nuestra investigación desarrollar una reflexión académico jurídico sobre las acciones inmediatas que se deben desarrollar en algunos entes del estado respecto a los tramites seguidos en los procesos de Filiación Judicial de paternidad extramatrimonial a la vez mencionar que esta propuesta de investigación alcanza su propósito a nivel teórico, por cuanto se busca generar reflexión y debate académico en torno a lo que ya se conoce como el derecho de defensa, vinculándolo con la vulneración de este derecho, Debido a que consideramos que en la Aplicación de la Ley N° 28457 da lugar a la vulneración del derecho de defensa a la parte demanda, Ley la cual buscamos reformar para evitar la vulneración de tal Derecho.

Justificación Práctica

En definitiva, se busca solucionar un problema que vulnera el derecho de defensa de una de las partes procesales, en la aplicación de la ley de Filiación Judicial de paternidad extramatrimonial, así como determinar las razones por las que la aplicación de la Ley de Filiación vulnera el derecho de Defensa, también se van a proponer estrategias de cómo resolver este problema.

Aunado a ello, se debe tener en cuenta que esta investigación al ser innovadora tiene una relevancia jurídico social para los abogados litigantes y jueces, ello por cuando

de un lado les permitirá a los letrados actuar con probidad; y beneficia también a los magistrados, puesto que no solo les permitirá, contribuyendo de esta manera al área del derecho civil y Derecho de Familia, por cuanto esperamos que el resultado de la presente investigación sea doctrinariamente adoptado.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

Se ha llevado a cabo la búsqueda de investigaciones referente al problema propuesto, habiéndose encontrado que, si existen tesis similares en los repositorios de las universidades, relacionado al principio de igualdad de partes dentro de los procesos penales.

Hilda, Melo (2016) llevo a cabo la investigación titulada “El proceso de filiación extramatrimonial y el reconocimiento de los derechos fundamentales del niño en lima metropolitana” con la finalidad de optar el Grado Académico Maestro en Derecho Civil y Comercial En las conclusiones indica: Que Existe relación entre el proceso de filiación extramatrimonial y el reconocimiento de los derechos fundamentales del niño. Es la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto); Existe relación entre el reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial y el reconocimiento de los derechos fundamentales del niño. La filiación se prueba con las partidas de nacimiento del hijo. También puede demostrarse con otro instrumento público en los casos en que el padre haya admitido en forma expresa que el hijo efectivamente es suyo; Existe relación entre la filiación judicial extramatrimonial y el reconocimiento de los derechos fundamentales del niño. Se refiere a los hijos concebidos y nacidos fuera de una

relación matrimonial: en este caso para establecer la filiación se requiere el reconocimiento efectuado por el respectivo padre o madre o en su defecto una sentencia declaratoria, el reconocimiento es 120 un acto personal que se puede realizar en el registro al momento de declararlo, así como otras formas señaladas en los artículos 390 y 391 del Código Civil.

También, se tiene la investigación titulada “El proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial en el derecho de defensa del demandado del distrito jurisdiccional de San Juan de Lurigancho – 2017”, elaborada por Zuñiga Camjoy, Usrael Dali para obtener el título de abogado, en esta concluye que: Se tiene como conclusión general según diagrama 1 que a más procesos de filiación judicial extramatrimonial realizados, más vulneración de derecho de defensa del demandado, ya que en la actualidad, después de ser creada la ley 28457, en la demanda de filiación el solo hecho de contestar a destiempo, oponerse, apelar o no contar con dinero, se realiza la declaración judicial de paternidad; Se puede afirmar según el diagrama 2 que a más notificaciones defectuosas más vulneración de derecho de defensa, ya que no podrá realizar su descargo como lo indica el debido proceso, y el legítimo derecho de defensa.

Asimismo, en la tesis titulada “El debido proceso de filiación extramatrimonial”, elaborada por Vila, F (2018) obtener el título de Abogado, concluyo: Que La Ley de Filiación de Paternidad Extramatrimonial N° 30628 exige a los jueces que declaren la filiación de un padre respecto de alguien que bien no puede ser su hijo, ya que fija en uno de sus párrafos que “si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprograma la toma de muestras dentro de los diez días siguientes. Vencido dicho plazo se declara la paternidad”, vale decir, que por falta de pago el juez de todas formas declara la paternidad dejando de lado la

búsqueda de la verdad biológica del menor; La Ley de Filiación de Paternidad Extramatrimonial N° 30628 vulnera el derecho a la prueba y a producir prueba porque esta ley especial solo declara la filiación en base al pedido de la demandante sin ofrecer ningún tipo de medio probatorio que acredite su verdad; La Ley de Filiación de Paternidad Extramatrimonial N° 30628, en su artículo 2 sobre oposición, sí vulnera el derecho a la identidad al limitar el derecho a las partes a ofrecer una segunda prueba de ADN porque un solo resultado no puede determinar ello, debido a que una mala manipulación de las muestras puede determinar un resultado positivo o negativo. Por lo tanto, no es beneficioso para el niño, niña o adolescente, ya que se busca la verdad biológica

De otro lado, tenemos la tesis “vulneración del derecho de defensa y la fase inicial del proceso de extinción de dominio”, cuyo autor es Carlos Alberto Moreno Pérez., la presento para optar el grado de Magister, Afirma que: La nueva ley de extinción de dominio (D. Leg. 1373) y su reglamento (D. S. 007- 2019-JUS) son normas de inspiración colombiana, y de base de la Ley Modelo de Extinción de Dominio, fueron dadas para hacer frente a la criminalidad organizada, cuyo objetivo es extinguir del dominio que se ejerce sobre bienes, efectos o ganancias de origen o destino ilícito, proceso autónomo que consta de dos etapas, siendo la primera, la llamada indagación patrimonial que es de carácter reservado y cargo del Fiscal, y la otra etapa es la judicial, donde empieza con la presentación de la demanda por el fiscal, el desarrollo de la actividad probatoria, y que culmina con la emisión de una sentencia por el juez especializado. Asimismo, el derecho de defensa de la parte requerida o afectada del bien, sólo puede ejercerlo en la etapa judicial y no en la etapa de indagación patrimonial; Los datos obtenidos nos permitieron determinar que al haber vulneración del derecho de defensa del requerido en la etapa de indagación

patrimonial, influye negativamente en la nueva normatividad vigente influye negativamente por cuanto dicha norma vendría en inconstitucional y por tanto existe la necesidad de que sea modificada; Finalmente, de la muestra correspondiente a los entrevistados, en su mayoría afirman que la nueva ley de extinción de dominio vulnera o restringe el derecho de defensa del requerido durante la indagación patrimonial y por tanto la nueva ley peruana debe incluir una etapa similar a la de “fijación patrimonial de la pretensión” que contempla el modelo colombiano, para poder garantizar ese derecho fundamental, pues de lo contrario sería considerada una norma inconstitucional que debería ser modificada.

Por Ultimo tenemos la investigación “El control difuso en los procesos de filiación de paternidad y la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental” elaborada por Juan Arturo Maza Lupuche, para obtener el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política; concluye lo siguiente: La supremacía constitucional es la técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinantes de la validez de estas, valor superior judicialmente tutelado. En esta línea, el control de la constitucionalidad de las leyes es la consecuencia lógica de la supremacía constitucional de un Estado, por ende, el carácter de suprema ley que se asigna a la Constitución escrita es que las leyes ordinarias, hechas por el legislador ordinario, deben respetar la Constitución, no solo en su letra, sino también en espíritu, es decir, en sus principios; Los derechos fundamentales constituyen valores o principios y así son elementos principales del neoconstitucionalismo. Esto está ligado al control constitucional difuso, puesto que la calificación de los derechos fundamentales como valores, va a requerir al momento de su concreción o aplicación al caso concreto, dejar de lado el método de subsunción, clásico del esquema legalista, y en

cambio optar por el método de ponderación, que sirve para solucionar casos en que entran en conflicto dos derechos o más precisamente, dos principios; El control constitucional difuso se concibe como aquel que se lleva a cabo en un juicio en el que uno de los litigantes fundamenta su pretensión procesal en una ley que se reputa inconstitucional, por lo que, aparece como una mera defensa alegada por el justiciable en un proceso judicial cualquiera; empero, el juez de oficio tiene la obligación de declarar la inaplicabilidad de la ley cuando esta es contraria a la Constitución; La declaración de inaplicabilidad de la norma legal al caso concreto, parte del hecho de que una norma concreta vulnera un determinado precepto constitucional, encontrando el fundamento de esa inconstitucionalidad en una específica interpretación de la norma cuestionada con el precepto constitucional que no debe ser vulnerado.

2.2. TEORIAS QUE SUSTENTAN LA INVESTIGACIÓN

2.2.1 Teoría General del Derecho de familia

Varsi (2011), señala que, el término familia se utiliza para referirse a una amplia gama de relaciones, variando, las mismas, históricamente y culturalmente. A pesar de esta diversidad, la familia sigue siendo generalmente entendida como la principal organización social que forma los pilares fundamentales de la sociedad. En esta entrada, se esboza la historia del desarrollo de la familia, y en esta otra se discuten los muchos tipos de organizaciones familiares que se encuentran en todo el mundo. En la presente entrada, quizás a modo de conclusión, se introducen teorías de cómo se estudian y conceptualizan las familias, jurídica y socialmente (p. 210).

2.2.1.1 Teorías de la Familia

Las teorías de la familia se pueden clasificar ampliamente en tres tipos: funcionalismo y/o teoría de sistemas, teoría individualista, y feminismo.

Funcionalismo:

El funcionalismo estructural generalmente argumenta que las sociedades se esfuerzan por el equilibrio y resisten el cambio. La sociedad es un sistema constituido por unidades únicas, y cada unidad aporta un propósito específico a la supervivencia del todo. La familia es una de estas unidades, y sirve a algunas de las funciones de equilibrio más importantes de la sociedad, incluyendo la reproducción y la socialización. (Tal vez sea de interés más investigación sobre el concepto).

(Ferrando, 1989, p.74)

Algunos funcionalistas se centran en los propósitos similares que las familias han servido a través de la historia. Otros se centran en la naturaleza cambiante de las familias. La teoría de sistemas se basa en los mismos supuestos, pero analiza cómo las unidades dentro de un sistema responden a las presiones externas. Por lo tanto, los investigadores académicos que usan teorías de sistemas se centran en los procesos de comunicación y aprendizaje repetidos que las familias usan para mantener el equilibrio y resolver conflictos. (Ferrando,1989, p.75)

El funcionalismo y la teoría de sistemas pueden ser criticados por enfocarse demasiado en la familia nuclear, pero han tenido éxito en el desarrollo de estrategias terapéuticas en el campo de la psicología clínica. (Ferrando, 1989, p.76)

Individualismo:

Las teorías individualistas o bien se centran en los símbolos que una familia encarna, tales como valores e identidades y cómo cada persona dentro de una familia

guía su comportamiento de acuerdo con estos símbolos (“interaccionismo simbólico”), o toma una perspectiva más económica (“teoría del intercambio”, en la cual los individuos buscan un “beneficio” de una relación. (Tal vez sea de interés más investigación sobre el concepto). (Rotondo, 1970, p.91)

Si un individuo es recompensado por su interacción con otro (como el cumplimiento personal o la aceptación social), esta interacción probablemente se repita. Estas perspectivas aparecen sobre todo en la literatura occidental, donde el individualismo y la teoría económica liberal tienen más prominencia que en otras partes del mundo, y por lo tanto puede no ser tan útil para entender a la familia desde un punto de vista global. Sin embargo, la teoría del intercambio se presta bien a entender el poder analizando quién tiene más recursos en una relación dada (Rotondo, 1970, p.93).

Las teorías anteriores de la familia tácitamente asumieron que la familia es un sitio vacío de la dinámica de la energía.

Feminismo:

El feminismo (compromiso con una mejora del papel social de la mujer, que suele reflejarse en el sentido de promover la igualdad sexual) ha sido particularmente activo en la teorización de la familia. Aunque hay una serie de perspectivas diferentes dentro de la teoría feminista, comparten tanto el intento de entender el estatus desigual de las mujeres en la sociedad en general como dentro de la familia y el compromiso de cambiar estas desigualdades. (Rotondo, 1970, p.105).

Algunas feministas creen que la fuente de la desigualdad radica en las barreras legales que impiden que las mujeres entren en la vida pública. La supresión

de estas barreras daría lugar a una relación más equitativa entre los hombres y las mujeres de la familia (Rotondo, 1970, p.107).

Otras feministas celebran los papeles históricos de las mujeres como criadores y proponentes y exigen que la sociedad ponga estas contribuciones únicas en pie de igualdad con los roles tradicionales de los hombres como sostén de la disciplinarios. Finalmente, otras feministas han encontrado inspiración en el marxismo, y creen que la subordinación de las mujeres en el hogar refleja la subordinación de la clase obrera a la clase capitalista. El capitalismo, en definitiva, depende de una división del trabajo a lo largo de las líneas de género y de clase (Rotondo, 1970, p.112).

Al interrogar al modelo tradicional de la familia nuclear, las feministas han obligado a los teóricos a evaluar si la familia nuclear debe considerarse el ideal y han centrado la atención en otros modelos, contribuyendo así a una comprensión más multicultural de la familia. Las perspectivas feministas también tienen la ventaja de conceptualizar el lugar de la familia dentro de estructuras económicas y gubernamentales más grandes. Sin embargo, el feminismo (compromiso con una mejora del papel social de la mujer, que suele reflejarse en el sentido de promover la igualdad sexual) también ha sido criticado por su carácter abiertamente político, así como por su estrecha atención a las mujeres (Rotondo, 1989, p.122).

2.2.2 Teoría de los derechos fundamentales

Para la realización de la actual investigación; es menester tomar como teoría principal de la misma, a la teoría de los derechos fundamentales planteada por

Robert Alexy (1993, pp. 27-28), de la que se puede desprender: Se entiende a la teoría de los derechos fundamentales planteada por Robert Alexy encuadrada como una teoría cuyo objeto y carácter se desprenden primordialmente de lo

conocido como Derechos Fundamentales; además, se le puede otorgar un triple perspectiva por lo que; en mérito a la primera perspectiva, se considerará a la teoría de los derechos fundamentales como aquella vinculada a la Ley Fundamental, en un segundo plano referente a la perspectiva denotada de la teoría de los derechos fundamentales, podemos conceptualizar a la misma como una teoría encarnada al ámbito jurídico; finalmente y en la tercera perspectiva que le otorga a esta teoría, es menester acotar que la teoría de los derechos Fundamentales será tomada como una teoría de carácter general.

De igual forma podemos llegar a aseverar que en referencia a la Teoría de los Derechos Fundamentales, su autor procede a asegurar que una Teoría de la ley fundamental es aquella teoría de determinados derechos fundamentales los cuales deben obligatoriamente tener la condición de ser positivamente válidos.

Ya en referencia a la concepción de la teoría de los derechos fundamentales como teoría jurídica, el autor plantea entenderla de acuerdo a que una teoría de carácter jurídico vinculada a los Derechos Fundamentales de la Ley Fundamental, es por su calidad de teoría del derecho positivo, una teoría de carácter dogmático

Ya en referencia a la tercera perspectiva referente a tomar la Teoría de los Derechos Fundamentales como teoría de carácter general; el autor pretende asegurar que el alcance que una teoría pueda tener se dará en mérito a los problemas que la misma plantea resolver; en el caso principal de los derechos de libertad por ejemplo una teoría no se encontrará como general si es que solo abarca este aspecto; sin embargo para gozar del carácter de teoría general, la misma debe solventar además del derecho a la libertad en esencia todos los derechos fundamentales.

2.3 LA FILIACIÓN DENTRO DEL ÁMBITO JURÍDICO PERUANO

2.3.1 Antecedentes de la Filiación

Los lazos de parentesco son variados y múltiples, de diverso origen e intensidad. Se extienden como un vínculo o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción) (Chamorro, 1994, p. 294).

Sin embargo, la más relevante relación de parentesco existente en la ciencia jurídica es la establecida entre el padre/madre e hijo. Es así, que se puede decir que, dentro de las múltiples relaciones parentales, dada la proximidad de vínculo y sólida afectividad recurrente, la filiación es la principal, ésta genera la relación jurídica más trascendente de la persona en torno a la cual, descendiente y ascendiente, forjan su destino en común y se despliegan consecuencias legales (Chamorro, 1994, p. 295).

Asimismo, se tiene que Paz Espinoza, citado por Varsi (2001), considera a la filiación como un instituto jurídico que surge con la familia monogámica a través de la cual las relaciones intersexuales entre varón y mujer es posible determinar, certera y exclusivamente, la paternidad de los hijos (p. 54).

En Roma, la prole fue considerada como un favor de los dioses. Su carencia un castigo. Sobre la base de un criterio religioso se procuraba que más personas rindiesen culto a sus antepasados, consideraban a la procreación como símbolo de la fertilidad, los infértiles encontraron en la adopción el remedio social para seguir con las tradiciones asumiendo el rol de padres; asimismo, se tiene que el matrimonio concedía un status matrimonial al hijo concebido y nacido fuera del matrimonio. Ambos, legitimado y legítimo, tenían los mismos derechos y obligaciones, así también el adoptivo; los tres eran iguales, el ilegítimo era natural o no natural,

dependiendo de la capacidad nupcial de sus padres, y mientras más grave –moral y éticamente- era el impedimento, menos derechos tenían (bastardos, adulterinos, incestuosos, sacrílegos). Los naturales heredaban en inferior proporción a los legitimados (Varsi, 2001, p.63).

Siendo así, se tiene también la relación mediante la adopción, la cual constituye otra fuente, pero se caracteriza por ser de índole legal, por cuanto es la ley, la que establece o regula las relaciones entre los contrayentes del acto jurídico. A la adopción se le llama también parentesco artificial porque tiene su acto jurídico contractual, que crea entre dos personas, (adoptante y adoptado), relaciones fuera o forzosamente civil, pero esto no extrae de su propia familia a los contrayentes, sino que pueden conservar las relaciones con su propia familia. Asimismo, señala que antes la filiación fue legítima e ilegítima. Luego matrimonial y extramatrimonial, hasta hoy. La tendencia es identificar los derechos de los hijos sin importar su origen. Se es hijo independientemente de la forma, circunstancia y medio en que fue procreado (Varsi, 2001, p. 63).

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

A palabras de Cornejo (1999) Las más radicales distinguieron no sólo a los hijos legítimos de los ilegítimos o bastardos, sino que sub clasificaron a estos últimos en naturales y espurios; volvieron a subdividir a los últimos en fornezinos, sacrílegos, y mánceres; y sub clasificaron una vez más a los primeros en adulterinos o notos e incestuosos (incluyendo a los nefarios) (p. 11).

Siguiendo la idea de Cornejo (1999), citado ya en el párrafo anterior, se tiene que la tendencia universal contemporánea se dirige a reducir la distancia que anteriormente existía entre los hijos legítimos e ilegítimos. En algunos casos, se ha suprimido la diferencia (Constitución Cubana, Constitución de la República Española, Código de Familia de la Unión Soviética, de Rumanía, de Cuba, de Bolivia y otros) (p. 12).

2.3.2. Concepto de Filiación:

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

Es la descendencia de padres a hijos; o bien la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o madre (Cornejo, 1999, p.721).

Para Cornejo (1999), la filiación es la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra, o dicho en otros términos es la relación que existe entre el padre y el hijo. La filiación es el lazo que une a dos personas que descienden la una de la otra, o de un tronco común; y tienen como consecuencia un carácter exclusivamente genealógico (p. 722).

Arias, citado por Gallegos (2009), puntualiza que “la filiación crea un estado civil, relaciones de familia, y, por consecuencia, derechos y obligaciones vinculadas a ellos; sobre todo, de alimentos y hereditarios. Las relaciones de parentesco son, según sea parental entre el padre y el hijo, entre el abuelo y el nieto. La hay, también, entre los hermanos o entre éstos y los hermanos de su padre y de su madre. La hay, igualmente, entre los hijos de hermanos, y entre uno de éstos y el hijo del otro. La hay, en fin, entre el marido y los padres o los hijos o los hermanos de la mujer; o entre el bautizado y su padrino, etc (p. 253).

Dice Pecorella, citado por Varsi Rospigliosi, que el concepto de filiación no tiene, en sentido jurídico, una autonomía propia: es más bien una calificación directa en la clasificación de sus varios tipos posibles de unión posible previstos en la ley y vistos en la conciencia social sea favor o en contra. La maternidad y la paternidad fueron siempre consideradas como hechos biológicos, antes que el sistema jurídico les reconociera efectos jurídicos, razón por la cual filiación fue prima facie como un natural que existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre, no así jurídicamente. Este hecho natural para hacerse valer requiere como presupuesto el haber ido determinado legalmente. Es un hecho y relación jurídicamente relevante (Varsi, 2001, p. 265).

Pero de todas estas relaciones, la más importante es, sin duda, la que se llama filiación, esto es, la que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto). Desde este último punto de vista, que es el que particularmente nos interesa, la relación parental se denomina más propiamente paterno – filial, pues si desde el ángulo del hijo se llama filiación, desde el punto de vista de los progenitores se denomina paternidad o maternidad (Varsi, 2001, p. 267).

Ahora bien, tradicionalmente y por mucho tiempo se distinguió en la filiación dos variedades básicas: la matrimonial generalmente llamada legítima, es decir, la que corresponde al hijo tenido por padres casados entre sí; y la extramatrimonial apellidada ordinariamente ilegítima, originada en relaciones de un varón y una mujer no casados entre sí (Malqui, 2002, p. 729).

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

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

El derecho de la filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos y, recíprocamente, que atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación, cuanto al contenido que atañe a su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y de la maternidad (Malqui, 2002, p.734).

Desde esta amplia perspectiva el derecho de filiación abarca la institución de la patria potestad que los padres ejercen sobre sus hijos menores de edad y, también, los deberes – derechos asistenciales en general. Sin embargo, tradicionalmente, la patria potestad ha sido caracterizada como el ejercicio de la autoridad de los padres, y, entonces, se reserva – en un sentido más restringido – la denominación “derecho de filiación” al conjunto de normas que organizan el emplazamiento en el estado de familia que implica la relación jurídica paterno – materno – filial, y, consecuentemente, la modificación o extinción de dicho estado de familia (Zannoni, 1997, p. 313).

Para el autor Vásquez. (1998) que la filiación es el estado de una persona considerada como hijo en sus relaciones con su padre o con su madre. Todo lo crea un estado civil, relaciones de familia y determinados derechos y obligaciones emergentes del mismo; pero olvidan que éste es el resultado del emplazamiento previo en el carácter del padre e hijo (p. 517).

Esta relación tiene pues una base biológica inexcusable; sin embargo, no hay equivalencia plena entre relación biológica y relación jurídica de filiación, ya que la procreación no siempre crea una filiación trascendente para el derecho, por eso existen progenitores que no son padres jurídicamente y padres que para el derecho no son progenitores (como el caso de la adopción), pero también progenitores que saben ser padres (Vásquez, 1998, p. 519).

Todo ser humano cuenta con una filiación por el sólo y único hecho de haber sido engendrado, esta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción con relación a los progenitores. A decir de Galindo Garfías: “La filiación es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación, de donde se deriva el parentesco; punto de referencia para fijar las relaciones jurídicas dentro del círculo de la familia, que en su estructura socio jurídica es un complejo de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etc. De la procreación deriva la filiación que implica el emparentamiento genealógico entre dos personas, y el vínculo jurídico paterno filial (Vásquez, 1998, p. 519).

Por todo ello, recordemos que la segunda fuente del Derecho de Familia es la procreación; es decir, que una pareja por unión sexual, tenga un hijo, hecho que genera un vínculo biológico jurídico entre los progenitores: padre y madre y, el hijo de ambos. Desde el punto de vista jurídico, el vínculo recibe el nombre de paternidad

cuando es visto desde el lado de los padres – la maternidad queda involucrada en este concepto- y de la filiación cuando se enfoca desde el ángulo del hijo. La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que la paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos y deberes. (Vásquez, 1998, p. 523).

Procreación y Filiación:

Para el autor Zannoni (1997), la filiación está determinada por la paternidad y la maternidad. De allí que la procreación constituya el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial. Aun así, esta relación puede constituirse sin atender al hecho biológico, como acontece en la adopción. En tales casos la filiación constituida obedece a imperativos juzgados de interés familiar por la ley, que atañen al orden público. Del mismo modo, las modernas técnicas de fecundación asistida permiten disociar la procreación de la cópula entre los progenitores – mediante la inseminación artificial o la fecundación extracorporal- e, incluso, la posibilidad de disociación entre madre biológica y madre portadora o sustituta, obliga a replantear la determinación de la maternidad por el parto (p. 313).

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

se la reclame mediante la acción correspondiente. Mientras tanto, el hecho biológico de la procreación no trasciende, evidentemente, en filiación determinada (Zannoni, 1997, p. 314).

2.3.3 Clases de Filiación:

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

a) La filiación legítima (matrimonial): Supone el hecho de la procreación y que esa procreación se haya efectuado, cuando los padres se encontraban ligados por el vínculo matrimonial (hecho jurídico) da lugar al parentesco legítimo.

Por ello, Vásquez García, considera que la idea de esta filiación va inseparablemente unida a la del matrimonio entre los progenitores, que es su causa esencial. De aquí, en tesis general, se diga que corresponde al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de los padres (Vásquez, 1998, p. 519).

b) La filiación natural, ilegítima o extramatrimonial: Solo existe la procreación (hecho material), pero no el acto jurídico del matrimonio de los padres, da lugar al parentesco ilegítimo. Recibió y recibe todavía en algunas legislaciones, discriminaciones según que el hijo hubiera sido engendrado cuando los padres no podían contraer matrimonio válidamente por mediar impedimentos dirimentes, reservándose la denominación de hijos naturales a los concebidos por progenitores que, en la época de la concepción, si bien no estaban casados, no tenían impedimentos para hacerlo (Vásquez, 1998, p. 522).

c) La filiación adoptiva: Difiere profundamente de las dos anteriores, no supone ni procreación ni matrimonio, sino que es el producto de una convención o acto jurídico que se celebran entre adoptante y adoptado y que el legislador acepta

gustoso, porque con ello se tiende a dar una familia a quienes carecen de ella y un hijo aquellos a quienes la naturaleza u otros factores les ha negado (Vásquez, 1998, p. 524).

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

2.3.3.1 Filiación Matrimonial

A) Concepto

La filiación matrimonial deriva de las palabras latinas filius y matrimonium, que significa hijo que procede de padres casados, es decir, hijo nacido de padre y madre que han contraído matrimonio de acuerdo a las formalidades establecidas por nuestra ley civil (Malqui, 2002, p. 722).

Así se tiene que la doctrina nacional, considera que la filiación legítima tiene su origen en el matrimonio, que solo tendrá calidad de legítimo aquel cuya concepción sea obra de dos esposos, por otra parte, se señala que la filiación legítima es una relación jurídica íntimamente vinculada al matrimonio de los padres, así también que la filiación legítima es un vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. Otros la consideran como la relación parental más importante que a partir de una realidad biológica, es decir, la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tienen como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos (Malqui, 2002, p. 722).

La filiación matrimonial deriva de las palabras latinas filius y matrimonium, que significa hijo que procede de padres casados, es decir, hijo nacido de padre y

madre que han contraído matrimonio de acuerdo a las formalidades establecidas por nuestra ley civil (Malqui, 2002, p. 725).

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

B)) Presupuestos:

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

b.1. Matrimonio de los Padres:

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

Por último, debe señalarse que, si no se probara el matrimonio civil de los padres con el certificado de la partida de matrimonio respectiva, no se puede hablar que hay filiación matrimonial (Malqui, 2002, p. 727).

b.2. Concepción y Nacimiento:

Según este requisito tanto la concepción como el nacimiento deben darse dentro del matrimonio, sin embargo, no siempre esto ocurre, como es el caso del hijo nacido con anterioridad a la celebración del casamiento, pero nacido estando vigente el matrimonio o el caso del hijo concebido durante el matrimonio y que nace con posterioridad a su disolución o anulación (Malqui, 2002, p. 728).

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

Teoría de la Concepción: para esta teoría, solo tendrá calidad de hijo matrimonial aquel cuya concepción sea obra de dos esposos, así sea que nazca durante o después de disuelto o anulado el matrimonio. Ocurre, sin duda, que el hijo concebido fuera del matrimonio se encuentre a continuación legitimado por la unión tardía de sus padres, es decir que el hijo legitimado se asimila en hijo legítimo no para el pasado sino para el futuro (legitimación que ha sido descartada por nuestro Código Civil vigente) (Vásquez, 1998, p. 527).

Teoría del Nacimiento: a diferencia de la teoría anterior, esta teoría considera hijos matrimoniales a los concebidos antes de la celebración del casamiento y a los nacidos durante la vigencia del mismo, mas no a los nacidos después de la disolución o anulación del matrimonio, así hayan sido concebidos durante su vigencia (Vásquez, 1998, p. 528).

Teoría Mixta: para esta última teoría, se tiene en cuenta las dos teorías anteriores, es decir, se considera hijos matrimoniales a los concebidos con

anterioridad a la celebración del matrimonio y a los que nazcan durante su vigencia, así como a los concebidos durante la vigencia del matrimonio, pero que nazcan con posterioridad a la disolución o anulación de este (Vásquez, 1998, p. 529).

Al respecto nuestro Código Civil vigente opta por la teoría mixta al señalar en su artículo 1 que: “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento” pero “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece” asimismo, el artículo 361° preceptúa que “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. En tal sentido serán hijos matrimoniales los nacidos durante la vigencia del matrimonio, a pesar de que hayan sido concebidos antes de la celebración del casamiento, así como serán considerados también hijos matrimoniales los nacidos después de disuelto o anulado el matrimonio, que hubieran sido concebidos dentro de él (Vásquez, 1998, p.530).

Ahora bien, conviene saber cuál es el periodo de gestación (tiempo que transcurre entre la concepción y el nacimiento) a fin de establecer debidamente la filiación del hijo que nació poco después de celebrado el casamiento o el del hijo que nació después de haberse disuelto o anulado dicho vínculo matrimonial, lo cual no es fácil de establecer, debido a que en la actualidad la ginecología cuenta con los medios necesarios para adelantar o retrasar el parto, tratándose así de burlar nuestra ley, sin embargo, esto puede ser corregido si consideramos que existen algunos casos donde la concepción no ocurre dentro de los plazos previstos por nuestra ley; y además si tomamos en cuenta que hoy en día no sólo contamos con pruebas biológicas para resolver el problema de la paternidad sino que también contamos con pruebas genéticas a fin de poder determinar en forma casi segura la inclusión o exclusión de la paternidad (Vásquez, 1998, p. 531).

b.3. Maternidad de la Cónyuge:

Es la condición o estado de madre de la mujer casada, es decir, la unión de la madre casada y el hijo (matrimonial) por el vínculo de la maternidad, lo que prueba la maternidad de la cónyuge, admitiéndose así la presunción de paternidad (Vásquez, 1998, p. 537).

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

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

Se debe tener en cuenta que el hijo siempre debe presumirse matrimonial (mientras que el marido no lo niegue u obtenga sentencia a favor) debido a que el Código Civil vigente en su artículo 362° señala que: “el hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera” (Vásquez, 1998, p. 537).

b.4. Paternidad del Cónyuge:

Para Vásquez (1998) Es la condición o estado de padre del hombre casado, es decir la unión del padre casado y el hijo (matrimonial) habido en su cónyuge a través del acto procreador. Sin embargo, el problema para determinar esta paternidad es el que ha dado lugar a que en la doctrina surjan varios sistemas para suplir la prueba de paternidad. Entre ellos tenemos:

a) El sistema negativo: Este sistema es típico de la sociedad primitiva, pues se dice que el padre no tenía existencia jurídicamente, por tanto, el hijo solo quedaba vinculado a su madre y a la familia de ésta (Vásquez, 1998, p. 539).

b) El sistema arbitrario: También conocido en el Derecho romano como el Tollere liberum, es decir la aceptación o no aceptación del hijo por el padre (la filiación paterna quedaba a la voluntad del padre) (Vásquez, 1998, p. 539).

c) El Sistema legal: Según este sistema el hijo nacido dentro del matrimonio tiene como padre al hombre casado por la presunción pater is est quen nuptiae demonstrant, que en puridad no ha existido nunca (Vásquez, 1998, p. 539).

d) El sistema judicial: A diferencia del sistema anterior, este sistema, no admite presunciones legales, debido a que la relación padre e hijo tiene que probarse dentro de un proceso judicial (Vásquez, 1998, p. 539).

e) El Sistema de la Prueba Biológica, Genética u otras Pruebas de validez científica: En la actualidad, los procesos judiciales de filiación son resueltos generalmente por la prueba del ADN (porque determinan la inclusión o exclusión de la paternidad en un 99,999...%) u otras pruebas (que por lo general se limitan a excluir la paternidad mas no determinar ésta) (Vásquez, 1998, p. 539).

f) El Sistema Mixto: La teoría mixta, adoptada por nuestro Código Civil vigente a diferencia del Código Civil derogado que optó por un sistema legal y judicial). Se funda en que la paternidad viene impuesta por la ley (sistema legal), la cual tiene que ventilarse en un proceso judicial en caso de negar o impugnar dicha paternidad que le es atribuida al marido (sistema judicial), pero que debe ser demostrada con la prueba biológica, genética u otras de validez con mayor o igual certeza (Sistema de la prueba biológica, genética u otras pruebas de validez científica) (Vásquez, 1998, p. 540).

b.5. Prueba de la Filiación Matrimonial:

Según Gallegos (2009) “la prueba de la filiación legítima o matrimonial se establece normalmente con las actas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, unida a la identidad del presunto hijo con aquél a que el acta se refiere, en nuestro medio, cualquiera puede hacerse de una copia de actas de nacimiento y del matrimonio de los padres, sin que por ello el poseedor sea el hijo al que el acta se refiere. La identidad se puede probar por cualquier medio, testigos o documentos” (p. 265).

Con arreglo a lo previsto en el artículo 375°, primer párrafo, del Código Civil, la filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, o por otro instrumento público en el caso del artículo 366°, inciso 2, del indicado Código Sustantivo, o por sentencia que desestime la demanda en los casos del artículo 363° del Código Civil. El inciso 2 del artículo 366° del Código Civil prescribe que el marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363°, inciso 1 y 3, de dicho cuerpo de leyes (Gallegos, 2009, p. 268).

Según Vásquez (1998), “la prueba de filiación matrimonial puede verse como el título con el cual una persona acredita frente a terceros dentro o fuera del juicio el estado de hijo matrimonial”. Así, también considera que puede entenderse como prueba de filiación matrimonial todas aquéllas permitidas por la ley procesal civil (medios probatorios típicos y atípicos: arts. 192° y 193° respectivamente del Código Procesal Civil), que puedan demostrar que el demandante tiene la calidad de hijo matrimonial del demandante. En el primer caso, la prueba es un título demostrativo de tal estado; en el segundo es un medio utilizado para conseguir dicho título demostrativo (p. 543).

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

a) Como título o instrumento mediante el cual una persona demuestre frente a terceros, aún fuera del juicio, su calidad de hijo matrimonial.

b) Con el conjunto de medios probatorios exigidos o admitidos por la ley procesal dentro de un juicio, para obtener una sentencia que declara al demandante como hijo matrimonial del demandado.

Esta distinción no es por lo demás privativa de la filiación matrimonial, sino que se da en muchos otros casos. Así, quien es dueño de una casa lo demuestra fuera de juicio y ante terceros exhibiendo, por ejemplo, una escritura pública; pero quien, por no tener instrumento demostrativo inicia el juicio para lograrlo, deberá utilizar medios probatorios de su calidad de propietario de la causa jurídica en que reposa su título (usada aquí esa palabra en su sentido de causa-eficiente y no de instrumento que la contiene), a fin de conseguir una sentencia que le sirva de título (empleado aquí ese término en su acepción de instrumento en que constata o que demuestra aquélla causa jurídica eficiente) frente a terceros o fuera de juicios (Vásquez, 1998, p. 544).

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

La presunción de paternidad matrimonial, si bien dispensa de probar el hecho biológico, no reposa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo, así como la fidelidad y la cohabitación, que de acuerdo a Varsi (2001), son los pilares de la unión monogámica o presunciones vitales de las que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción positiva de contacto (p. 133).

En sentido concreto y práctico, la presunción de paternidad descansa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, presentándose esta última como su principal fundamento. Por ello, la doctrina nacional, considera que la atribución de paternidad al marido de la madre no depende de la voluntad de las partes; sino que sucede por imperio legal, cuando se ha establecido el vínculo de hijo con la mujer casada, por lo tanto, no es un acto ni una consecuencia que pertenezca al poder dispositivo de los sujetos. Entonces, la presunción de paternidad matrimonial satisface el interés social de protección de la familia y esta generalmente de acuerdo con la realidad biológica de la paternidad y maternidad y se basa en las relaciones sexuales o la cohabitación antes del matrimonio o de la asunción de la debida responsabilidad por el autor del embarazo pre matrimonial (Varsi, 2001, p. 135).

2.3.3.2 Filiación Extramatrimonial:

Según Varsi (2010), “en la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, básicamente casados no están. No existe el acto jurídico matrimonial que garantice que la calidad de progenitor resida en el marido de la mujer. Es la voluntad de parte (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional, *iussu iudicis* (por orden del juez) los únicos medios de establecerla (según el artículo 387), son dos las formas, por decisión o imposición” (p. 170).

Entonces, como se sabe, la filiación legítima va inseparablemente unida a la idea de matrimonio de sus progenitores, en cambio la filiación ilegítima implica y supone la falta de vínculo matrimonial entre los padres. De aquí una primera aproximación al concepto de la filiación, ilegítima nos lleva a calificarla como extramatrimonial (Varsi, 2010, p. 171).

La filiación como hecho natural existe siempre en todos los individuos, es decir, se es siempre hijo de un padre y una madre, no siendo así jurídicamente. Entonces, el derecho, para reconocer efectos jurídicos respecto a la procreación, necesita primero estar seguro de la paternidad o maternidad (Varsi, 2010, p. 173).

Comprobar la filiación no es comprobar la procreación, es señalar la existencia de un vínculo de familia, el estado de filiación es la posesión que el individuo ocupa en la familia, como hijo matrimonial y extramatrimonial en los derechos y deberes que surgen para que sean realizados los fines propios de la familia (Varsi, 2010.p. 173).

De lo expuesto, Malqui (2002), señala que “parecería prima facie, inferirse en el hecho fundamental que debe ocurrir fuera del matrimonio para que la filiación sea extramatrimonial es, no el nacimiento como dice el Código (Art. 386) sino la concepción” “Por tanto, para que alguien sea hijo extramatrimonial será preciso que los dos hechos, la concepción y el nacimiento, se produzcan fuera del matrimonio” (p. 770).

Para Vásquez (1998), son hijos extramatrimoniales los nacidos de una unión libre de un hombre y una mujer. También refiere que todo hijo nacido fuera del matrimonio, sea cual fuere el estado civil de los padres, es considerado hijo extramatrimonial (p. 591).

En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, básicamente casados no están. No existe el acto jurídico matrimonial que garantice que la calidad de progenitor resida en el marido de la mujer. Es la voluntad de parte (reconocimiento) o la imposición

jurisdiccional, *iussu iudicis* (por orden del juez) los únicos medios de establecerla (art.387º). Son dos las formas, por decisión o imposición (Varsi, 2010, p. 159).

Frecuentemente, el hijo extramatrimonial goza de hecho de *status personae* pero no del *status familiae*, en especial *status filii*. Tendrá un nombre, pero no se le adjudican relaciones familiares paterno-filiales, salvo que esté reconocido o exista sentencia que lo declare. Cuando se trata de los hijos concebidos fuera del matrimonio y a falta de emplazamiento la filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna y viceversa, sin que por establecer una se induzca la existencia de la otra (situación dispar que pasa en el matrimonio, pues la determinación de la maternidad lleva de la mano el establecimiento de la paternidad) (Varsi, 2010, p. 160).

a) Clasificación de los Hijos Extramatrimoniales.

Según Malqui. (2002) los hijos provenientes de las relaciones sexuales efectuadas fuera del matrimonio, han sido divididos clásicamente en dos grandes grupos:

- Natural simple, cuando el hijo es engendrado por padres que en el momento de sus relaciones sexuales y de la concepción, gozaban de aptitud legal para contraer matrimonio entre sí, pero, sin embargo, no lo hicieron, es decir, generalmente los padres son solteros, en este caso se dice que el hijo es “*ex soluto, et soluta*” (p.763).

- La filiación natural adulterina, se presenta cuando el hijo es concebido o generado por persona casada, con persona distinta de su respectivo cónyuge, un casado con una soltera, y están impedidos de contraer matrimonio (p. 763).

- La filiación natural incestuosa, tiene lugar cuando el hijo es producto de la unión de personas ligadas entre sí por vínculos de consanguinidad o afinidad que

jurídicamente les impide contraer matrimonio, así tenemos a los hijos concebidos de padres con sus mismas hijas. De acuerdo con los caracteres especiales, o condiciones de la filiación que en líneas arriba mencionamos el hijo será natural simple, adulterino o incestuoso, según participe uno u otro carácter, tomando siempre como base la época de la concepción (Malqui, 2002, p. 764).

Hay otro grupo de hijos extramatrimoniales que reciben su denominación teniendo en cuenta la clase de mujer que las concibe, pudiendo figurar en uno y otro grupo de la filiación extramatrimonial, según las circunstancias especiales que concurran (Malqui, 2002, p. 764).

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

Respecto a la condición jurídica de los hijos adoptivos, puede considerarse, como un hijo matrimonial, regulada su condición por las modalidades especiales establecidas para ese efecto por la ley, en general puede estimarse que su situación es sui generis predominando en él las prerrogativas del hijo matrimonial (Malqui, 2002, p. 764).

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

Naturalmente, ese hijo puede oponer su título a todas las demás personas; a los colaterales, a los hijos procedentes de un matrimonio anterior, a otro hijo natural,

etc. Además, las limitaciones indicadas sólo se refieren a derechos pecuniarios, porque en cuanto a los extramatrimoniales el hijo puede ejercerlos aún contra los intereses y la voluntad del cónyuge y de los hijos del matrimonio; lleva el apellido de quien lo reconoció, está sujeto a su patria potestad y a su autoridad tutelar (Malqui, 2002, p.765).

b) El Reconocimiento de los Hijos Extramatrimoniales:

Concepto: Se entiende en general por reconocimiento toda declaración de parte con la cual se admite o se niega la existencia de una determinada relación jurídica. Formalmente consiste en una enunciación de cualquier cosa que se conoce o se cree conocer. Por reconocimiento, dice Escriche (1847), en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, se entiende la declaración o confesión que uno hace de alguna obligación que tiene a favor de otro, como reconocimiento de dote, de vale, o el examen, registro, inquisición o averiguación que se hacer de alguna cosa (p.792).

Las dudas y vacilaciones comienzan cuando se trata de definir el reconocimiento del hijo extramatrimonial. La doctrina no es unívoca al respecto, y la variedad de definiciones no es más que un reflejo de la disparidad de criterios sustentados respecto a la naturaleza jurídica del instituto. Ante la imposibilidad de ofrecer una clasificación sistemática de las distintas definiciones propuestas nos limitaremos a recordar que algunos autores lo consideran una confesión de paternidad o maternidad (Escriche, 1947, p. 794).

Ante todo lo indicado en los párrafos precedentes, Malqui (2002), refiere que: “El reconocimiento de un hijo extramatrimonial, es la confesión hecha por una

persona en un acto auténtico que un hijo determinado es su hijo extramatrimonial” (p. 789).

Entonces, si la definición debe necesariamente revelar la naturaleza íntima del instituto, no podemos desde luego definirlo como una confesión, pues la teoría que asimila el reconocimiento a una confesión ha sido ampliamente superada. No puede negarse que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial encierra una declaración de voluntad que tiene la finalidad de establecer legalmente el lazo biológico de la filiación, pero definir el reconocimiento como una declaración de voluntad, no permite exteriorizar la naturaleza jurídica de esta especial declaración de voluntad, que como veremos para algunos es un acto jurídico, para otros un negocio jurídico y para otros en fin es una variedad especial conocida en la doctrina italiana, como negocio de accertamento (Malqui, 2002, p. 790).

En conclusión, la doctrina define el reconocimiento voluntario de los hijos extramatrimoniales como Acto jurídico solemne que contiene una declaración de paternidad o maternidad y que atribuye legalmente al status de hijo extramatrimonial.

Características Esenciales:

El acto jurídico del reconocimiento presenta los siguientes caracteres:

Según Gallegos (2009), señala que es una “confesión”, señala que constituye una declaración de voluntad, que no adolece de vicios (error, dolo, violencia), y que debe emanar de una persona capaz de reconocer hijos naturales, para ello se puede decir, que dicha confesión es una declaración unilateral y personal, ya que debe emanar del padre; Asimismo, considera que es un “acto declarativo”, puesto que su finalidad, no es crear un nuevo estado de cosas, sino comprobar una filiación que ya existe desde la concepción; señala que es “irrevocable”, considera éste carácter como

uno de los más importantes, no oponiéndose a la nulidad de la declaración de voluntad, pues deja la opción de que el supuesto padre pueda solicitar la nulidad del reconocimiento aduciendo que hubo error, dolo o violencia (p. 298).

Entonces, la irrevocabilidad, sólo está referida a que el padre no puede arrepentirse de haber reconocido a su hijo, por lo tanto, el reconocimiento, hace nacer en el hijo extramatrimonial una serie de derechos que la voluntad del declarante no puede despojarlo por actos posteriores. Finalmente, se tiene que es un acto solemne “ad probationem” porque la ley exige que se verifique por medio de un acto auténtico en el registro civil, o en una escritura pública o en un testamento. Un acto realizado en un documento privado solo podría servir como comienzo de prueba escrita para ejercer la acción de indagación de la paternidad (Gallegos, 2009, p. 299).

c) Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial:

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

Varsi (2001) menciona que se presenta, como la constatación jurídica de la paternidad biológica lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público. La declaración judicial de la filiación opera a falta de reconocimiento voluntario, del padre o de la madre respecto de un hijo extramatrimonial, sea porque desconfían de la certeza del vínculo, por un acto de mala fe, confusión, desconocimiento del procedimiento, costos, existencia de errores que impidan el reconocimiento, descuido, actitud machista, que nazca una niña y no un varón, etc (p. 191).

Para Gallegos (2009) , “...la paternidad, en defecto de reconocimiento, no puede ser declarada judicialmente más que en presencia de una de las circunstancias

siguientes: primero que al tiempo de la concepción la madre (conocida) y el padre (supuesto) hubieran convivido notoriamente como cónyuges o bien haya habido rapto, o violencia carnal; segundo que la paternidad resulte indirectamente de sentencia civil o penal, o de una inequívoca declaración escrita por el progenitor presunto; tercero que haya la posesión del estado de hijo natural(...)" (p. 303).

Esta posesión del estado de hijo natural es una situación de hecho resultante de circunstancias que en su conjunto constituyen grave indicio de la relación de 'padre' a 'hijo' entre las personas de que se trata, y en la cual deben concurrir, por lo menos, las siguientes:

a) Que la persona haya sido tratada como hijo por aquel a quien reclama por su padre natural y que éste, como tal, haya proveído a mantenerla, educarla y colocarla.

b) Que haya sido constantemente considerada como tal en las relaciones sociales..."

2.3.4 Cuestiones Jurídicas Relativas a la Filiación:

La filiación que acabamos de definir y precisar en sus diferentes clases es una relación de hecho entre dos personas. A excepción de la filiación adoptiva, que resulta de un acto jurídico y que tiene un carácter propio. La filiación es un "puro hecho" que produce consecuencias jurídicas obligatorias para las personas interesadas (Malqui, 2002, p. 805).

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

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

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

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

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

La prueba de la filiación paterna, por el contrario, no puede adoptarse más que por simples presunciones. En este caso hay que evitar un doble peligro; o hacer la prueba de la paternidad que es muy difícil por exigirse cuestiones o presunciones graves, precisas y concordantes o limitarse a una simple probabilidad, si es muy liberal en la concesión de la prueba. Así tenemos que las leyes civiles francesas establecen una distinción, según que el hijo haya sido concebido durante el matrimonio o fuera de él. En el primer caso, establecen una presunción legal que no puede combatirse más que en casos previstos; en el segundo, determinan presunciones de hecho que puede estimarse como pruebas (Malqui, 2002, p. 806).

2.3.5 Efectos Jurídicos de la Filiación:

La filiación matrimonial es la filiación típica del Derecho de Familia y lleva consigo la plenitud de los efectos jurídicos. El hijo matrimonial por esa calidad está investido de derechos importantes, en comparación con el hijo extramatrimonial. Así tenemos que los hijos matrimoniales; llevan el nombre y el apellido completo del padre y la madre respectivamente, tienen todos los derechos de ser alimentado, mantenidos y educados por sus padres, tienen derecho a recibir instrucción; gozan de

los beneficios de las obligaciones derivadas de la patria potestad. Sus bienes están protegidos por la organización de la tutela o de la administración legal mientras es menor de edad y no está emancipado, y sobre todo tiene el derecho de sucesión y por lo tanto, está sujeta a todas las obligaciones que lleva consigo ese estado de hijo matrimonial en materia de patria potestad, en los impedimentos y consentimientos los matrimonios; no procede en este tema dar los detalles respectivos de esos deberes y derechos por tal razón nos hemos limitado en enunciarlos únicamente (Malqui, 2002, p. 808).

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

Frecuentemente se expresa esa idea diciendo que el hijo natural no tiene más familia que los padres y hermanos naturales. Dicha expresión no es rigurosamente exacta, puesto que no depende del legislador al suprimir el lazo familiar dependiente de un hecho; la filiación. El hijo extramatrimonial tiene como legítimo una familia, pero el lazo de parentesco no produce en él las mismas consecuencias que para el hijo matrimonial (legítimo) (Malqui, 2002, p.809).

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

La hay también, entre hermanos o entre éstos y los hermanos de su padre y de su madre. La hay igualmente, entre los hijos de hermanos y entre uno de estos el hijo del otro. La hay en fin entre el marido y los padres o los hijos o los hermanos de la mujer (Malqui, 2002, p. 809).

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

2.4. TRÁMITE DEL PROCESO DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

2.4.1 Características:

El proceso, como queda expresado, es especial, sui generis. 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:

2.4.1.1 El 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 (Ariano, 2005, p. 65).

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

orígenes. Finalmente, se logra descargar la labor de los jueces especializados en familia (Ariano, 2005, p. 65).

Como siempre, con su agudo y sustancioso análisis, la procesalista Ariano (2005) alude que: “Es muy probable que se le haya atribuido la competencia al juez de paz letrado por el noble argumento de ‘facilitar el acceso’ y el, no tan noble, de ‘evitar la casación’, es decir, para que el asunto muera en línea de tendencia ante el propio juez de paz letrado o, a lo más, ante el juez de familia (artículo 5) sin perturbar ni un poco con estas cuestiones ni a las Salas de la Corte Superior ni, por cierto, a las Salas de la Corte Suprema. Ergo, por implícito, el legislador descarta que este tema pueda dar lugar a problemas de ‘nomofilaquia’ que precise de la intervención de la Corte Suprema. Lo que es todo decir” (p. 67).

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, puede ser tratada perfectamente por el juez de paz, además requiere de un proceso ágil y rápido (Ariano, 2005, p. 68).

2.4.1.2. 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 este quien tiene la legitimidad para obrar (8) pudiendo la madre actuar en su representación si el hijo fuera menor de edad. La nueva ley permite a “quien tenga legítimo interés” poder accionar por paternidad a favor de un tercero (Lastarria, 2003, p. 48).

Este es un cambio importante en el que se toma en cuenta el interés moral o familiar (artículo 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 (Lastarria, 2003, p. 49).

2.4.1.3 De los lineamientos del proceso:

El proceso aprobado está estructurado sobre la base de 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 ADN 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 (Suarez, 2005, p. 9).

- **Proceso sui géneris.** Algunos refieren que se trata de un proceso especialísimo, de un proceso monitorio en el entendido de que funciona, más que a manera de advertencia, de exigencia en la declaración de paternidad. La realidad es que este proceso cambia todas las reglas de investigación filial presentando un modelo ejecutivo de averiguación del estado (decimos ejecutivo en un sentido netamente académico dado que no podemos equivalerlo (Suarez, 2005, p. 11).

- 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 contra defensas) truncando la vida de tantas personas que, sin padre ni gloria, vieron disminuidos sus derechos de entroncamiento familiar (Suarez, 2005, p. 13).

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” (Suarez, 2005, p. 13).

- **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 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”, 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 (Ferrandino, 2004, p. 279).

2.4.1.4 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.

Vélez (2000), no solo porque es flexible y admite todo tipo de pruebas, sino porque, 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, quedando descartadas las posiciones basadas en los desaires, ofensas y escándalos que con este accionar puedan producirse. 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 (p. 245).

Queda atrás la apariencia, la incertidumbre, frente a la seguridad. Se reduce al máximo, se condensa, la relación paterno filial con el único objetivo: alcanzar la realidad. Adiós a los barrocos juicios de paternidad (Vélez, 2000, p. 245).

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) (Vélez, 2000, p. 246).

La falta de reconocimiento, negar el legítimo derecho de un niño a tener un padre es una forma de violencia familiar.

“Si bien el artículo 402 del Código civil no considera la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica a una menor pues ello importaría atentar contra su derecho de llevar el patronímico que le corresponde de ser reconocida como hija de quien la engendró”.

2.4.1.5 Únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial

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 (Vélez, 2000, p. 250).

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 solo 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 (Vélez, 2000, p. 247).

No está en discusión, qué duda cabe, la legalidad de las relaciones sexuales, estas 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).

El proceso aprobado solo 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 (Vélez, 2000, p. 250).

2.4.1.6 Adecuación de los procesos en trámite

Lastarria (2003), menciona que 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 N° 28457: “Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente ley” (p. 48).

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 (Lastarria, 2003, p. 49).

2.4.1.7 Otras Características

A manera de colofón, en este punto, podemos decir adicionalmente en lo que a las características se refiere, que el proceso es:

Singular, típico en cuanto a su tratamiento; **declarativo**, busca establecer legalmente una paternidad contenida en los genes; **plenario**, reúne en actos concretos los principales actos procesales y por, sobre todo, **rápido** (Ariano, 2005, p. 68).

2.4.2 Tramite del proceso de Filiación:

2.4.2.1 La demanda

El proceso se sintetiza en la presentación de una demanda ante el Juez de Paz Letrado que, a pedido de parte interesada, expedirá una resolución declarando la

Paternidad. Se discute con razón el hecho de que más que una demanda sea una solicitud de paternidad al poder carecer en su contenido de fundamentos de hecho.

En esencia, es una solicitud que expone una relación con el presunto padre requiriéndolo al sometimiento a la prueba técnica (Hinostroza, 2003, p. 298).

2.4.2.2 De la defensa y la oposición

-La Defensa: La única defensa del emplazado frente a la demanda es oponerse al mandato de paternidad sometiéndose a la prueba de ADN, en el plazo de diez (10) días siguientes (Hinostroza, 2003, p. 299).

No cabe otro tipo de sustento que la oposición en sí misma (salvo una excepción como veremos luego). Son impertinentes las tachas, los fundamentos de hecho en un escrito de contestación o cualquier otro argumento tendente a desnaturalizar la efectividad del proceso (Hinostroza, 2003, p. 299).

- *Excepciones:*

Como medio de defensa del demandado, el proceso no admite expresamente plantear excepciones lo que no implica que esté prohibido, lo contrario significaría legitimar un defecto de forma en el proceso (incompetencia, incapacidad, pleito pendiente, cosa juzgada, por mencionar algunas) resultando incoherente y no ajustado a derecho. Consideramos que sí son viables las excepciones o si se quiere, por utilizar otra terminología, las defensas previas. El tema es discutible (Hinostroza, 2003, p. 300).

Hagamos un símil con el proceso de ejecución de garantía el que, como bien es sabido, deja de lado a las excepciones. Con este matiz, el artículo 722 del Código

Procesal Civil trata sobre la contradicción restringiendo su admisibilidad a cinco (5) causales (nulidad del título, inexigibilidad, cancelación, extinción o prescripción) (Hinostroza, 2003, p. 301).

En opinión de Hinostroza. (2003) “nada obsta para que el ejecutado pueda plantear excepciones o defensas previas (sobre todo las primeras)”. Si bien la normatividad no contempla la posibilidad de plantear tales instrumentos, tampoco lo prohíbe expresamente siendo valor entendido, entonces, su admisibilidad. Los derechos de la persona solo pueden ser restringidos expresamente, concluye el autor. Continúa diciendo que la limitación de causales no se hace extensiva a las excepciones o cuestiones previas dado que estas son defensas de forma, mientras que las causales de contradicción son defensas de fondo (p. 303).

La oposición: La oposición es el ejercicio del legítimo derecho de defensa del demandado. Se realiza de forma expresa y la prueba genética es un requisito para su procedencia.

No vale oponerse con argumentos; en todo caso estos deben ser confrontados con la prueba. La calificación de la oposición depende del resultado de la bioprueba, declarándose fundada si el examen descarta la paternidad e infundada si produjera un resultado de inclusión del vínculo, convirtiéndose el mandato en declaración de paternidad (Hinostroza, 2003, p. 310).

Costo de la prueba: el demandado el que costee la prueba dado que es el quien se opone a la pretensión (Hinostroza, 2003, p. 312).

La no oposición: El demandado puede abstenerse del derecho de defensa: no se opone, restándole solo esperar la notificación de la sentencia que lo certificará

como progenitor legal del hijo que en demanda se lo solicitó; en este caso se trata de una oposición ficta. Sigamos (Hinostroza, 2003, p. 312).

La falta de oposición puede ser expresa mediante recurso de aceptación de la paternidad demandada, formulando allanamiento o reconocimiento de la demanda, sencillamente una forma de terminar un proceso que tiene como respaldo una prueba cuya génesis solo la conocen las partes (Hinostroza, 2003, p. 314).

2.4.3 Del mandato de paternidad:

Este es el acto más importante del proceso, además de ser el primero que dicta el juez sin necesidad de escuchar al demandado, *inaudita altera pars*, “de esta forma el juez si bien resuelve oyendo a una sola de las partes, lo hará no solo sobre la base del relato fáctico, sino de las pruebas aportadas. Y si el emplazado no formula oposición alguna, la cosa juzgada material no solo es consecuencia de su conducta procesal, el silencio o falta de oposición, sino del relato del demandante y los medios probatorios que aportó para sustentarlo” (Ariano, 2005, p. 75).

Es importante llegar a comprender la esencia del mandato de paternidad. Podemos sostener que más que un requerimiento a reconocer la pretensión de la parte, el mandato es una decisión anticipada del juez en mérito de lo alegado por la parte demandante, tomando en cuenta la fuerza de la prueba genética, que ofrece la suficiente certeza de lo demandado (Ariano, 2005, p. 79).

Herrera. (2002). Tal como sucede en el proceso ejecutivo, el mandato de paternidad es una resolución judicial compleja. Es un auto que al notificarse da inicio al proceso (p.22).

No es un acto de ejecución forzada de la prueba de ADN, todo lo contrario, es una forma de coerción, pues el mandato conlleva una exhortación al sometimiento a

la prueba biológica; de no realizarse en el plazo indicado se decretará la paternidad. Sus efectos son expectaticios, están sujetos a una condición suspensiva de que la prueba no sea realizada en plazo estipulado o, llevada a cabo, confirme el nexum gens (podríamos plantear que se trate también de una condición resolutoria, en fin) (Herrera, 2002, p 25).

2.4.4 Declaración de paternidad. Sentencia

Las sentencias en estos procesos pueden tener varios tipos de fallos.

Declara la paternidad:

- En mérito a los resultados positivos de la prueba genética. En esta sentencia la verdad real coincide con la verdad formal. El ADN contribuye eficazmente en el establecimiento de la relación parental (Martel, 2005, p. 72).

- En mérito de la no oposición. Transcurrido el plazo y no habiéndose opuesto y llevado a cabo la pericia por causa injustificada, el mandato se convierte en declaración de filiación. Sin certeza de paternidad, solo por la no realización de la bioprueba se dicta sentencia. Parece un fallo sin contenido, pero no es así. Es la sanción por no colaborar con la verdad. La filiación en estos casos se establece no por el ADN, sino por una presunción legal. Se elimina la certeza científica que proporciona la prueba genética, subsistiendo la incertidumbre (Martel, 2005, p. 73).

No declara la paternidad:

- En mérito del descarte extraído por la prueba genética actuada a través de la oposición del demandado (Paz, 2002, p.340).

Por otro lado, la sentencia declara el nexo filial teniendo como sustento el aspecto biológico, la esencia genética que se encuentra fundamentada en la prueba de

ADN la que, habiéndose o no realizado, es la razón de ser de este nuevo proceso (Paz, 2002, p. 341).

La motivación de estos fallos no debe ser exhaustiva ni referirse a hechos, que pueden existir, solo debe merituar los resultados de la pericia y fallar la paternidad. La discreción del magistrado se transforma en convicción.

El grado de efectividad de la pericia genética es reconocido unánimemente incluso en los sistemas más tradicionales o conservadores como el boliviano, cuando refiere que las pruebas biológicas representan un “elemento probatorio que otorga al juzgador una convicción plena para dirimir la pretensión y la controversia jurídica de paternidad” (Paz, 2002, p.344).

2.4.5 La apelación:

En mérito de la pluralidad de instancia cabe la apelación respecto de la declaración de paternidad en el plazo de tres (3) días, teniendo el Juez de Familia diez (10) días para resolver (Ariano 2005, p. 103).

Como está redactada la norma, la apelación es una facultad expresa reconocida al demandado a efectos de contradecir la sentencia que lo declara padre. ¿Qué sucede cuando la sentencia es adversa a la parte demandante? En otras palabras, cuando la oposición se declara fundada ¿Cómo queda el principio de doble instancia? Cabría decir que la sentencia que descarta la paternidad (aquella que declara fundada la oposición) es inapelable o es que la contundencia de la prueba genética elimina el derecho de defensa (Ariano 2005, p. 103).

La misma pregunta se plantea Ariano (2005) cuando sostiene que “el legislador en un arranque de ‘garantismo’ establece que la declaración judicial de filiación es apelable, pero es ‘garantismo’ a medias, pues se olvida de la resolución que declara fundada la oposición ¿Será también apelable?”. Sin duda que sí –lo afirmamos

tajantemente—en razón de que como recurso impugnatorio se tiene un legítimo derecho al mismo; el hecho es encontrarle el fundamento para su procedencia.

Varias preguntas saltan a la vista: ¿Qué puede alegarse en este tipo de apelación?

(p. 107).

Pueden ser varias las razones:

- Falta de requisitos formales.
- Falta de requisitos de fondo.
- Error en la realización y en la deducción de los resultados.
- Falta o error en la notificación.
- Margen de subjetividad en la apreciación científica.
- Realización de prueba distinta al ADN de menor grado de efectividad.
- Inexactitud de la filiación por prácticas de procreación asistida.

2.5 DERECHO Y PRINCIPIOS QUE RESPALDAN AL PROCESO DE FILIACIÓN

2.5.1. Derecho de la Filiación:

2.5.1.1 Noción:

El derecho de la filiación está sintetizado en un conjunto de relaciones jurídicas recíprocas. Malqui (2002), nos dice que “esa inicial realidad biológica es recogida y regulada a posteriori por el ordenamiento jurídico, que distribuye derechos y obligaciones entre los progenitores y los seres procreados por ellos o, dicho de modo más sencillo, entre padres e hijos”. La filiación es el hecho real

mientras que, por su parte, el derecho de la filiación regula la relación paternofilial (p. 803).

2.5.1.2 Denominación:

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

Tiene una estrecha relación con el derecho a la identidad. El derecho a la filiación permite saber acerca de quién es nuestra ascendencia teniendo como piedra basal el derecho a la identidad personal la filiación. El primero es la facultad de saberse y conocerse; el segundo, la doctrina y base legal de la relación paternofilial (Malqui, 2002, p. 804).

2.5.1.3 Definición:

Mizrahi, citado por Varsi (2001), manifiesta que el Derecho de la filiación se refiere al conjunto de normas jurídicas relativas al emplazamiento –determinación o establecimiento- de las relaciones paterno materno filial es en los tres ámbitos hasta hoy conocidos: a) la procreación por naturaleza (emergente de la cópula carnal); b) la generación por los más diversos métodos de fecundación artificial; c) la filiación adoptiva. Este derecho está integrado por las normas legales pertinentes relativas a la modificación y extinción de las mencionadas relaciones (p. 160).

Para Zannoni (1998), es el “conjunto de normas que organizan el emplazamiento en el estado de familia que implica la relación jurídica paterno – materno - filial, y, consecuentemente, la modificación o extinción de dicho estado de familia (p. 233).

2.5.1.4 Características:

Varsi (2001), sostienen que el derecho filiatorio infra constitucional está sometido necesariamente a algunas características fundamentales:

a) La filiación tiene que servir a la realización personal y el desenvolvimiento de la persona humana (carácter instrumental del instituto, significando que la filiación sirve para la afirmación de la dignidad del hombre) (Varsi, 2001, p. 165).

b) Despatrimonialización de las relaciones paterno filiales (o sea, la transmisión del patrimonio y mero efecto de la filiación, no marcando a su esencia) (Varsi, 2001, 166).

c) La ruptura entre la protección de los hijos y el tipo de relacionamiento vivenciado por los padres (Varsi, 2001, p. 167).

2.5.1.5 Determinación:

La determinación de la filiación es la aseveración legal de una realidad biológica presunta, cierta, creída pero no acreditada. Es la *conditio iuris*, la razón esencial y básica que permite el ejercicio de los derechos y obligaciones de la relación paterno filial.

Como dice Varsi (2001) “La determinación de la filiación implica señalar jurídicamente quién es la madre y/o el padre de una persona, y puede tener su origen en tres fuentes: a) legal, cuando resulta establecida por ley sobre la bases de ciertos supuestos de hecho, b) voluntaria o negocial, si proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso o tácito del hijo; c) judicial, cuando es producto de una sentencia que declara la filiación no reconocida” (p. 167).

Para que surta efectos legales, la doctrina señala que la filiación debe ser conocida conforme a derecho, reconociendo una realidad o una voluntad. Así, otros

refieren que pasar de la realidad biológica al plano jurídico puede suceder por acción voluntaria del legitimado para hacerlo, o bien por sentencia que impusiera el emplazamiento filial que era negado por el interesado. La filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre (Varsi, 2001, p. 169).

La filiación se diferencia en la forma de su determinación, de allí que exista la matrimonial y la extramatrimonial.

2.5.1.6 Principios del Derecho de la Filiación:

Estos son las bases que sirven para sus progresivos cambios y, además plantean mecanismos de salvaguarda y protección para quienes son parte de la relación paterno filial, mecanismos inmediatos y efectivos para dar solución a las controversias cuando la ley se torna insuficiente (Varsi, 2001, p.170).

El nuevo orden filiatorio, basado en el garantismo constitucional y los valores fundantes de la República y de la democracia, tales como: la dignidad, igualdad, libertad, entre otros; implica funcionalizar la filiación a la realización plena de las personas envueltas (padres e hijos), despatrimonializando el contenido de las relaciones jurídicas (comprendida de forma mucho más amplia de una simple causa de transmisión de herencia) y de prohibir discriminaciones como forma promocional del ser humano” (Varsi, 2001, p.171).

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

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

De acuerdo al análisis jurídico integral son siete principios que inspiran el Derecho de la filiación peruano. Estos son: (i) Protección especial al hijo (interés superior del niño), (ii) Unidad de la filiación, (iii) Cosa Juzgada y procesos de filiación, (iv) Paternidad, (v) Medio de realización de la persona humana e, (vi) Inmutabilidad del vínculo biológico y mutabilidad de la relación filiatoria.

a) Protección especial al hijo (interés superior del niño): esto se enmarca dentro del propio concepto de la filiación diseñado en torno al hijo, como su protagonista y centro de referencia, de allí su término, consagrando toda una regulación legal acorde, inclusiva y eficaz tendiendo a que cada persona cuenta con una filiación establecida que generen lazos familiares. La filiación es una fuente de familia, la protección de la primera repercute positivamente en la segunda (Varsi, 2001, p.173).

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

Este principio surge como consecuencia de la socialización de las relaciones jurídicas. El derecho de familia se democratiza, se torna inclusivo, al darse cuenta que no debe ser indiferente ante la diversidad de trato en los hijos. Este principio se relaciona con la igualdad y la dignidad (Varsi, 2001, p.175).

1. Igualdad: es equidad, similitud, no discriminación.

El reconocimiento de la filiación es una afirmación a la primacía de los intereses superiores de la persona humana, como verdadero ejercicio de la ciudadanía. Ante mis padres soy hijo, ante el Estado ciudadano (Varsi, 2001, p. 176).

2. Dignidad: la igualdad substancial, materializa la dignidad de la persona humana quien in limine es lo que necesita. Rolf Madaleno considera que dentro de este principio debemos considerar la nueva dimensión social y jurídica, inclusive, la nueva concepción cultural a fin de amparar – al menos por ahora la versión doctrinal y jurisprudencia – la filiación por afección, la denominada filiación socioafectiva, no solo la verdad biológica (Varsi, 2001, p.176).

La Unidad en la filiación es elemental. Se sustenta en el respeto y máxima consideración que merece el ser humano y en la igualdad y dignidad que goza el mismo, estableciéndose que el hecho de la generación de vida es uno solo y que, como tal, la filiación presenta la misma característica –Unidad- por lo que los distingos y diferenciaciones se condicen con la esencia propia de esta relación jurídica familiar (Varsi, 2001, p.176).

c) Cosa Juzgada y los Procesos de Filiación: el proceso de estado de filial, para su eficaz funcionamiento y efectividad, requiere la concreción de normas particulares que se agrupen en un cuerpo orgánico denominado Derecho Procesal Familiar, siendo una de sus principales características los efectos particulares de la cosa juzgada en materia de filiación la denominada relativización de la cosa juzgada (Varsi, 2001, p. 179).

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

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

grupo familiar (socio) en el que se crean relaciones sentimentales (afectividad)
(Varsi, 2001, p. 181).

La paternidad socioafectiva es la regla en tanto que la biológica o la no biológica son el complemento que podrán ser determinadas a falta de la primera, no pudiendo nunca ser enfrentadas. Sustentada en una posesión de estado, la paternidad se basa modernamente en el afecto y no puede ser contradicha en mérito de la verdad real que la sostiene, reafirmandose el principio de inmodificabilidad del estado de filiación (Varsi, 2001, p. 183).

e) Investigación de la Paternidad: en lo que respecta al derecho a la investigación de la paternidad consideramos que ha sido elevado a la categoría de Principio cuando el Estado asume su rol promocional. Aparte de ello, su reconocimiento en el Derecho comparado es uniforme y cada vez va teniendo mayor trascendencia (Varsi, 2001, p. 1).

La ley forja el derecho de toda persona de contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar de que la investigación del nexo filial está amparada en normas especiales como el Código Civil, el Código de los Niños y Adolescentes (y en algunos países en el Código de Familia) y leyes especiales su reconocimiento constitucional es imprescindible pues fortalece el principio de Protección de la familia (Varsi, 2001, p. 185).

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

Varsi (2001), consideran certeramente que la filiación es un mecanismo de formación de los núcleos familiares y, por consiguiente, uno de los mecanismos de

realización de la personalidad humana, un instrumento garantizador para su desenvolvimiento, una forma segura de hablar de realización plena y valorización de la persona humana. La eliminación de las fronteras trazadas por el sistema filiatorio clásico abre paso a un Derecho de familia contemporáneo, trayendo consigo la necesidad universal de garantizar el desenvolvimiento de la personalidad humana (p. 187).

g) Inmutabilidad del Vínculo Biológica y Mutabilidad de la Relación

Filiatoria: la sangre es invariable. Es la relación jurídica, que en torno a ella se establece, la que puede ser variada, cambiada o sustituida.

Varsi (2001) “a lo que se acaba de desarrollar, se concluye acerca de la imposibilidad de lograr en todos los casos, la coincidencia entre el hecho biológico de la procreación y el vínculo jurídico atribuido por la ley, el hecho biológico no sufre modificación alguna cualquiera haya sido la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción del hijo. En cambio, no sucede así, con el vínculo jurídico: es por esencia variable (p. 190).

2.5.2 Derecho a la identidad:

Cada persona, es idéntica a sí misma, no obstante que todos los seres humanos son iguales, la igualdad radica en que todas las personas, por ser tales, comparten la misma estructura existencial en cuanto son “una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”. Es la libertad la que, al desencadenar un continuo proceso existencial auto creativo, hace posible el que cada persona desarrolle - dentro de las opciones que le ofrece su mundo interior y su circunstancia - su “propio” proyecto de vida, adquiera una cierta personalidad, logrando así configurar “su” identidad. La identidad es, precisamente, lo que diferencia a cada

persona de los demás seres humanos, no obstante ser estructuralmente igual a todos ellos, es, pues, el derecho a ser “uno mismo y no otro”. (Fernández, 2005, p.18)

Uno de los grandes misterios de la vida es el que siendo todas las personas estructuralmente iguales no existan dos idénticas. Es decir, que posean la misma biografía, así como el mismo código genético. Cada persona, en tanto libre, elabora su propio “proyecto de vida” y tiende a realizarlo, no obstante, los condicionamientos y determinismos que le son adversos. El “proyecto de vida” es personal, único, irreplicable, intransferible, por lo que su realización configura una determinada personalidad que es la manera cómo la persona aparece y se presenta en el mundo frente a los demás seres, con sus propias características psicológicas, con su propia escala de valores (Fernández, 2005, p. 18).

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

La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos que pueden responder a elementos de

carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inediatista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas (Fernández, 2005, p. 23).

La identidad del ser humano consigo mismo hace que cada persona sea “ella misma y no otra”. La identidad, como apunta Fromm, es la experiencia que permite a cada persona decir soy “yo”. Es decir, “yo soy el que soy y no otro”. La singularidad o mismidad de cada persona determina el que cada una posea su “propia verdad personal”. Se “es como se es”, con atributos, calidades, virtudes, defectos, vicios, perfil psicológico, características, apariencia exterior, nombre, ideología, profesión, creencias filosóficas y religiosas, convicciones políticas, conductas o acciones que corresponden exclusivamente a cada cual, deméritos. Cada persona posee su propio pasado y su personal proyecto de vida enderezado al futuro (Fernández, 2005, p. 24).

Cada persona tiene el derecho a su identidad, es decir, a exigir que se respete su “verdad personal”, que se le represente fielmente, que se le reconozca como “ella misma”, que se le conozca y defina sin alteraciones o desfiguraciones. Correlativo a este derecho se encuentra el deber de los “otros” de reconocer a la persona “tal cual es”. Ello significa que nadie puede desnaturalizar o deformar la identidad, atribuyendo a la persona calidades, atributos, defectos, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le son propios ni negar su patrimonio ideológico-cultural, sus comportamientos, sus pensamientos o actitudes (Fernández, 2005, p. 25).

La identidad, constituyendo un concepto unitario, posee una doble vertiente. De un lado, aquella estática, la que no cambia con el transcurrir del tiempo. La otra dinámica, varía según la evolución personal y la maduración de la persona. La primera de ellas, la estática, ha sido la única que se consideró jurídicamente, hasta no hace mucho, como la identidad personal (Fernández, 2005, p. 26).

Sin embargo, cabe destacar que el conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal, debe destacarse que el dato biológico es la identidad de éste y luego requiere desarrollar vida social (lo que en la doctrina se denomina identidad estática, a la primera y dinámica a la segunda) (Fernández, 2005, p. 27).

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

“Toda persona tiene derecho: inciso 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar...” y explicitado en uno de sus aspectos en el inciso 19 “Toda persona tiene derecho a su identidad

étnica y cultural”. Es en el Código de los Niños y Adolescentes donde encontramos un desarrollo más extenso de la norma sobre derecho a la identidad, en su artículo 6° “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a llevar sus apellidos. Tienen también el derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso que se produjera dicha alteración, sustitución o privación el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos (Fernández, 2005, p. 13).

Ahora bien, a pesar de la amplia fórmula mediante la cual se reconoce de manera expresa el derecho a la identidad como derecho fundamental, podría discutirse si es que actualmente en el ordenamiento jurídico peruano viene otorgándose una protección procesal suficiente a ese derecho.

Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3°, que dispone que “La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)” (Fernández, 2005, p. 28).

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

Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanen todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)”, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” sino que “(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana” (Fernández, 2005, p. 29).

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

Así, dada la esencial correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana, en el caso de autos, supone otorgar un contenido al derecho a la identidad

personal demandado, en tanto elemento esencial para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, garantizar una vida digna (Fernández, 2005, p. 29).

Por tal razón, la identidad personal constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana, siendo ésta, de acuerdo a lo establecido en nuestra Constitución Política del Perú, no sólo el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Fernández, 2005, p. 30).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que “la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía. Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc. – ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano pre jurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano.

Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, en primer lugar, que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que le es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista (Fernández, 2005, p. 31).

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, como no podría ser de otro modo, también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica (a mayor abundamiento, *mutatis mutandi*, el derecho al debido proceso en su origen se encontró determinado por una diversidad de objetivos, tales como la garantías de libertad personal, seguridad jurídica, razonabilidad, motivación de las resoluciones, entre otros, los cuales progresivamente pasaron a conformar su contenido esencial constitucionalmente protegido) (Fernández, 2005, p. 32).

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

a) Identidad Biológica:

Varsi (2013), se tiene que “el ser humano es un conjunto celular y genómico. La información contenida en el núcleo de la célula se conforma a partir de las características de los progenitores (p. 105).

En el núcleo celular se halla el patrón o huella genética que tiene todo ser viviente. En el caso del ser humano surge en el momento de la concepción cuando el núcleo del espermatozoide intercambia su información genética con el núcleo del óvulo (singamia). Esta huella o pauta genética, insistimos, es el resumen de la información aportada por los progenitores del procreado, de allí la posibilidad de determinar con certeza el origen biológico de la filiación. De esto se deduce que desde la concepción el ser humano tiene una determinada identidad” (Varsi, 2013, p. 105).

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

La huella genética y el genoma son parte del derecho a la identidad genética, teniendo una estrecha vinculación con el derecho a la integridad (al trabajar con elementos biogénicos), a la dignidad (correcta aplicación y uso), a la libertad (autodeterminación de someterse o no a las pruebas) y a la intimidad (la información obtenida es individual y privada) (Varsi, 2013, p. 106).

Asimismo, tenemos lo opinado por Varsi (2013), quien propone que el derecho a la identidad personal se desdobra en dos facultades especiales:

1. El derecho a la propia herencia genética, que se vulnera a través de la manipulación genética al variarse la información natural del ser humano (Varsi, 2013, p. 107).

2. El derecho al propio “hábitat” natural que le proporcionan sus progenitores, se ve afectado cuando se aísla o aparta al concebido del medio que le es propio, situándolo en otro distinto, sea en la etapa pre o post natal (Varsi, 2013, p. 107).

El derecho a conocer el propio origen biológico no es un derecho expreso en la Constitución, pero podríamos decir que está reconocido tácitamente con la dignidad e identidad, en base al artículo 3 (derechos implícitos o no enumerados), que es una cláusula general abierta a través de la cual el ordenamiento jurídico tutela a la persona también en supuestos no típicamente establecidos, cuando así lo entiende o exige la sociedad. Los fundamentos que dentro de esta clase de derecho a la identidad se sitúa la posibilidad científica de indagar y afirmar la paternidad o maternidad, a través de las pruebas biogénicas determinan la existencia de este derecho están íntimamente relacionados con el derecho a conocer la identidad del progenitor o el derecho a conocer a sus padres (Varsi, 2013, p. 108).

El niño tiene el derecho a saber quién es su padre biológico, esta es la tendencia del derecho comparado como Australia, Austria, Alemania, Suecia y Suiza; en posición contraria está España, Gran Bretaña y Francia.

Entonces, se puede decir que todo ser humano, tiene derecho a conocer sus orígenes, pues, el conocer el origen personal no implica necesariamente la transformación del vínculo filiatorio, la relación paterno o materno filial se construye a diario, el vínculo biológico no agota esta relación. Lo que prevalece es saber de

dónde uno proviene, para así poder desarrollarse a plenitud con todos los derechos reconocidos (Varsi, 2013, p. 109).

El ser humano tiene una determinada identidad, innata, irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte. (Zannoni, 1997, p. 75)

Según Zannoni (1997), en el derecho a conocer el propio origen biológico existe una relación entre la identidad personal y la realidad biológica mediante la cual un sujeto encuentra su pertenencia a una familia y obtiene el emplazamiento de su estado que, de acuerdo a su origen biológico, le corresponde (p. 76).

2.5.3 El Derecho de Defensa:

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

Para el profesor Ticona. (1999), también forma parte de los elementos o facetas del debido proceso, la defensa y asistencia de letrado, el derecho a ser informado de la acusación o pretensión formulada, el uso del propio idioma. La publicidad del proceso, su duración razonable, entre otros (p. 99).

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

demandado, sería el derecho que tiene que para acceder al órgano jurisdiccional (Ticona, 1999, p. 99).

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

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

En cualquier proceso las partes pueden disfrutar del derecho de alegar y probar contradictoriamente y en condición de igualdad, de tal forma que si esa posibilidad es negada, se considerará que no ha existido verdadera tutela judicial y se infringirá ese derecho fundamental. Finalmente se puede decir, que el derecho de defensa está incluido plenamente en el de tutela, como una parte del mismo (Chamorro, 1994, p. 124).

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

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

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

2.5.5 Derecho A la Tutela Jurisdiccional Efectiva

2.5.5.1 Antecedentes y Concepto:

El proceso es un instrumento de tutela del Derecho, de modo que, si se desnaturaliza por violación de sus formas esenciales, el instrumento de tutela falla y con él sucumbe inexorablemente el derecho de los justiciables; existe entonces, la necesidad de cuidar el normal desarrollo del proceso.

Obando (2001), al abordar el concepto de la Tutela Jurisdiccional Efectiva que, “la tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales para evitar que el legislador ordinario instituya leyes procesales de modo tan irrazonables que, debido a bruscos cambios de la coyuntura política, virtualmente impida a las partes la defensa de sus derechos y a los jueces el cumplimiento de su función jurisdiccional” (p. 65).

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

Recogiendo el concepto de Obando (2001), diremos que el Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso con mínimas garantías. Se llama proceso

debido a aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por la garantía del Juez natural (p. 67).

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

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional Español, la tutela judicial efectiva, en sentido estricto, es decir, la que recoge el artículo 24.1 CE, es tan sólo, en una primera aproximación, el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos judiciales. Consecuentemente, los derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva, sólo se infringirán si: a) se niega u obstaculiza gravemente a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los Jueces y Tribunales; b) se le produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión; c) no obtiene una resolución razonable y fundada en Derecho; d) la resolución obtenida no es efectiva (Chamorro, 1994, p. 17).

La violación de los derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva puede producirse de múltiples formas, pero siempre deberá afectar a alguno de los cuatro puntos señalados. Todas las demás infracciones o serán incumplimientos de legalidad ordinaria o, en su caso, serán incumplimientos de otras

concretas garantías procesales, pero no derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (Chamorro, 1994, p. 17).

Según Obando (2001), se tiene que: “Según constante doctrina constitucional, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se configura, fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables. Ese derecho fundamental (a la tutela judicial efectiva) tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales una respuesta (seria, plena, razonada, cabalmente motivada) a las pretensiones planteadas, y no manifiestamente arbitraria, ni irrazonable” (p. 71).

Asimismo, se tiene que el maestro español catedrático de la Universidad de Valencia, Juan Montero Aroca citado por -Obando Blanco, Víctor Roberto-44, sostiene que puede entenderse que el derecho de acción y el derecho de contradicción son expresiones del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque posiblemente sea más claro sostener que el derecho de acción, en tanto que derecho a la tutela judicial, es bilateral, esto es, corresponde tanto a quien pide como a quien contra se pide (sic), es decir, tanto al demandante como al demandado (Obando, 2001, p. 77).

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

La independencia y la imparcialidad del juzgador no sólo constituyen principios y garantías de la administración de justicia, sino también una garantía para quienes acuden a los órganos jurisdiccionales en busca de justicia. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo en una anterior oportunidad, que “Debe tomarse en cuenta que si bien, prima facie, la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta Administración de Justicia, estas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión”.

Ello coincide con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 8.1 dispone que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.... Por ello, cuando se vulneran principios como la independencia o imparcialidad del juzgador, también se afecta el derecho a un juez independiente e imparcial y consecuentemente, la tutela jurisdiccional efectiva”.

Al respecto, es de recordar el fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 03843-2008-PA/TC,⁴⁷ que expuso: “el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, que garantiza la potestad de acceder a los órganos jurisdiccionales para solicitar se resuelva un conflicto de intereses o una situación jurídica, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva consagrados en el artículo 139° inciso 3) de la Constitución; por ello, todo mecanismo que dificulte su acceso se convierte en un obstáculo para su plena vigencia”.

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

Finalmente, para Bustamante (2001), la tutela jurisdiccional efectiva, es el derecho de todo sujeto de derecho que le permite exigir a los órganos jurisdiccionales del Estado o de la comunidad internacional (en los temas que son de su competencia) que hagan efectiva su función jurisdiccional; es decir, que ejerzan jurisdicción eficaz y oportuna a través de un proceso, mas no de un procedimiento, pues sólo en el primero se puede hablar propiamente del ejercicio de la jurisdicción o, si se prefiere, de la función jurisdiccional. Pese a ello, debemos indicar que la doctrina suele identificar el debido proceso con el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva (p. 48).

2.5.5.2 Manifestaciones:

a) Acceso a la Jurisdicción:

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

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia implícitamente con el texto de 1979. Alude a un derecho instrumental que realiza la defensa de los intereses legítimos de una persona, en el contexto de una sociedad política que proscribe la justicia por propia decisión; y, que, por ende, requiere de investir al ciudadano del derecho de acción.

García (2008), señala que “la actividad de dirimir conflictos y decidir sobre las controversias es uno de los fines del Estado. Sin esta función el Estado no se concibe como tal”. De allí que, frente al deber institucional del Estado de establecer la jurisdicción, aparezca como correlato el derecho de acceder a ella; vale decir, que la obligación de implementar un servicio de administración de justicia tiene su contrapartida en el atributo personal de exigirlo en un caso particular y concreto (p. 75).

García (2008), consigna que el derecho de acceso a la jurisdicción “tiene un doble propósito; por un lado, busca el efectivo restablecimiento de aquellos derechos que han sido desconocidos o vulnerados arbitrariamente; por otro, asegura la vigencia de la paz social que podría verse afectada ante la necesidad de hacerse justicia por las propias manos” (p. 76).

Asimismo, tenemos que, para la Constitución Española, la libertad de acceso a la jurisdicción recogida en su artículo 24.1, es la plasmación de un derecho ya reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El libre acceso a la jurisdicción, es decir, a esa determinación irrevocable del derecho en un caso concreto – monopolio de los órganos judiciales, según el art. 117.3 CE- es la

primera consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva y el paso previo y necesario para la prestación jurisdiccional.

No se puede obtener la prestación jurisdiccional, la resolución que pone fin a la controversia, si por algún motivo no es posible acceder primero a los Jueces y Tribunales, acceso que, por tanto, es considerado por el TC como el primer escalón en el ejercicio del derecho a la prestación judicial.

El derecho de libre acceso a la jurisdicción corresponde a toda persona física o jurídica, privada o pública, española o extranjera, a quienes el ordenamiento jurídico reconozca capacidad para ser parte en un proceso (García, 2008, p. 78).

Una vez reconocido el acceso a la jurisdicción, la siguiente garantía comprendida en el derecho a la tutela judicial efectiva es la del acceso al proceso o procesos judiciales que se hallen establecidos por la ley para que, a través de él, el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada por el ciudadano. Tal derecho, como el de tutela en general, es un derecho de configuración legal. En efecto, el proceso es el camino necesario y obligado para obtener una resolución jurisdiccional, de tal forma que, si el órgano judicial prescinde totalmente de él, ello comporta ya una denegación de tutela judicial efectiva.

b) Derecho a Obtener Resoluciones Fundadas en Derecho:

García (2008), es la potestad de exigir al órgano jurisdiccional, la expedición de una resolución con argumentos de hecho y derecho destinadas a pronunciarse sobre la pretensión contenida en una demanda, denuncia, queja, etc. En ese contexto operan para el órgano jurisdiccional dos condicionantes: la primera, referida a la inexcusable obligación de resolver la causa de manera fundamentada con sujeción a las circunstancias de hecho y a las consideraciones jurídicas para estimar o

desestimar la pretensión planteada; la segunda, referida a la sujeción de la satisfacción del principio de congruencia que consiste en la verificación de la identidad jurídica entre lo resuelto por la judicatura y la pretensión planteada por los justiciables (p. 79).

Asimismo, se tiene para Chamorro (1994), que la fundamentación es inherente a la idea de Sentencia, así como al carácter público del proceso y comporta que la resolución dictada por el órgano jurisdiccional se base en ley adecuada al caso y no contenga elementos arbitrarios o irracionales, siendo arbitraria una resolución cuando carece de motivación o la misma es ajena al ordenamiento jurídico. La fundamentación, aunque distinta, está íntimamente relacionada con la motivación. Si no hay motivación, por definición, tampoco puede haber fundamentación, pero aun existiendo motivación, puede no existir fundamentación ya que ésta representa un plus sobre aquélla (p. 18).

Dicha facultad del justiciable se expresa en la potestad de exigir al órgano jurisdiccional, la expedición de una resolución con argumentos de hecho y derecho destinado a pronunciarse sobre la pretensión contenida en una demanda, denuncia, queja, etc (Chamorro, 1994, p. 19).

En ese contexto operan para el órgano jurisdiccional dos condiciones: la primera, referida a la inexcusable obligación de resolver la causa de manera fundamentada con sujeción a las circunstancias de hecho y a las consideraciones jurídicas para estimar o desestimar la pretensión planteada; la segunda, referida a la sujeción de la satisfacción del principio de congruencia que consiste en la verificación de la identidad jurídica entre lo resuelto por la judicatura y la pretensión planteada por los justiciables (Chamorro, 1994, p. 19).

La motivación adecuada irradia su eficacia a todo el ordenamiento jurídico político en general. Es decir, se exige que cualquier acto, norma o decisión por el que se limite o regule el ejercicio de un derecho fundamental, se resuelva un conflicto, se imponga una sanción, o se levante una incertidumbre jurídica en general, vaya acompañada de una motivación que exponga en forma clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que justifican la limitación o la regulación, de tal forma que los destinatarios conozcan las razones y los intereses por las que su derecho se sacrificó y estén en aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho.

c) El Debido Proceso:

Es el conjunto de derechos, principios y garantías que permiten que la tutela procesal de los derechos fundamentales de la persona sea realmente efectiva durante el desarrollo de un proceso o procedimiento; vale decir, entre la etapa que transcurre desde la admisión a trámite de la demanda planteada, por o contra un justiciable y la decisión jurisdiccional. Por ende, tiene por objetivo la salvaguarda de los referidos derechos durante la tramitación de un proceso o procedimiento; sea este de naturaleza judicial, administrativa, u otro (García, 2008, p. 232).

En consecuencia, se acredita la violación del debido proceso cuando se impide, limita o desconoce algún derecho, principio o garantía de naturaleza procesal que se encuentra reconocida por la Constitución o los tratados internacionales de los que el Estado es parte. La referida infracción debe ser producida por un agente jurisdiccional al interior de un proceso o procedimiento a su cargo (García, 2008, p. 232).

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

Para que pueda hablarse de proceso debido, debe existir primero algo que pueda denominarse un proceso y el proceso existe cuando se da un debate contradictorio, en condiciones de igualdad, que es resuelto por un órgano imparcial. Pues bien, la existencia de ese núcleo básico de todo proceso lo garantiza el artículo 24.1 y las eventuales garantías adicionales a ese proceso (García, 2008, p. 233).

Es un derecho humano o fundamental que tiene toda persona y que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente, pues, el Estado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanentemente a un sistema judicial imparcial (Ticona, 1999, p. 8).

Se puede concluir diciendo que el debido proceso, es aquel derecho fundamental a la justicia a través del proceso y también del procedimiento; es decir, como el derecho de todo sujeto de derecho a un proceso o procedimiento en donde su inicio, desarrollo y conclusión, así como las decisiones que en ellos se emitan, sean justos. Se trata de un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento,

o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo el Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos (Bustamante, 2001, p. 48).

Así también se debe tener en cuenta el derecho a tener oportunidad probatoria, siendo este un derecho de carácter procesal que integra el derecho fundamental a un debido proceso, pues éste es un derecho complejo que está conformado por un conjunto de derechos destinados a asegurar que el inicio, desarrollo y conclusión de un proceso o procedimiento, así como las decisiones que en ellos se emitan, sean objetiva y materialmente justas. El derecho a la prueba se presenta como uno de los elementos esenciales que configura un debido proceso, de tal suerte que allí donde no exista o no tenga una vigencia real o efectiva no habrá proceso o procedimiento justo (García, 2008, p. 235).

d) Efectividad de las Decisiones Judiciales:

La doctrina no ha tratado de forma sistemática la característica de la efectividad del derecho a la tutela y cuando lo ha hecho, normalmente, la ha analizado desde un punto de vista material que no casa con los caracteres predominantemente formales de los derechos y garantías constitucionalizados en el art. 24.1 CE.⁶¹ La efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela judicial puesto que, como ha reiterado el TC, una tutela que no fuera efectiva, por definición no sería tutela. De nada servirían al ciudadano unas excelentes resoluciones judiciales que no se llevaran a la práctica (Chamorro, 1994, p. 275).

Sin embargo, precisamente por ser consustancial a la tutela, el derecho a la efectividad forma parte de ese conjunto de garantías y derechos que integran la compleja institución jurídica de la tutela judicial, es decir, el derecho a la efectividad de la tutela judicial, además de constituir un principio inspirador de ésta, es también

un derecho fundamental derivado del art. 24.1 CE, de la misma forma que para el TC del derecho a la ejecución de las Sentencias es el componente más importante de la efectividad (Chamorro, 1994, p. 275).

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

2.6 HIPÓTESIS

Las Razones Jurídicas que determina que la aplicación de la Ley N° 28457 “Ley de Filiación de Paternidad Extrajudicial” vulnera el derecho de defensa del demandado son:

- No se le otorga un plazo razonable al demandado para plantear su oposición generando la vulneración del Derecho de defensa.
- La oposición requiere de requisitos muy específicos como la prueba de ADN generando la vulneración del Derecho de defensa.
- La falta de recursos económicos del demandado para poder plantear su oposición, generando la vulneración del Derecho de defensa.
- La mala notificación o la notificación defectuosa vulnera el derecho de defensa.

CAPITULO III

3. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Enfoque

Es cualitativo, porque se centra determinar las Razones Jurídicas por las que se vulnera el derecho de Defensa en la aplicación de Ley N° 28457 “Ley de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, debido a que, este enfoque realiza la recolección de datos para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 7).

En el presente trabajo de investigación se optó por este enfoque, ya que se utiliza una hoja de recojo de datos.

3.2 Tipo de Investigación

Es *básica*, de *lege data* porque busca interpretar y proponer soluciones dentro de un ordenamiento jurídico (Sánchez Zorrilla, Tantaleán Odar, & Coba Uriarte, 2016, p. 12); es decir, exponer razones Jurídicas por las que se vulnera el derecho de Defensa en la aplicación de Ley N° 28457 “Ley de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”.

3.3. Diseño de investigación

El diseño que presenta la investigación es no experimental “ya que no se manipula ninguna variable” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 9).

El diseño no experimental permite hacer descripciones del fenómeno en base a datos u observaciones, pero sin llegar a manipular o cambiar la realidad de los hechos; en esta investigación se limitará a analizar todo lo referente a la vulneración del derecho de defensa en la aplicación de la ley de filiación.

3.4. Área de investigación:

La investigación se encuentra dentro del área de Ciencias jurídicas civiles donde hallamos la línea de investigación de la regulación civil, la cual evalúa la legislación vigente, su posibilidad de actuación y la optimización de criterios sustantivos y procesales en el área de personas específicamente en el derecho de personas.

3.5 Dimensión temporal o espacial

La dimensión que tiene es transversal debido a que se centra en un punto único ya que en este caso se encuentra delimitada por todo lo referente a la aplicación de la ley de filiación como vulnerador del derecho defensa; por la cual no es necesario proyectarse a otras épocas.

3.6. Unidad de análisis, población y muestra

Atendiendo a que estamos ante un trabajo de investigación eminentemente dogmático, nuestra unidad de análisis se encuentra circunscrita al marco normativo, doctrinario – jurisprudencial nacional e internacional, en torno al testamento Mancomunado de las comunidades autónomas de España (Witker, 1995, p. 65).

3.7. MÉTODO

Los métodos de investigación que se utilizaran en el presente trabajo corresponden a los métodos jurídicos que son el método dogmático y hermenéutico (Coba, Sánchez y Tantaleán, 2013, p. 13).

3.7.1 Dogmática Jurídica

A partir de la interpretación de las normas jurídicas que regulan el derecho de familia y el derecho civil, utilizando la lógica, la argumentación jurídica y la abstracción, se extrajo el contenido y se pudo explicar la vulneración del principio de igualdad de partes dentro de los procesos de Filiación (Ramos Nuñez, 2005, p. 103).

Ante ello en el presente trabajo de investigación se hizo uso del método dogmático jurídico, pues lo que busca es que la interpretación del texto normativo.

3.7.2 Hermenéutica jurídica

Teniendo en cuenta que, a fin de contrastar la hipótesis la presente investigación se realiza aplicando criterios y concepciones que surgen al ordenamiento jurídico, puesto que se tendrá en cuenta la vulneración del derecho defensa en la aplicación de la ley de filiación, así como las diversas concepciones doctrinarias que rodean el problema jurídico la vulneración del derecho de defensa. “Es por ello que la hermenéutica jurídica se ocupa de establecer los principios elaborados doctrinalmente y jurisprudencialmente, para que el intérprete pueda efectuar una adecuada interpretación de las normas jurídica” (Lozano, 2013, p. 15).

3.8 Técnicas de investigación

3.8.1. Observación documental

La investigación será a partir del análisis de las fuentes documentales. Mediante esta técnica se iniciará la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que son de interés para la investigación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 418).

3.9. Instrumentos

3.9.1. Fichas de observación documental

Nos permite recolectar datos sobre las variables a investigar.

3.9.2 Fichas bibliográficas

Este instrumento resulta ser válido para las dos técnicas expuestas anteriormente, pues debido a que la investigación es teórica, la recopilación y análisis de doctrina es de vital importancia, por lo que el uso de este instrumento es imprescindible para ordenar y analizar la información.

3.10. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

La principal limitación de la investigación fue la selección del tema debido a la coyuntura actual que vivimos a la vez no es tan accesible los expedientes y otros documentos que requieran otro tipo de investigaciones respecto de los juzgados; pero consideramos posible realizar tal investigación.

CAPITULO IV

La presente investigación se abordó desde una perspectiva dogmática un tema tan importante dentro del mundo del derecho relacionado a la vulneración del derecho de defensa del demandado en la aplicación de la ley 28457 “Ley de filiación Judicial de paternidad extramatrimonial”, buscando las razones para identificar la

vulneración de este derecho tan importante. En este sentido, se buscó entender que la investigación tiene una clara connotación jurídica, y social.

RAZONES JURÍDICAS QUE DETERMINAN LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL DEMANDADO EN LA APLICACIÓN DE LEY N° 28457 “LEY DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.

4.1 No se le otorga un plazo razonable al demandado en el proceso de filiación generando la vulneración del Derecho de defensa.

4.1.1 El plazo razonable como garantía judicial: garantía convencional.

A) Debido Proceso.

El debido proceso es un derecho fundamental de carácter instrumental, continente de numerosas garantías y principios previstos por los Tratados Internacionales, la Constitución y las leyes específicas que toda persona tiene a un justo, normal, pronto y razonable actuación administrativa y/o judicial a efectos de restituir derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. El debido proceso debe ajustarse al principio de juridicidad propio del Estado de Constitucional de Derecho y debe excluir, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem (Cusi, 1978, p. 44).

B) Plazo Razonable:

García. (2002) La teoría y la práctica del acceso a la justicia quedan oscurecidas cuando entra en la escena la máxima “justicia retrasada es justicia denegada”. Un problema mayor en el acceso a la justicia reside en la generalizada tardanza en alcanzar la solución de la controversia por la vía

procesal. Esto gravita negativamente sobre la impresión que se tiene de la justicia y la confianza que en ella se deposita. Para el principio de celeridad procesal, reviste importancia capital el concepto de plazo razonable, que se aplica a la solución jurisdiccional de una controversia (lo que a su vez significa que haya razonabilidad en el trámite y la conclusión de las diversas etapas del procedimiento que llevarán a la sentencia definitiva) (p. 133).

En tal sentido, la excesiva duración de los litigios constituye uno de los mayores y más viejos males de la administración de justicia.

El concepto de plazo razonable se aplica tanto a la solución jurisdiccional de una controversia, como a la diligencia en la ejecución de los fallos judiciales, que son el eslabón final de la cadena que principia y se desarrolla en el proceso. Es decir, que es determinante la aplicación del plazo razonable en el proceso administrativo y/o judicial a efectos de una oportuna salida del proceso y la restitución de los derechos vulnerados (García, 2002, p. 134).

C) Concepto de plazo justo y razonable:

El plazo justo y razonable, es un derecho fundamental y una garantía primigenia que asiste a las partes del proceso antes, durante e incluso después de un proceso. En la actividad procesal y/o administrativa el término inicial y término final deben implicar un plazo justo y razonable a efectos de que él, juez o tribunal determine la razonabilidad en el trámite y la conclusión de las diversas etapas del procedimiento que llevarán a la Sentencia definitiva y su ejecución (García, 2002, p. 137).

La garantía judicial del plazo razonable constituye un presupuesto imprescindible del debido proceso a efectos de obtener de la sede judicial y/o

administrativa una pronta y justa respuesta y/o resolución, así como en su ejecución. El plazo razonable y justo, determina que las víctimas e interesados obtengan una efectiva y pronta solución a las pretensiones conforme a los términos judiciales y/o presupuestos legales que sean aplicables al caso concreto sin dilaciones injustificadas por las autoridades competentes que asumieron la causa o trámite (García, 2002, p. 137).

La vulneración *ut supra*, constituye una grave falta a esta garantía judicial establecido en el ordenamiento jurídico aplicable, por lo tanto, una violación a este Derecho fundamental accionado por el juez o tribunal en aplicación del plazo razonable durante desarrollo del proceso y después de ella (ejecución de la Sentencia), lleva consigo una responsabilidad, asimismo, los interesados también suelen infringir este derecho fundamental, cuando lo hacen de mala fe deben ser sancionados. Ambos responsables por dilatar el normal y justo desarrollo del proceso, deben ser responsables y sancionados conforme Ley (García, 2002, p. 138).

D) Garantía Convencional

El Sistema Interamericano de Protección conforme ciñen los artículos 7.5 y 8.1 de la CADH, refuerzan y garantizan el plazo razonable, cada artículo refleja un sentido particular. El Primero, determina la protección del derecho a la libertad personal y el Segundo, establece las garantías judiciales en el marco del debido proceso. Asimismo, la CADH en el artículo 25.1 y 25.2.c determina recursos de protección judicial, en definitiva, es precisa en señalar que la vulneración a las garantías judiciales establecidas en las CADH constituyen una violación a los derechos fundamentales. “Garantías judiciales en estados de emergencia (Artículos 8, 25 y 27.2 de la CADH)” (Bolaños, 2014, p. 81).

La jurisprudencia interamericana ha perfilado cuatro criterios que sirven para orientar la interpretación de lo “razonable” del plazo razonable, para sostener sobre lo irrazonable en los trámites administrativos y/o jurisdiccionales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) examinó los siguientes criterios: “Primero, debe ser un caso con alta complejidad en la resolución del asunto, incluso en una necesidad justificada y razonable en un mero trámite que constituye el inicio o el intermedio en el proceso ; Segundo, la actividad procesal del interesado, Tercero, la conducta de las autoridades estatales; y Cuarto, la afectación generada por la duración del proceso en la situación jurídica de la persona involucrada” (Bolaños, 2014, p. 84).

Los primeros tres criterios fueron recogidos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o “Tribunal de Estrasburgo” (TEDH) por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a partir del Caso: Genie Lacayo vs. Nicaragua y, en cuanto al cuarto elemento, su inclusión fue dada a partir del Caso: Valle Jaramillo vs. Colombia, cuya aceptación por la jurisprudencia del tribunal interamericano (Bolaños, 2014, p. 87).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que la evaluación del plazo razonable debe ser analizado “en cada caso concreto”, en relación con la duración total del proceso, lo cual podría también incluir la ejecución de la sentencia definitiva. De esta manera, ha considerado cuatro elementos para garantizar el plazo razonable, a saber: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso (Bolaños, 2014, p. 89).

E) Complejidad del asunto

Se puede establecer diversos criterios para determinar la complejidad de un asunto concreto, como “la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la violación, las características del recurso consagradas en la legislación interna y el contexto en el que ocurrió la violación” (...)

F) Actividad procesal de los interesados.

Para determinar la razonabilidad del plazo, la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso (...).

G) Actuación de las autoridades judiciales.

Las autoridades judiciales deben dar cumplimiento a las prestaciones ordenadas por las partes en el proceso conforme los principios de legalidad, celeridad, igualdad procesal, eventualidad, probidad e impulso procesal, (conforme establece el ordenamiento jurídico aplicable). El juez o tribunal no debe dilatar el proceso. Pues el juez que prolongue irracionalmente el proceso, es sujeto de responsabilidad (ver, ut infra el subtítulo, No. Se habla de la pertinencia del juez en el trámite jurisdiccional).

H) Afectación generada.

La Corte IDH, manifiesta que, “La razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta en la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, considerando, entre otros elementos, la materia de

la controversia. A este efecto, si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento se desarrolle con mayor prontitud a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve” (Bolaños, 2014, p. 92).

I) Instrumentos internacionales que garantizan la protección del derecho al plazo razonable:

El derecho fundamental al plazo razonable ha sido consagrado en el Sistema Interamericano, Europeo y por lo tanto, en el Sistema Universal a través de los siguientes instrumentos internacionales:

- El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH):

Artículo 6.1.- “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella” (Bolaños, 2014, p.95).

4.1.2 Fundamentación de la Razón Jurídica

1) Líneas arriba se manifestó sobre la importancia de este Derecho fundamental que forma parte de la Garantía del Debido Proceso, Consideramos al plazo razonable como un derecho fundamental que garantiza el debido proceso y el derecho de defensa, vinculándolo directamente con la ley 28457 “Ley de Filiación

judicial de Paternidad Extramatrimonial” podemos afirmar la ley en su “Artículo 1.- Demanda, acumulación de pretensiones y juez competente:

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juzgado de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. En este mismo proceso podrá acumularse como pretensión accesoria, la fijación de una pensión alimentaria, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 85 del Código Procesal Civil. En este caso, el juzgado correrá traslado al emplazado de la pretensión de declaratoria de paternidad extramatrimonial y de la pretensión de alimentos.

El emplazado tiene un plazo no mayor a diez días de haber sido notificado válidamente para oponerse a la declaratoria de paternidad extramatrimonial y absolver el traslado de la pretensión de alimentos sujetándose a lo establecido en el artículo 565 del Código Procesal Civil. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el juzgado declara la paternidad extramatrimonial y dictará sentencia pronunciándose además sobre la pretensión de alimentos.

En el segundo párrafo de este artículo menciona que el emplazado tiene un plazo no mayor a 10 días para plantear su oposición, tiempo en cual no lo consideramos un plazo razonable debido a que se trata de un tema muy delicado como lo es asumir la paternidad de un menor, situación para la cual debe ampliarse el plazo , en razón a dar lugar a la defensa del demandado con el fin que pueda fundamentar su oposición ; otro punto que debe tenerse en cuenta para el plazo razonable es que debe considerarse un tema complejo debido a que “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha señalado que la evaluación

del plazo razonable debe ser analizado “en cada caso concreto”, en relación con la duración total del proceso, lo cual podría también incluir la ejecución de la sentencia definitiva. De esta manera, ha considerado cuatro elementos para garantizar el plazo razonable, a saber: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”.

Consideramos que el plazo para todos sus trámites debe de ampliarse con el fin de lograr que no se vulnere ningún derecho de ninguna de las partes procesales.

Artículo 2.- Oposición

La oposición no genera declaración judicial de paternidad siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN. El juzgado fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.

En la audiencia se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo; en caso el padre no tenga domicilio conocido, sea inubicable o este haya muerto, podrá realizarse la prueba al padre, madre u otros hijos del demandado de ser el caso. Asimismo, en la audiencia se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 555 y demás del Código Procesal Civil en lo que respecta a la pretensión de fijación de una pensión alimentaria.

El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en la audiencia al laboratorio privado al que se encargue la realización de la prueba. Este deberá estar acreditado conforme a la regulación sanitaria correspondiente para brindar las garantías necesarias.

Si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprograma la toma de muestras dentro de los diez días siguientes. Vencido dicho plazo se declara la paternidad. Si lo desea, la parte demandante puede asumir el costo de la prueba en un laboratorio privado.

El juzgado resuelve la causa por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN si esta se realiza o por el vencimiento del plazo previsto en el párrafo precedente. Se resolverá la causa de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4.

Para efectos de la presente ley, no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265 del Código Procesal Civil.

En este artículo 2 párrafo 3 se evidencia el tema de la Reprogramación de la toma de muestras por falta de pago de la parte demandada “Con la finalidad de evitar dilaciones excesivas en el proceso por falta de pago de la prueba de ADN, la norma estipula que, si el demandado no pagó el costo de la prueba en la audiencia única, se reprogramará la toma de muestras dentro de los 10 días siguientes. Si no cumpliera con el pago al término de dicho plazo, el juzgado declarará la paternidad.”

De la figura mencionada se evidencia de manera plena la vulneración del derecho de defensa del demandado ya que por no contar con el dinero para pagar la prueba de ADN será declarado padre lo cual suena absurdo, pero así lo establece la ley de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial.

El cual es otro punto más para afirmar que la aplicación de la ley 28457 vulnera el derecho a la defensa por no otorgar un plazo razonable en el pago de la prueba de ADN; lo cual es muy grave, es claro que se debe resguardar los derechos

de todas las partes procesales de manera igualitaria y más por tratarse de un tema tan delicado como lo son los casos de filiación judicial de paternidad, extramatrimonial.

4.2 La falta de recursos económicos y los requisitos para plantear la oposición, como la prueba de ADN, genera la vulneración del Derecho de defensa.

4.2.1 La Prueba de ADN

1. La Prueba de Paternidad Judicial

La prueba de paternidad judicial es una prueba de ADN solicitada dentro de un proceso legal. Con estas pruebas se busca establecer si un hombre es el padre biológico de un individuo. Para ello se recurre al estudio de genes, los cuales establecen que la mitad del ADN o del material genético de los hijos proviene de la madre y la otra mitad proviene del padre.

2. Diferencia la Prueba de Paternidad Judicial de la Prueba de Paternidad Privada.

Una Prueba de Paternidad Judicial está diseñada especialmente para la toma de muestras en un Juzgado, a pedido del juez. La metodología es igual a una Prueba de Paternidad Privada, es decir la toma de muestras se efectúa por hisopado bucal. Sin embargo, en el caso de una Prueba de Paternidad Judicial es necesario que esto suceda en una audiencia, delante del juez y de los abogados.

En el caso que no exista un proceso judicial y se desee validar la relación biológica entre el presunto padre y el presunto hijo se puede realizar una prueba de paternidad privada.

3. Solicitud de la Prueba de Paternidad Judicial

El demandante inicia un proceso judicial, el juez cita al presunto padre y a la madre. De no llegar a una conciliación, el juez solicita la prueba de paternidad judicial. La parte demandada es la que debe solicitar al laboratorio la prueba de paternidad.

Generalmente la prueba es solicitada en procesos judiciales de: Filiación, Alimentos, Impugnación de nombre, Custodia de menores, Divorcios, Reclamos sobre derechos de herencias.

4. Quién elige el laboratorio donde se realizará la prueba de Paternidad Judicial

Si la demanda es sobre Filiación el demandado (generalmente el presunto padre) es la persona que elige donde se realizará la prueba dependiendo de sus recursos.

En caso de ser demanda sobre suspensión de paternidad es el demandante (también suele ser el presunto padre) quien se encargará de elegir el laboratorio.

5. Confiabilidad de la prueba

La prueba de paternidad es altamente confiable, siendo uno de los exámenes más seguros y precisos que existe en la actualidad.

El valor exacto de confiabilidad depende del tipo de resultado:

Inclusión: Si un hombre es el padre biológico de un niño es determinado con un 99.9% - 99.99999% de seguridad.

Exclusión: Si un hombre no es el padre biológico de un niño es determinado con 100% de seguridad.

6. Pago de la prueba de Paternidad Judicial

La prueba es pagada por la parte demandada, quien generalmente es el presunto padre.

La prueba de paternidad judicial cumple con la Ley N° 30628 publicada por el Estado el 3 de agosto de 2017, ley que modifica el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial; donde se explica que la prueba es gratuita para la parte demandante, debiendo asumir el costo de la prueba la parte demandada. Este examen está diseñado especialmente para la toma de muestras en juzgado/fiscalía a pedido del juez/fiscal.

7. El proceso de toma de muestra para una prueba de Paternidad Judicial

El juez fijará la fecha y hora para la audiencia donde se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba. Una vez emitida la fecha éste enviará una notificación al presunto padre, la madre y al laboratorio que realizará la prueba. Deberán participar de la toma de muestra el presunto padre, la madre y el presunto hijo. Las muestras son tomadas en el juzgado.

8. Los resultados de la prueba de Paternidad Judicial

Los resultados serán enviados en la fecha pactada al juzgado donde se realizó la audiencia. Serán entregados al juez que lleva el caso en un sobre cerrado. Una vez que el juez tenga los resultados notificará a los participantes (Demandante y Demandado) para una audiencia en donde anunciará los resultados y en la mayoría de casos la resolución de la demanda.

4.2.2 Fundamentación de la Razón Jurídica:

Como bien sabemos, El reconocimiento de un hijo extramatrimonial es un acto unilateral, declarativo, solemne e irrevocable y no admite modalidad; pero cuando no se da voluntariamente, puede ser declarada por la vía judicial. De acuerdo con el artículo 402 del Código Civil la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

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

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

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

Son menciones las cual dan lugar a que la paternidad únicamente será declarada y prevalecerá cuando exista la prueba de ADN en los procesos de filiación Judicial de

paternidad extramatrimonial, ya que con este medio probatorio todas las demás serán desestimadas.

También mencionar que el artículo 2 de la En la Ley de Filiación judicial de Paternidad Extramatrimonial.

Artículo 2.- Oposición

La oposición no genera declaración judicial de paternidad siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN. El juzgado fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.

En la audiencia se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo; en caso el padre no tenga domicilio conocido, sea inubicable o este haya muerto, podrá realizarse la prueba al padre, madre u otros hijos del demandado de ser el caso. Asimismo, en la audiencia se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 555 y demás del Código Procesal Civil en lo que respecta a la pretensión de fijación de una pensión alimentaria.

El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en la audiencia al laboratorio privado al que se encargue la realización de la prueba. Este deberá estar acreditado conforme a la regulación sanitaria correspondiente para brindar las garantías necesarias.

Si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprograma la toma de muestras dentro de los diez días siguientes. Vencido dicho plazo se declara la paternidad. Si lo desea, la parte demandante puede asumir el costo de la prueba en un laboratorio privado.

El juzgado resuelve la causa por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN si esta se realiza o por el vencimiento del plazo previsto en el párrafo precedente. Se resolverá la causa de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4.

Para efectos de la presente ley, no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265 del Código Procesal Civil.

Artículo el cual da lugar a la vulneración del derecho defensa del demandado, debido a que si él no cuenta con los medios económicos para cubrir el pago esta prueba de ADN no podrá defenderse ya que lo declaran padre por no contar con dinero. Tema el cual suena muy ilógico, pero está regulado en la Ley Filiación de Filiación Judicial extramatrimonial, consideramos que debe ser un tema a evaluarse, ser tratado con pinzas ya que no se trata de cualquier tipo de responsabilidades se trata de una paternidad, y de consignarle una identidad al menor, haber ¿Qué pasaría si una vez declarado y registrado como hijo de...? y el demandado por no tener dinero no plantea su recurso de apelación, pero pasado el plantea tiempo demanda nulidad de cosa Juzgada fraudulenta , y le dan la razón, como explicarle a ese menor que el nombre que se consignaba como su padre, no es su padre? . Tema muy delicado para el cual se debe tener un mejor criterio de aplicación y absolución de este tema.

Se entiende la urgencia, de resolver el tema, se entiende los derechos que amparan al menor, a la madre, pero también se debe entender y resguardar los

derechos que respaldan al demandado. Ya que en la aplicación de la ley de filiación se evidencia una vulneración total de derechos del demandado.

Por las razones Jurídicas mencionadas, debe evaluarse la reestructuración de la ley de filiación judicial de paternidad extramatrimonial para evitar la vulneración de diversos derechos y principios de las partes procesales en la aplicación de Ley.

4.3 La mala notificación o la notificación defectuosa vulnera el derecho de defensa.

4.3.1 Las Notificaciones Judiciales

Dentro de la administración de justicia el aspecto más resaltante es, sin duda, la de resolver los conflictos o dilucidar las incertidumbres jurídicas, labor que se encuentra encomendada al juez. Ocurren otras actividades de suma importancia. Una de ellas es el mecanismo empleado para comunicar las actuaciones procesales a las partes: la notificación. Esta actividad por ley le es encomendada a los secretarios, sin embargo, en la práctica son los asistentes jurisdiccionales, llamados oficiales auxiliares de Justicia por la Ley Orgánica del Poder Judicial, los que realizan esta tarea.

La más fundamentada de las sentencias puede quedar invalidada por un defecto de notificación del que el Juez no se ha percatado al momento de resolver el asunto (no notificar con el saneamiento procesal al rebelde, por ejemplo), o el proceso puede verse prolongado por meses por desconocimiento de los sujetos destinatarios (en la espera que retornen cédulas de notificación de la sentencia a un testigo, cuando aquello no es necesario, por ejemplo).

Por lo expuesto, la presente pretende ser una guía breve y concisa sobre las principales cuestiones prácticas para tener en cuenta en la notificación en los

procesos civiles, dirigido -sobre todo- a secretarios, asistentes y técnicos judiciales que lidian día a día con este tema.

1. Finalidad de la notificación

Conforme al Código Procesal Civil, la finalidad consiste en poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. Para la Corte Suprema:

(...) la notificación constituye un acto de comunicación procesal que busca poner en conocimiento de las partes y demás interesados las providencias judiciales a fin de materializar el derecho de defensa. La notificación es el acto más importante del proceso, pues sin ella las providencias o resoluciones serían secretas y las partes no tendrían la oportunidad la oportunidad para contradecirlas o impugnarlas.

2. Forma de la notificación:

En todas las instancias, se realiza por vía electrónica a través de casillas electrónicas y, además, mediante cédula (en el domicilio procesal de los apersonados y domicilio real de los rebeldes y/o no apersonados) solo las siguientes resoluciones:

La que contenga el emplazamiento de la demanda, la declaración de rebeldía y la medida cautelar.

La sentencia o auto que pone fin al proceso en cualquier instancia.

3. Eficacia de las notificaciones

La notificada por cédula surte efecto desde el día siguiente de notificada y la electrónica desde el segundo día siguiente en que se ingresa su notificación a la casilla electrónica.

4.3.2 Fundamento de la Razón Jurídica

La más fundamentada de las sentencias puede quedar invalidada por un defecto de notificación del que el Juez no se ha percatado al momento de resolver el asunto (no notificar con el saneamiento procesal al rebelde, por ejemplo), o el proceso puede verse prolongado por meses por desconocimiento de los sujetos destinatarios (en la espera que retornen cédulas de notificación de la sentencia a un testigo, cuando aquello no es necesario, por ejemplo).

De ello se considera que se debe constatar y asegurar de manera muy cuidadosa el tema de las notificaciones, por parte de los responsables del juzgado en el cual se tramita el proceso, se debe verificar que si se haya notificado al demandado con la demanda de filiación para poder plantear su oposición , ya que al igual que en muchos procesos, existe deficiencia en las notificaciones, no siempre se cumple con notificar, hecho el cual da lugar a la vulneración al derecho a la defensa del demandado.

Como bien se sabe este es un tema que tiene solución y que por causas como estas se pueden traer abajo un proceso, pero ese no es el fin, en todos los procesos en este caso tratándose de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, se trata de resguardar derecho del menor, así como de las demás partes que se encuentran

involucradas en el proceso. Esta sería una Situación la cual no la consideramos nada razonable que se declare una paternidad de un menor sin que el demandado tenga conocimiento del proceso que se le sigue en su contra.

CONCLUSIONES

1. Las Razones Jurídicas que determina que la aplicación de la Ley N° 28457 “Ley de Filiación de Paternidad Extrajudicial” vulnera el derecho de defensa del demandado son: Que no se le otorga un plazo razonable al demandado dentro del proceso de filiación; La oposición requiere de requisitos muy específicos como la prueba de ADN; La falta de recursos económicos del demandado para poder plantear su oposición, y por último la mala notificación o la notificación defectuosa.
2. La filiación es la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra, o dicho en otros términos es la relación que existe entre el padre y el hijo. La filiación es el lazo que une a dos personas que descienden la una de la otra, o de un tronco común; y tienen como consecuencia un carácter exclusivamente genealógico
3. En la legislación peruana se evidencia que el Derecho de Defensa forma parte de los elementos o facetas del debido proceso, la defensa y asistencia de letrado, el derecho a ser informado de la acusación o pretensión formulada, el uso del propio idioma. La publicidad del proceso, su duración razonable, entre otros.

4. Para la defensa de los derechos o intereses se reconoce al demandado el derecho abstracto de contradicción, en virtud del cual puede proponer sus medios de defensa que le convenga. Al ejercitar el derecho abstracto de contradicción, el demandado puede proponer sus medios de defensa. Pero el derecho de defensa no se agota con la simple proposición de aquellos medios de defensa, sino que se ejercita en todo el curso del proceso, alegando hechos y probando afirmaciones pertinentes y en forma oportuna. Entonces, debe quedar claro que el derecho de defensa del demandado, sería el derecho que tiene que para acceder al órgano jurisdiccional.
5. En las razones jurídicas del plazo razonable , el segundo párrafo del artículo 1 de la ley “28457” estipula que el emplazado tiene un plazo no mayor a 10 días para plantear su oposición, tiempo en cual no lo consideramos un plazo razonable debido a que se trata de un tema muy delicado como lo es asumir la paternidad de un menor, situación para la cual debe ampliarse el plazo , en razón a dar lugar a la defensa del demandado con el fin que pueda fundamentar su oposición ; debe tenerse en cuenta para el plazo razonable es que debe considerarse un tema complejo debido a que “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha señalado que la evaluación del plazo razonable debe ser analizado “en cada caso concreto”, en relación con la duración total del proceso, lo cual podría también incluir la ejecución de la sentencia definitiva
6. Dentro de las razones Jurídicas respecto al plazo razonable, la norma estipula que, si el demandado no pagó el costo de la prueba en la audiencia única, se reprogramará la toma de nuestras dentro de los 10 días siguientes. Si no cumpliera con el pago al término de dicho plazo, el juzgado declarará la

paternidad.” De la figura mencionada se evidencia de manera plena la vulneración del derecho de defensa del demandado ya que por no contar con el dinero para pagar la prueba de ADN será declarado padre lo cual suena absurdo, pero así lo establece la ley de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial. Respecto a los elementos que afectan la declaración testimonial y la valoración de la prueba, se consideró que el juez ni los medios probatorios han logrado adquirir cierto grado de confianza con las personas intervinientes en el proceso, ni tampoco ha permitido que los medios probatorios puedan otorgar mayor eficacia probatoria.

7. Respecto a la mala notificación como vulnerador del derecho de defensa del demandado se debe constatar y asegurar de manera muy cuidadosa el tema de las notificaciones, por parte de los responsables del juzgado en el cual se tramita el proceso, se debe verificar que si se haya notificado al demandado con la demanda de filiación para poder plantear su oposición , ya que al igual que en muchos procesos, existe deficiencia en las notificaciones, no siempre se cumple con notificar, hecho el cual da lugar a la vulneración al derecho a la defensa del demandado.

RECOMENDACIONES

1. Mi principal recomendación es a los magistrados de tener un mejor criterio en la aplicación de la Ley 28457, ley de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, debido a que presenta diversas figuras que dan lugar a la vulneración al derecho de defensa del demandado dentro de los procesos de filiación.

2. Se recomienda implementar una normativa en la que se establezca la modificatoria de la ley 28457, ley de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, en diversos aspectos como el tema de ampliación de plazos en los procesos, el que los procesos se tramiten en los juzgados de familia ya que ellos tienen mayor competencia para intervenir en este tipo de procesos, el tema del auxilio judicial para las pruebas de ADN, que se incorpore y analice ciertas circunstancias para que no todo el pago se realice el demandado; todo ello con el fin de que no se el derecho de defensa del demandado y ninguna de las partes procesales.

3. Se recomienda a los investigadores en derecho a realizar una investigación propositiva referente a la modificatoria de la Ley 28457, ley de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Investigación la cual se ajuste a la realidad en la que se vive.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ariano, E. (2005). “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 134. Gaceta Jurídica. Lima.
- Bossert, G. (1989). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Astrea
- Burrone, M. (1990-B-1986), Igualdad ante la ley en el acceso a la justicia (Fundamentos de las Defensorías Oficiales), L.L
- Bustamante, R. (2001) “El Derecho a Probar Como Elemento Esencial de un Proceso Justo”. ARA Editores. Lima - Perú .
- Bolaños, E. (2014) El plazo razonable como garantía del debido proceso “Análisis comparativo de los estándares actuales en el Sistema Interamericano y en el TC peruano”, Gaceta Constitucional (Perú).
- Calamandrei, P. (1973). Instituciones de Derecho Procesal Civil", traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bs. As.

- Chamorro, F (1994). “La Tutela Judicial Efectiva”. Bosh. Barcelona – España.
- Cornejo, H. (1999) “Derecho Familiar Peruano”. Editorial Gaceta Jurídica S.A. 10a. Edición. Lima-Perú.
- Cusi, J, (1978) “El Debido Proceso en el Estado Constitucional de Derecho”, La Paz (Bolivia), Domingo 10 de noviembre de 2019, “La Gaceta Jurídica”, Circulación Nacional.
- Escrache, J. (1847) “Diccionario Razonado –Legislación y Jurisprudencia”. Tercera Edición Corregida y Aumentada. Tomo II. Editorial Librería de la Señora e Hijos de D. Antonio Calleja Editores. Madrid.
- Fernández, C. (2005) en “La Constitución Comentada-Artículo por Artículo”. Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica S.A. 1era. Edición. Lima-Perú.
- Ferrandino, Á. (2004) “Acceso a la justicia”. En: PÁSARA, Luis (compilador): En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina. Consorcio Justicia Viva. Lima.
- Ferrando, D. y otros (1989). Adolescentes de hoy, padres del mañana. Bogotá: AGI Presencia
- Gallegos, Y & Jara, R. (2009) “Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores. Lima-Perú.
- García, V. (2008) “Los Derechos Fundamentales en el Perú”. Jurista Editores. Lima - Perú.
- García, S. (2002) Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México.

- Gómez, M. (2006). Introducción a la metodología de la investigación científica. Córdoba: Editorial Brujas
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, M. (2010). Metodología de la investigación. México D. F.: McGraw Hill.
- Herrera, S. (2002) “Proceso de ejecución”. Normas Legales. Trujillo.
- Hinostroza, A. (2003) “Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo”. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima,
- Lastarria, E. (2003) “Titulares de la acción”. En: Código Civil comentado. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima, 2003. Pág. 48.
- Malqui, M. (2002) “Derecho de Familia”. Tomo II. Editorial San Marcos. Lima-Perú.
- Martel, R. (2005) “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 138. Gaceta Jurídica. Lima.
- Masa (2016) El control difuso en los procesos de filiación de paternidad y la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental. Perú
- Melo, H.(2016) sobre el proceso de filiación extramatrimonial y el reconocimiento de los derechos fundamentales del niño en lima metropolitana. Perú
- Moreno, V. (2010). Sobre el Derecho de Defensa. Teoría & Derecho Revista de Pensamiento Jurídico, 17.
- Moreno. (2017) en su tesis vulneración del derecho de defensa y la fase inicial del proceso de extinción de dominio. Perú

- Nader Orfale, L. E. (2013). Vulneración de principios fundamentales mediante la interposición de la acción de tutela contra providencia judicial. *Scopus*, 1-9.
- Nino, C. (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Editorial Bs. As.
- Obando, V. (2001) “El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”. Palestra Editores. Lima - Perú.
- Ossorio, M. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Argentina: Heliasta.
- Parella Stracuzzi, S. & Martins Pestana, F. (2012). *Metodología de la investigación cuantitativa*. Caracas: Fondo Editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador.
- Paz, F. (2002) “Derecho de Familia y sus instituciones”. 2ª edición. G.G. Gráfica. La Paz.
- Peña A.. (2007). *Derecho Penal Parte General, Teoría del Delito y de la Pena y las Consecuencias Jurídicas*. Lima: RODHAS.
- Perelman, C. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos.
- Plácido, Á. (2003). *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica
- RAE. (10 de Junio de 2019). *Diccionario de la Real Academia Española*. Obtenido de <http://www.rae.es/ayuda/diccionario-de-la-lengua-espanola>

Ramos Nuñez, C. (2005). *Como hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica.

Rotondo, H. (1970). *Estudios sobre la familia en su relación con la salud*. Lima: UNMSM.

Sánchez Velarde, Pablo. (2006). *Introducción al nuevo proceso penal*. Idemsa: Lima.

Sánchez Zorrilla, M. (2017). *La versión básica y aplicada de la investigación jurídica pura*. Recuperado de: https://www.derechoycambiosocial.com/revista048/LA_VERSION_BASICAY_APLICADA_DE_LA_INVESTIGACION.pdf

Suarez, L. (2005) “El ‘especialísimo’ proceso de filiación”. En: *Jurídica. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano*, Año 2, N° 33, Lima.

Ticona, V. (1999) “El Debido Proceso y la Demanda Civil”. Tomo I. Editorial Rodhas. 2da Edición. Lima – Perú.

Ticona, V. (1998) “Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil”. Tomo I. Editorial San Marcos. 3ra Ed. Lima - Perú .

Varsi, E.(2001) “Derecho Genético”. Editorial Grijley. 4ª.Edición. Lima-Perú.

Varsi, E. (2001) “Tratado de Derecho de Familia”. Editorial Grijley. 4ª.Edición. Lima-Perú.

Varsi, E. (2010). *El Moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. 2ª edición. Lima: Jurista editores.

- Varsi, E. (2013). Tratado de derecho de familia: La nueva teoría institucional y jurídica de la familia (t. 1). Lima: Gaceta Jurídica.
- Vásquez, Y. (1998)“Derecho de Familia”. Tomo I. Editorial Rodhas. Lima –Perú.
- Vélez, S. (2000) y el Derecho en Latinoamérica”. En: Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Tomo I. Academia Nacional de Córdoba. Córdoba, 2000.
- Vila. (2018) en su tesis el debido proceso de filiación extramatrimonial. Perú
- Zannoni, E. (1998). Derecho de Familia. Tomo II, 3ª edición. Buenos Aires: Astrea.
- Zannoni, E (1997) “Identidad Personal y Pruebas Biológicas”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13, Derecho privado en la Reforma Constitucional, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe.
- Zúñiga, (2017) “El proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial en el derecho de defensa del demandado del distrito jurisdiccional de San Juan de Lurigancho – 2017”, Perú

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia emitida en el Expediente N° 2273-2005-PA/TC, de 20 de abril de 2006.
- Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia emitida en el Expediente N° 579-2008-PC/TC. 05 de junio de 2008.

