



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSGRADO**



**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y
GOBERNABILIDAD**

**“EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LOS JUSTICIABLES EN LOS
PROCESOS DE DECLARACIÓN PATERNOS-FILIALES PARA UNA
EFECTIVA TUTELA JURISDICCIONAL”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

**AUTOR:
AGUSTIN EDMUNDO POLAR FERNANDEZ**

**ASESOR:
DR. FALLA LAMADRID LUIS HUMBERTO**

LAMBAYEQUE – PERU- AGOSTO – 2021

“EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LOS JUSTICIABLES EN LOS PROCESOS DE DECLARACIÓN PATERNOS-FILIALES PARA UNA EFECTIVA TUTELA JURISDICCIONAL”

AGUSTIN EDMUNDO POLAR FERNANDEZ

AUTOR

DR. LUIS HUMBERTO FALLA LAMADRID

ASESOR

Presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: **MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

APROBADO POR:

DR. RAFAEL HERNANDEZ CANELO

PRESIDENTE

DR. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ

SECRETARIO

DR. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO

VOCAL

Agosto, 2021

Declaración jurada de originalidad

Yo, Agustin Edmundo Polar Fernandez investigador principal, y Dr. Falla Lamadrid Luis Humberto, asesor del trabajo de investigación “EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LOS JUSTICIABLES EN LOS PROCESOS DE DECLARACIÓN PTERNOS-FILIALES PARA UNA EFECTIVA TUTELA JURISDICCIONAL”, declaramos bajo juramento que este trabajo no ha sido plagiado, ni contiene datos falsos. En caso se demostrara lo contrario, asumo responsablemente la anulación de este informe y por ende el proceso administrativo a que hubiere lugar. Que puede conducir a la anulación del título o grado emitido como consecuencia de este informe.

LAMBAYEQUE – PERU- AGOSTO - 2021

AGUSTIN EDMUNDO POLAR FERNANDEZ
AUTOR

DR. FALLA LAMADRID LUIS HUMBERTO
ASESOR

DEDICATORIA

A Dios, fuente de vida y sabiduría, sin el que nada sería posible.

A mi madre Lilia Hildauro Fernández Vera, que partió de este mundo, por guiarme junto a mi padre en mi camino, haber sido una madre ejemplar con un amor indescriptible e inmenso hacia sus hijos.

AGRADECIMIENTO

A todos aquellos que me apoyaron a culminar la presente investigación.

INDICE

DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO	5
RESUMEN	11
ABSTRACT	12
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I.....	16
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	16
1.1. UBICACIÓN.....	16
1.1.1. Formulación del problema	16
1.1.2. Objetivos.....	19
1.1.2.1. Objetivo General:	19
1.1.2.2. Objetivos Específicos:	19
1.1.3. Hipótesis.....	20
1.1.4. Antecedentes Legislativos	20
1.1.4.1. El Código Civil de 1984	20
1.1.4.1.1. Artículo 402° hasta el 06 de enero de 1999.....	20
1.1.4.1.2. Artículo 402° a partir del 07 enero 1999 hasta el 08 de enero de 2005. 21	
1.1.4.1.3. Artículo 402° a partir del 09 de enero de 2005 y hasta el 24 de agosto de 2018	22
1.1.4.1.4. Artículo 402° a partir del 25 de agosto de 2018 y hasta la actualidad	22
1.1.4.1.5. Ley N° 27048: Que realizó modificaciones transcendentales al proceso de filiación.	22
1.1.4.1.6. Ley N° 28457: Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extrajudicial	23
1.1.4.1.7. Modificaciones resaltantes de la Ley N° 28457	24
1.1.5. Antecedentes de la Investigación.....	25
1.2. CÓMO SE MANIFIESTA Y QUÉ CARACTERÍSTICAS TIENE.....	29
1.3. DESCRIPCIÓN DETALLADA LA METODOLOGÍA EMPLEADA.....	31
1.3.1. Tipo de Investigación y análisis.....	31
1.3.2. Diseño de la Ejecución del Plan como desarrollo de la Investigación	32
1.3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA	33
1.3.3.1. Población	33
1.3.3.2. Muestra	34

1.3.3.3. Técnica de recopilación documental	34
1.3.3.4. Técnica de encuesta	34
1.3.3.5. Forma de Tratamiento de los datos	34
CAPITULO II.....	35
MARCO TEÓRICO	35
2.1. Proyectos de Ley que motivaron la dación de la Ley N° 28457:	37
2.2. Exposición de motivos de la Ley N° 28457:	44
2.3. La Familia y el parentesco	45
2.3.1. Familia en sentido amplio	46
2.3.2. Familia en sentido restringido	47
2.4. La institución de la Filiación.....	47
2.4.1. Naturaleza jurídica de la filiación	48
2.4.1.1. Filiación como derecho	48
2.4.2. Clases de filiación	49
2.4.3. Clases de determinación	49
2.5. Teoría de la acción como un derecho subjetivo público concreto para obtener la tutela del estado, por sentencia favorable	49
2.6. Teoría de Los Derechos Fundamentales	50
2.7. La afectación al debido proceso	51
2.7.1. Primacía de la Constitución	52
2.7.2. Manifestaciones del debido proceso	52
2.7.3. El pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).	53
2.7.3.1. Principios - Derechos del debido proceso	54
2.7.3.1.1. A la Justicia	54
2.7.3.1.2. El derecho fundamental y principio general de la igualdad	54
2.7.3.2. Debido proceso formal o adjetivo:	55
2.7.3.3. Debido proceso sustantivo o material	56
2.7.3.4. Derecho a la igualdad y el debido proceso	57
2.7.3.5. Derecho a la igualdad procesal de las partes	57
2.7.3.6. Pronunciamiento del TC sobre la igualdad procesal de las partes	58
2.7.3.7. El valor constitucional del derecho a la igualdad	59
2.7.3.8. Derecho a la prueba	59
2.7.3.9. Derecho a la carga de la prueba	60

2.7.3.10. De la defensa, oposición y el mandato de paternidad.....	60
2.7.4. Control Difuso	
2.7.5. Test de igualdad	
2.8. Tutela Jurisdiccional Efectiva	69
2.8.1. Cuestiones doctrinarias	70
2.8.2. Características fundamentales.....	71
2.8.3. Tutela jurisdiccional efectiva de la demandante.....	72
2.8.4. La efectividad de la tutela jurisdiccional	72
2.8.5. Sobre la afectación del derecho a la igualdad y consecuentemente la tutela jurisdiccional efectiva	73
2.8.6. Sobre la afectación del derecho a la prueba y su repercusión en la tutela jurisdiccional.....	74
2.8.7. Manifestaciones de la vulneración a la tutela jurisdiccional.....	75
2.9. La prueba de ADN como justificación de la Ley N° 28457	76
2.9.1. Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extrajudicial, después de su modificación por Ley N° 30628, y su grave afectación a los derechos fundamentales	77
2.10. El Derecho a la identidad del menor.....	78
2.10.1. Identidad estática	78
2.10.2. Identidad dinámica	78
2.11. La determinación de la paternidad en el Derecho comparado	80
2.11.1. Legislación Colombiana	80
2.11.2. Legislación Española	81
CAPÍTULO III.....	81
3.1 ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS	81
3.1.1. CRITERIO: SENTENCIAS.....	82
Tabla N° 1.- Distribución de Casos en donde se declaró la paternidad judicial, ante el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016	82
Tabla N° 2.- Acciones ejercitadas por los demandados en casos de filiación seguidos en su contra, ante el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016.	83
Tabla N° 3.- Distribución de demandados que solicitaron auxilio judicial por casos de filiación seguidos en su contra, ante el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016.....	84

Tabla N° 4.- Distribución de Casos de filiación extramatrimonial, en donde se condenó a la parte demandante al pago de costas y costos, por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016.....	85
Tabla N°5.- Fallos emitidos por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque durante los años 2015- 2016, para los casos de Filiación.....	86
3.1.2. CRITERIO ADICIONAL: ENCUESTAS: Siendo aplicadas a un total de 20 personas.	87
Tabla N°6.- Distribución del tipo de sexo de los encuestados.	87
Tabla N° 7.- Distribución de cargos que desempeñan actualmente la población encuestada.	88
Tabla N° 08.- ¿Considera Usted que se encuentran en igualdad de condiciones los justiciables en un proceso de filiación?	89
Tabla N° 09.- Relación de supuestos que, según los encuestados, vulneran el derecho a la igualdad en un proceso de filiación entre las partes.	90
Tabla N°10.- ¿Considera razonable que sea la parte demandada quien asuma la totalidad del costo de la prueba de ADN para que se tenga por formulada su oposición, en un proceso de filiación?	91
Tabla N° 11.- ¿Que alternativas de solución considera que se debería implementar o modificar a la Ley 28457, para garantizar una efectiva tutela jurisdiccional respecto al derecho de oposición en procesos de filiación y evitar la vulneración el derecho a la igualdad entre los justiciables?	92
Tabla N°12.- ¿A qué cree que se deba las masivas declaraciones judiciales de paternidad, en la Jurisdicción de Lambayeque?	93
Tabla N°13.- ¿De la escala de 1 al 5, donde 5 es Muy de acuerdo y 1 en desacuerdo total, cree que resultaría positivo que el Juez aplique el control difuso en los casos de filiación con el objetivo de garantizar la igualdad entre los justiciables?	94
Tabla N° 14.- ¿Cree que con la ley N° 30628, Ley que Modifica el Proceso Judicial de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, que modificó la Ley 28457, aumentaron o disminuyeron las situaciones de desigualdad entre los justiciables, respecto a su artículo 2, el cual prescribe “(...)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(...)”?	95
PRESENTACION DEL MODELO TEÓRICO	96
CONCLUSIONES	98
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103
ANEXO N° 1	106
ANEXO N° 02	110
EXPLICACIÓN DEL MODELO TEORICO PROPUESTO EN LA PRESENTE	
TESIS	110

INTRODUCCIÓN	110
1. PROPÓSITO:	112
2. OBJETIVO:.....	113
2.1. Criterios que influyen en la vulneración al derecho a la igualdad en los procesos de declaración paterno-filiales.....	113
2.1.1. Análisis de la masividad de declaraciones judiciales de paternidad en la jurisdicción de Lambayeque.	114
2.1.2. El papel del Estado y la modificatoria ultima a la Ley 28457, modificada por la reciente ley N°30628.....	115
3. Estrategia innovadora propuesta	115
3.1. Actividades a nivel de la sociedad.....	115
3.2. Actividades por parte del Estado	116
3.3. Duración y Evaluación.....	116

RESUMEN

Los procesos de filiación, a pesar de ser los más recurrentes en el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, tienen casi nula oposición; dicho de otra forma, el aparato judicial, “por la fuerza de la Ley”, establece el vínculo paterno-filial, por lo que los emplazados se ven forzados a aceptar una paternidad incierta, ya que el oponerse implicaría costear el examen de ADN. Por otro lado, la publicación de la Ley 30628, no abona cambios importantes que coadyuven una efectiva tutela jurisdiccional por la parte perjudicada. En este contexto, se tendrá como objetivo general, analizar si prevalece el derecho a la igualdad entre los justiciables, en aquellos procesos de declaración paterno-filiales, según la ley N° 28457, la cual ha sufrido una modificatoria a través de la reciente ley N° 30628, siendo así, que se detallará la incidencia de esta problemática los años 2015 – 2016, con su modificatoria de la Ley 30628, teniendo como base la revisión de casos con sentencia firme emitidas por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque. Finalmente, como Hipótesis se propone, la modificación de la norma 28457, específicamente en su artículo 2, respecto “(...)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(...)”,¹ que el 100 % del costo, lo asuman los justiciables en partes iguales, y se exonere el pago en personas de escasos recursos económicos, con tal propuesta se verificará si puede constituir la solución a esta problemática que en nuestra localidad se ve a diario, puesto que se constituye como una norma que ha recortado una serie de derechos, eliminando todo debate contradictorio, ciñendo la defensa del emplazado a la oposición.

¹ RAMIREZ HUAROTO, Beatriz May Ling. “¿Yo soy tu padre?: Reflexiones sobre la regulación actual de la paternidad extramatrimonial. Revista del Instituto de la Familia. Lima, octubre del 2018. Págs. 107-133.

ABSTRACT

Although The filiation process is the most recurrent in the Lambayeque Court of Justice, It has few opposition. In other words, the judicial apparatus, “by force of the Law”, establishes the paternal-filial bond, so that the summoned must accept an uncertain paternity, since to oppose it would entail paying for the DNA exam. On the other hand, the publication of Law 30628 does not pay for important changes that contribute to effective judicial protection by the injured party. In this context, the general objective will be to analyze whether the right to equality among the defendants prevails, in those paternal-filial declaration processes, according to Law No. 28457 modified through the recent law. N ° 30628. Thus, the incidence of this problem will be detailed in the years 2015 - 2016, with its amendment of Law 30628, based on the review of cases with a final judgment issued by the Lambayeque Justice of the Peace Court. Finally, as Hypothesis proposes, the modification of the norm 28457, specifically in its article 2, regarding "(...) The cost of the test is paid by the defendant at the hearing to the private laboratory in charge of carrying out the proof (...) ", that 100% of the cost is borne by the defendants in equal parts, and payment is waived for people with limited economic resources. With such a proposal, it will be verified whether it can constitute the solution to this problem. A problem that is seen daily in our community. Since it is constituted as a norm that has cut a series of rights, eliminating all contradictory debate, narrowing the defense of the summoned to the opposition.

INTRODUCCIÓN

La Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”², tiene por finalidad proteger el derecho a la identidad de la persona, como se desprende de la exposición de motivos. En esta línea, el legislador, ha desarrollado un proceso judicial, que busca ser célere, como se desprende del contexto del referido dispositivo legal; no obstante, esta celeridad se obtiene sacrificando el derecho de contradicción del demandado, pues para refutar la demanda incoada, se le otorga una única posibilidad, ofrecer la prueba de ADN, es decir se restringe su derecho de contradicción al pago de la citada prueba, lo que resulta cuestionable sobre todo en personas de escasos recursos económicos, que no pueden solventarla. De esta manera se ha invertido la carga de la prueba, pues en la mayoría de procesos civiles la misma gira en torno a la parte demandante, que está obligada a probar lo que afirma; sin embargo, el legislador ha dispuesto su inversión en el proceso de filiación³.

Lo preocupante de lo señalado, es que el Estado no ha buscado una solución integra al problema, sino aparentemente la más simple, ello a fin de no gastar mayor dinero de las arcas del estado, como se verá más adelante; siendo importante subrayar, que como gran parte de las demandantes no tienen los recursos económicos necesarios para solventar el costo de la prueba de ADN, se ha invertido en el tema probatorio.

² Modificada por Ley N° 29821 y Ley N° 30628.

³ Artículo 200 del Código Procesal Civil, asimismo de lo señalado en la Casación N° 346-2000-Lima, publicada en el diario oficial el Peruano el 30.10.2000; Casación N° 3444-02-Arequipa, publicada el 01.09.2003.

El Estado no dispuso la gratuidad de la prueba en mención, para personas de escasos recursos económicos, como ocurre en el hermano país de Colombia, a pesar que la misma, requiere de un gasto superior a una remuneración mínima vital. Consecuentemente, por el principio de igualdad procesal, se debe brindar a los sujetos procesales, las herramientas necesarias a fin de que en un contradictorio en igualdad de condiciones se dilucide la Litis, pues sumado a lo antes mencionado, el demandado está obligado a pagar tasas judiciales y el patrocinio de un abogado.

La presente investigación persigue determinar, si en el proceso de filiación paterno filial, se respeta el derecho a la igualdad de los justiciables, la investigación se centra en Lambayeque, esto es, al **Juzgado de Paz Letrado y al Juzgado de Familia (como segunda instancia)** de Lambayeque, que también comprende los distritos de San José, Mochumí, Túcume, Íllimo, Pacora y Mórrope⁴, debemos tener en cuenta que la mayoría de los demandados en este tipo de procesos judiciales, son trabajadores independientes, percibiendo por sus actividades una ínfima remuneración diaria.

El proceso de filiación, es uno de los más recurrentes a nivel judicial en el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, el cual, por las razones expuestas, tiene casi nula oposición; en otras palabras, los emplazados son declarados padres por el Juzgador (al no oponerse o al oponerse sin costear los gastos que ello implica), y, siendo así, no se dilucidará en puridad el fondo de la cuestión litigiosa, que consiste en

⁴ Según Resolución Administrativa N° 923-2015-CED-CJSLA/PJ, de fecha 22 de diciembre de 2015.

determinar la verdadera identidad biológica del menor. En resumen, el demandado se ve compelido a aceptar una incierta paternidad, y si se opone, pero no puede costear tal examen, el órgano jurisdiccional, “por la fuerza de la Ley”, establece el vínculo paterno-filial.

Esta problemática que avanza inadvertida por los operadores de justicia, aplaudida por la población y avalada por gran parte de juristas, es lo que ha despertado la motivación del análisis plasmado en el presente trabajo de tesis, el cual no se limita a desvelar la faz presuntamente inconstitucional de la Ley N° 30628, que modifica la Ley N° 28457, ya que además evaluará algunos supuestos que podrían justificar su aplicación, como es el caso del III Pleno Casatorio Civil, y someterá la norma objeto de estudio al test de igualdad que sustente su prevalencia en pro de algún otro derecho fundamental.

Finalmente, esta tesis se encuentra clasificada en tres apartados:

- Primer capítulo, se desarrolla el objeto de estudio, estableciéndose como surge la problemática, sus antecedentes, características, fundamentación de la investigación y la metodología empleada por el autor para llegar a sus conclusiones; en el segundo capítulo, comprende el marco teórico, el cual permitirá dar suficiente sustento a los resultados obtenidos; y en el último, se abarcará acerca del análisis, tabulación y gráficos de los resultados producto de los instrumentos que se utilizarán en la presente investigación, teniendo como base las encuestas, trabajo de campo, sentencias expedidas por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque durante los años 2015– 2016, se puede afirmar que aquí es donde se verá el aporte plasmado por el autor , así mismo, se puntualizaran las conclusiones, contrastando los objetivos y la hipótesis, finalmente se detallaran las recomendaciones, bibliografía, y anexos, que ayudarán a una mejor comprensión del trabajo realizado.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. UBICACIÓN

1.1.1. Formulación del problema

¿Existe el derecho a la igualdad de los justiciables, en los procesos de declaración paterno-filiales, en virtud de una efectiva tutela jurisdiccional?

Ya nuestra carta magna de 1993, consagra en su artículo 139 inciso 3 sobre La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En este contexto, se puede afirmar que todo sujeto tiene derecho a una tutela jurisdiccional, es decir el derecho de recurrir ante un órgano jurisdiccional para satisfacer sus derechos o intereses, dentro de un proceso en el que se respete los estándares de justicia. Respecto a la denominación efectiva, este término guarda relación con el deber del estado de brindar las herramientas precisas para que los derechos o intereses se puedan materializar dentro del proceso.

Por lo que, algunos autores, como GONZALES PEREZ⁵, exponen que no resulta basto que un derecho se encuentre plasmado de forma expresa en la norma constitucional, sino que la verdadera garantía surge cuando el Estado brinda los aportes necesarios para hacer eficaz su contenido; de tal forma, que se culmine con una sentencia o resolución final que verdaderamente se ajuste a derecho y sea susceptible de ser ejecutada.

⁵ GONZÁLEZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Segunda Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1985.

Para analizar si existe igualdad en los procesos paternos filiales, cabe resaltar que el derecho de igualdad tiene dos facetas o aspectos, el primero es la igualdad en la ley y el otro es la igualdad ante la ley. Mediante el primero se garantiza una aplicación igualitaria de la ley sin distinción y mediante la segunda que los órganos jurisdiccionales antes casos iguales no pueden realizar diferencias inmotivadas, es decir que, si un órgano judicial resolvió casos similares en un determinado sentido, no puede resolver otra causa idéntica a éstas en sentido contrario.

El derecho a la igualdad procesal constituye una manifestación del derecho a la igualdad ante la ley, esto debido a que mediante la igualdad procesal se le brindan la herramientas jurídicas al justiciable para que pueda hacer efectivo su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y se plasme en el plano procesal una verdadera igualdad en la que ambos justiciables se encuentren en las mismas posibilidades de acceder al órgano jurisdiccional, sin limitación por condición socioeconómica, de presentar y ofrecer pruebas que sustenten lo afirmado en su pretensión, de poder participar en los actos procesales y hacer efectivo su derecho de defensa, entre otros derechos que coadyuven a limar cualquier diferencia que impidan al justiciable hacer efectivo su derecho de defensa en igualdad de condiciones.

Pero, ¿qué acontece en nuestra realidad a estudiar?, concretamente un problema en especial, ya que se identifica que este tipo de procesos (de filiación extramatrimonial), después de los de alimentos, son los que generan más carga procesal en los despachos judiciales. La reciente Ley N° 30628, ley que modifica el proceso de filiación antes mencionado, por un lado, recalca la facilidad en el acceso a la justicia de la parte demandante en este tipo de casos, fundamentando su ratio

legis en el principio del interés superior del niño y en el derecho de identidad ; pero, por otro lado, **mantiene el perjuicio** para el demandado, pues se vulnera su derecho a la igualdad ante la ley, a una verdadera tutela jurisdiccional efectiva y derechos inherentes a un proceso justo, entre ellos, el derecho a la prueba, el derecho a oponerse, como sucede en el caso del ineficaz acto de notificación a la parte demandada, al respecto se debe exigir un especial emplazamiento. ¿Dónde dejamos lo regulado expresamente en nuestra constitución política?, pues, específicamente, en materia de filiación extramatrimonial, la parte demandada se encuentra en una total situación de indefensión, incluso antes de materializar su derecho de acción, tiene anticipadamente que pagar el importe por concepto de tasas judiciales(pago que no efectúa la demandante), así como un abogado privado; así mismo, corre con los gastos derivados a efectos de llevarse a cabo la prueba de ADN, de lo contrario, vencido el plazo, se declarará la paternidad judicialmente; entre otros dispares.

En resumidas palabras, los sujetos procesales no se encuentran en igualdad de condiciones, y ¿la importancia del derecho de contradicción?, para el demandado, en este caso, de sostener sus argumentos vinculados a responder la demanda incoada, asimismo de ofrecer los medios probatorios pertinentes, que los mismos, no tengan que estar restringidos al ofrecimiento de la prueba de ADN. Porque de ser así, toda la carga probatoria continuaría, como hasta ahora, recayendo sobre el emplazado, teniendo únicamente como base, lo alegado por la accionante, y para desvirtuar tal afirmación, es que el demandado se ve compelido con la carga de la prueba, de lo contrario se le declarará padre, lo cual no resulta lógico bajo ningún

extremo. Generándose, así, la vulneración de un derecho amplio, como es el de la tutela jurisdiccional efectiva.

Por lo que modificación a la ley N°28457 no ampara, nuevamente, a la parte demandada, en ningún punto, razón por la cual, sigue en pie la voluntad de investigar si estas modificaciones se han realizado respetando los preceptos constitucionales que le asiste a los justiciables en el distrito judicial de Lambayeque, según sentencias consentidas del Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Lambayeque, durante el 2015- 2016.

En consecuencia, el presente estudio resulta trascendental debido a que analiza si la Ley N° 30628 responde a un adecuado test de igualdad y si realmente, con su reciente modificación a la ley N° 28457, garantiza el derecho a la igualdad de los justiciables en procesos de declaración paterno-filiales en virtud de una efectiva tutela jurisdiccional, en la provincia de Lambayeque.

1.1.2. Objetivos

1.1.2.1. Objetivo General:

- Analizar si prevalece el derecho a la igualdad entre los justiciables, en los procesos de declaración paterno-filiales, según la ley N° 28457, modificada por la reciente ley N°30628, Ley que Modifica el proceso Judicial de filiación judicial de Paternidad Extramatrimonial; en virtud de una efectiva tutela jurisdiccional.

1.1.2.2. Objetivos Específicos:

-Identificar que supuestos vulneran el derecho a la igualdad de los justiciables en los procesos de declaración paterno-filiales.

-Evaluar si la ley N° 30628, debe ser aplicada, en virtud del control difuso, atendiendo las circunstancias particulares y la condición del demandado.

-Analizar si los cambios introducidos con la ley N° 30628, brindan soluciones a la problemática del pago de tasas, pago de prueba de ADN y eficaz notificación al demandado, y así determinar si existe respeto al derecho a la igualdad de los justiciables en los procesos de declaración paterno-filiales, en virtud de una efectiva tutela jurisdiccional.

1.1.3. Hipótesis

Si se modificara de manera eficaz la norma 28457, y se propusiera que los sujetos procesales se dividan en partes iguales el costo de la prueba de ADN y, que en caso de personas de escasos recursos económicos se les conceda auxilio judicial, de conformidad con lo establecido por el artículo 179 del Código Procesal Civil, adecuándose dicho dispositivo con tal fin, **ENTONCES** se lograría una efectiva tutela jurisdiccional y salvaguarda de sus derechos fundamentales.

1.1.4. Antecedentes Legislativos

1.1.4.1. El Código Civil de 1984

1.1.4.1.1. Artículo 402° hasta el 06 de enero de 1999

Este dispositivo legal contempla diversos supuestos, que con el tiempo fueron dejados de lado para determinar la paternidad, ello, pues por el grado de convicción en el juzgador que brinda la prueba de ADN, dentro de los supuestos establecidos

se encuentra que el demandado haya admitido la paternidad mediante escrito que no permita dudar de la autenticidad de su autor; que exista o haya existido una situación fáctica de hijo extramatrimonial confirmada con actos del padre o de su familia; cuando exista o haya existido una relación de unión de hecho durante el lapso de la concepción entre el presunto padre y la madre; en el caso de violación, rapto, retención violenta de la mujer, cuando el tiempo de la comisión del delito concuerde con la concepción; y, en el caso de seducción realizada con promesa de matrimonio en periodo coetáneo con la concepción.

1.1.4.1.2. Artículo 402° a partir del 07 enero 1999 hasta el 08 de enero de 2005.

Con la Ley N° 27048, se modificó el artículo en comento y, se agregó el numeral 6), referente a la prueba de ADN, dándole valor como un instrumento indubitable para determinar el vínculo filial. Mediante esta modificación se precisa que si el demandado por segunda vez, pese a haber sido debidamente notificado, se niega a realizarse alguna de las pruebas, el Juez examinará tal negativa, las pruebas que hayan aportado los sujetos procesales y la actuación de los mismos durante el desarrollo del proceso, a fin de establecer la paternidad del hijo extramatrimonial. No siendo pertinente todo lo antes expuesto, en el caso que la madre del menor se encuentra casada y el cónyuge no haya negado la paternidad. Por último, se establece, que el A quo, no podrá aplicar las presunciones, cuando exista la prueba de ADN.

1.1.4.1.3. Artículo 402° a partir del 09 de enero de 2005 y hasta el 24 de agosto de 2018

La Ley N° 28457, modificó el numeral 6) del artículo 402° del CC, en el sentido que se establece como prueba medular la prueba de ADN, reiterándose que no procede en el caso de mujer casada cuyo cónyuge no haya negado la paternidad del menor; como es lógico también se establece que el Juez no podrá emplear las presunciones cuando se haya realizado la prueba de ADN, ello pues, por su evidente grado de certeza para definir la filiación.

1.1.4.1.4. Artículo 402° a partir del 25 de agosto de 2018 y hasta la actualidad

Finalmente, en virtud del D.L. N° 1377, volvió a modificarse el inciso sexto del artículo 402° del CC derogándose el extremo que no era posible el reconocimiento del hijo de mujer casada, se realizaron variaciones al artículo 396° del CC, que hasta esa fecha condicionaba dicho reconocimiento a que previamente el consorte haya impugnado la paternidad y obtenido sentencia favorable; sin embargo, se cambió este extremo y se hizo viable dicho reconocimiento, siempre y cuando, la madre haya declarado quien es el verdadero padre.

1.1.4.1.5. Ley N° 27048: Que realizó modificaciones transcendentales al proceso de filiación.

La Ley N° 27048 incorporó a nuestro ordenamiento jurídico civil la prueba de ADN, con valor determinante para que se acredite la filiación entre padre e hijo procreado extramatrimonialmente y, siendo así, se declare judicialmente la paternidad.

De tal forma, en su artículo 2°, dispuso la modificación del artículo 402° del CC (incorporando el inciso 6), así como de sus artículos 363°, 413° y 415°.

Lo interesante de esta incipiente norma, es que introdujo la prueba de ADN y, respetó las reglas de la actividad probatoria, pues, conforme se desprende de su artículo 3°, era el accionante quien corría con los gastos de la realización de aquella, y si el resultado era positivo y, por ende, se declaraba la paternidad extramatrimonial, el demandado debía reembolsar los gastos en los que incurrió la parte actora; no obstante, en caso de poca solvencia económica, se dejaba a salvo el derecho del demandante para solicitar el auxilio judicial. Asimismo, sancionaba la mala fe del accionante si acudía al órgano jurisdiccional, con la intención de causar un daño económico y moral al emplazado; es decir, quien, a sabiendas, que el demandado no era el padre, solicitaba judicialmente el reconocimiento de paternidad y, si posteriormente la prueba de ADN establecía un resultado negativo, se disponía la obligación de pagar una indemnización a favor del perjudicado (demandado).

1.1.4.1.6. Ley N° 28457: Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extrajudicial

La Ley N° 28457, estableció un nuevo esquema del proceso de filiación, dándole un giro total, entre las modificaciones sustanciales, fue que el proceso gire en torno a la prueba de ADN, utilizando la certeza de la misma respecto a la filiación y dotarle de simpleza al desarrollo procesal. La ley en comento, estableció la competencia del Juez de Paz Letrado para conocer estos procesos en primera instancia y por el Juez de Familia en segunda instancia; un aspecto también importante de esta ley,

es que respeto los principios procesales, como que, quien afirma un hecho tiene probarlo, pues disponía que la parte demandante, corra con los gastos de la prueba de ADN, empero si carecía de los recursos económicos suficientes podría acogerse al auxilio judicial, subrayando que si el resultado de la prueba era positivo se declaraba la paternidad del demandado, quien además pagaría los costos y costas del proceso. Por lo que estando a lo expuesto, consideramos que dicha ley no ameritaba una modificatoria, pues respetaba el derecho a la igualdad y las normas procesales; en tal sentido, si la demandante no podía solventar el pago de la prueba, el estado debía asumir el costo, el problema de este dispositivo legal, es que no se dispuso la creación de laboratorios exclusivos para los procesos de filiación, sino que se quiso recargar esta labor al Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, es decir, se promulgó una ley sin realizar los estudios técnicos pertinentes, lo que devino en su fracaso y posterior modificación.

1.1.4.1.7. Modificaciones resaltantes de la Ley N° 28457

La Ley N° 28457, sufrió diversas modificaciones a lo largo del tiempo, siendo las más resaltantes las siguientes:

- Con la Ley N° 28457, el proceso estaba circunscrito solamente a determinar o establecer el vínculo filial; sin embargo, la Ley N° 29821, modificó este extremo, en el sentido que se puede demandar alimentos como pretensión accesoria, tal punto se mantiene vigente hasta la fecha.
- Con la Ley N° 28457, la demandante tenía que cancelar la prueba de ADN o solicitar auxilio judicial de ser el caso, mediante Ley 29715, publicada el 22 junio 2011, se modificó tal aspecto, en el sentido que el emplazado, es quien tiene que solventar el pago de dicha prueba, lo que no ha sido cambiado.

- Mediante Ley N° 30628, se estableció, que el emplazado puede expresar que está de acuerdo con la pretensión demandada, desde la notificación de la demanda hasta antes de la realización de la prueba de ADN. Otra modificatoria importante, es la parte demandante, está exenta de tasas judiciales y de la firma de abogado en el escrito postulatorio.

1.1.5. Antecedentes de la Investigación

1.1.5.1. (Pinella Vega, 2014) en su tesis: “El interés superior del niño/niña vs.

Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial” para obtener el título de abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo – Chiclayo, concluye que prima el interés superior del niño sobre algún otro derecho del demandado, invocando la resolución del Tribunal Constitucional, emitida en el Expediente 00550-2008-PA/TC, que resolvió en ese sentido. No obstante, dicha resolución versó sobre un proceso donde se debatió el principio de cosa juzgada, situación que, evidentemente, sucumbe ante el derecho fundamental a la identidad.

1.1.5.2. (ZAPATA CURINAMBE, 2012) en su tesis titulada “Discrepancias teóricas y discordancias normativas en la inconstitucionalidad del actual proceso de filiación judicial de paternidad”, para obtener el título de abogada por la Universidad Señor de Sipán – Chiclayo; donde manifiesta que con la dación de la ley N° 28457 se intenta dar solución a los problemas de familia, en especial a lograr la verdadera identidad de

tantos niños no reconocidos, proceso donde solo es necesario el simple dicho de la demandante para determinar la paternidad de un menor teniendo como sustento la prueba de ADN.

Sin embargo, cuestiona el conflicto que generó la defensa del derecho a la identidad del menor y la determinación judicial del vínculo filial, pues se empezó a cuestionar la vulneración de un sinnúmero de derechos del demandado o presunto padre, considerando que en este tipo de proceso no se admite la presentación de otro medio probatorio distinto a la prueba de ADN, la tesista manifiesta por otra parte, que se pone en controversia el derecho a la intimidad. Razón por la cual recurre a la ponderación entre el derecho de identidad, frente al de intimidad.

En suma, se planteó como objetivo primordial estudiar el proceso de paternidad extramatrimonial, a fin de determinar si se ajusta a los parámetros constitucionales y si respeta el derecho de igualdad de los sujetos procesales.

1.1.5.3. (MILLA MANAY, 2013) en su tesis titulada “Inversión de la carga probatoria en el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial en la ciudad de Trujillo, periodo 2012-2014”, para obtener el título de abogado por la universidad Señor de Sipán; considera que, con el proceso en comento, se constata la jurídicamente la paternidad biológica, que vela por los derechos de los menores, por lo que considera que ello justifica la inversión de la carga de la prueba.

1.1.5.4. (ABADEANO SANIPATIN, 2014), en su tesis titulada “La determinación de la paternidad en los hijos extramatrimoniales en la legislación ecuatoriana”, para obtener el título de abogado por la Universidad Nacional de Ecuador; señala como justificación de su investigación, que los menores tienen el derecho de conocer su verdadera identidad biológica, para lo que debe existir un proceso confiable que brinde una certeza absoluta de los resultados, dada las diversas consecuencias que implica un problema referente a la filiación.⁶

1.1.5.5. (TOBAR OLIVARI, 2016), en su tesis titulada “Posesión notoria de estado civil de hijo: tratamiento en el derecho chileno y comparado”; aborda la problemática graficándonos las estadísticas en Chile: del total de niños nacidos, el 71,3 % provienen de parejas no casadas o fuera del matrimonio. Asimismo, nos manifiesta que con el vigor de ley N° 19.585, se ha pretendido dar mayor protección a los hijos extramatrimoniales. Dentro de estas medidas se estableció la igualdad en los derechos hereditarios entre los hijos, la libertad de investigación, la libertad probatoria en los juicios de filiación, y en general la flexibilización para la determinación de la filiación.

Una de las pruebas por excelencia en los procesos de filiación, es el informe pericial biológico, que en Perú conocemos como la prueba de ADN, debido a la exactitud de la misma; sin embargo, nos comenta el tesista, que, en Chile, existe desde hace mucho tiempo una institución

⁶ <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3969/1/T-UCE-0013-Ab-207.pdf>. *La determinación de la paternidad en los hijos extramatrimoniales en la legislación ecuatoriana*. Setiembre del 2014.

que da valor a aquella relación entre padre o madre e hijo que, pese a no coincidir con la verdad biológica, genera lazos afectivos entre ellos, que incluso es más importante para el hijo que la compatibilidad biológica: la posesión notoria de calidad de hijo. Por lo mismo, otra de las tantas medidas introducida por la ley N° 19.585, fue el otorgamiento de preeminencia de esta institución sobre el examen de ADN, tomando en cuenta siempre lo más óptimo para el interés superior del niño.

1.1.5.6. (ZAPATA DURÁN, 2011), en su tesis titulada “La prueba en los procesos de filiación”, para obtener el grado de Doctor por la Universidad de Salamanca – España; expone la relevancia dentro del derecho de las nuevas tecnologías médicas, en especial de la prueba de ADN, tal como ocurre con el ordenamiento civil en lo relacionado a la filiación y sucesiones; sin embargo, menciona que estas tecnologías, colisionan con algunos derechos fundamentales del demandado, como el derecho a la intimidad, ya que utilizándolas de forma incorrecta, se puede obtener información de su perfil genético, lo que posteriormente puede perjudicarlo. Sumado a ello, refiere que debe ponderarse un eventual conflicto de derechos de jerarquía constitucional, teniendo en consideración el beneficio y el daño que pudiera ocasionar, así como el más alto derecho fundamental afectado: el del menor a conocer sus orígenes y con esto establecer la responsabilidad del presunto padre. Subraya el investigador, que su intención es examinar la filiación,

valorando sus clases y la aplicación del derecho probatorio, en relación con los intereses en conflicto.⁷

1.2. CÓMO SE MANIFIESTA Y QUÉ CARACTERÍSTICAS TIENE

En el común de los casos, es la madre -semper certa- quien reclama al presunto padre –semper incertus- el reconocimiento legal de aquel fruto procreado extramatrimonialmente. Y, de acuerdo a la reciente publicación de la ley N° 30628⁸, que, a simple vista y raciocinio, no hace otra cosa que reafirmar lo, supuestamente, “modificado” de la ley N° 28457, esto es, a la siempre cierta madre, brindarle una tutela jurisdiccional efectiva, por tal razón los órganos jurisdiccionales se limitan a amparar su solicitud (demanda) e investirla de todo lo que dichas normas establecen⁹. Manifiesta Enrique Varsi Rospigliosi: *“un niño sin padre, aunque científicamente sea posible, socialmente es inaceptable”*¹⁰. Así lo entendieron los creadores y modificadores de la Ley N° 28457, especial mención a lo dispuesto en la reciente ley N°30628. Del mismo modo fue asumida por los juzgadores al momento de materializar la norma legal al caso individual. Pero cabe preguntarnos por qué la mayoría de los Jueces en nuestro distrito judicial de Lambayeque no han desterrado por completo su etiqueta de “boca de la ley”; es decir, ¿cuál es la razón por la que se abstienen de hacer uso del control difuso?, modelo americano o

⁷https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/110836/DDAFP_Zapata_Duran_RW_LaPrueba.pdf;jsessionid=56DB1DB4144B9762834EE09384E35DF5?sequence=1. La prueba en los procesos de filiación. Setiembre 2011.

⁸ Disponible en <http://legis.pe/ley-30628-modifica-proceso-filiacion-paternidad-extramatrimonial/>

⁹ Exoneración de tasas judiciales, de firma de abogado en su demanda (y, con ello, ya no es necesario que gaste en honorarios por tal concepto) y, sobre todo, no es necesario que pruebe lo que ella afirma.

¹⁰ VARSÍ, Enrique. El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre. Disponible en:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/77a816804678ba6aa0bce693776efd47/El+nuevo+proceso+de+filiaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=77a816804678ba6aa0bce693776efd47>

judicial review (potestad del magistrado de inaplicar una ley que consideran inconstitucional, tienen el deber de preferir la norma constitucional antes que la norma legal¹¹, está pensado como un instrumento para materializar el principio de preeminencia de la constitución y de jerarquía normativa; y únicamente, hasta hace unos días, decidían aplicar la ley N° 28457, sin observar los derechos fundamentales que les asiste a todos los intervinientes en el proceso, esto es, tanto a la parte demandante como a la parte demandada.

La presente investigación analiza entre otros puntos la reciente ley N° 30628, que ha propiciado un desbalance en el equilibrio de derechos de los justiciables y a la tutela jurisdiccional, especialmente en agravio del demandado; en ese sentido, cuando recién se publicó dicha modificación, por parte de los medios de comunicación, se difundió que la prueba de ADN sería “**gratuita**”, no obstante, solo resultó ser una falacia. **Es decir, el contexto problemático continúa siendo el mismo**, y resulta idóneo adherirse a las siempre oportunas palabras del maestro Ramiro Salinas Siccha: *“Solo se ha simplificado el proceso de reconocimiento de paternidad extramatrimonial. Respecto a la gratuidad del ADN, solo se quedó en discurso político.”*

Analizando concretamente, en la Jurisdicción de Lambayeque, la mayoría de los demandados en este tipo de procesos son trabajadores independientes; y gran parte de este porcentaje se trata de personas que laboran en actividades de campo, percibiendo por ello una ínfima remuneración diaria. Empero, trasgrediendo su

¹¹ Artículo 138 de la constitución política del Perú : “(...)En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”

derecho a la igualdad, la ley le obliga a pagar un monto por tasas judiciales si es que “*desea*” ejercitar su derecho de defensa, si duda de la paternidad y se opone a tal pretensión de la demandante, se le obliga, violando la carga de la prueba, a pagar un examen de ADN cuyo valor supera una remuneración mínima vital¹², esto es aproximadamente mil quinientos soles¹³. De esta manera, a contrarreloj, si no reúne el valor de la prueba en el cortísimo plazo que le otorga la norma procesal, se le declara judicialmente padre de aquel niño; por otra parte, resulta importante hacer mención al criterio de la notificación, pues es una pieza fundamental en este tipo de procesos, ya que una vez notificado el demandado, transcurre el corre el plazo para que conteste la demanda respectiva, siendo que solo se guiarán por el domicilio que la demandante señalará en la incoada (que en muchas ocasiones resulta ser inexacto). Y si, a diferencia de su contraparte, no puede costear las tasas judiciales y el patrocinio de un abogado¹⁴, se le niega su derecho a una efectiva tutela jurisdiccional.

1.3. DESCRIPCIÓN DETALLADA LA METODOLOGÍA EMPLEADA

1.3.1. Tipo de Investigación y análisis

- **Tipo de estudio: descriptivo y explicativa.**
- **Diseño: No experimental.**

¹² La remuneración mínima vital es de novecientos treinta soles, véase Decreto Supremo N° 004-2018-TR.

¹³ <https://diariocorreo.pe/edicion/huancayo/aumentan-los-pedidos-de-pruebas-de-adn-en-juicios-en-la-region-844583/>, visitada el 04.05.2020.

¹⁴ Tómese en cuenta que no se le permite absolver el traslado de la demanda si es que su escrito no tiene firma de letrado.

La investigación, no busca construir alguna situación en concreto, el objetivo como investigación a base de un diseño no experimental, es que se aprecien realidades ya existentes sin ser ocasionadas por el tesista; como en el presente caso, la masividad de casos de filiación en la Jurisdicción de Lambayeque; por otro lado, las variables que se han propuesto por el autor no influyen en ellas porque ya se llevaron a cabo, al igual que sus consecuencias, lo que no suceden en el tipo de investigaciones experimentales, donde se tiene como objetivo principal que el problema principal recibe una solución para construir una nueva realidad. Finalmente se especifica, que la presente tesis, contiene un carácter descriptivo, por lo que no se requiere de un diseño de contrastación de acuerdo a la hipótesis planteada, al ser un estudio meramente descriptivo.

- **Tipo de análisis**

En esta tesis, los métodos de análisis que se emplearán son dos, por un lado está el analítico y por otro lado el deductivo, el primero en mención, se empleará en el momento que se estarán desmembrando los factores que forman parte de la problemática, así como también al realizar la interpretación de los resultados a los que se han llegado; el segundo método, se empleará mediante la hipótesis planteada como alternativa de solución al problema eje de esta tesis, producto de la tabulación e interpretación de gráficos y tablas.

1.3.2. Diseño de la Ejecución del Plan como desarrollo de la Investigación

- **Tipo Gráficos:** mediante el empleo de datos de procesamiento de datos, datos estadísticos, de indicación de frecuencias absolutas simples y porcentuales, gráficas de barras para cada una de las variables de estudio, así como para los niveles de opinión de los justiciables en la Provincia de Lambayeque, durante los años 2015- 2016.
- **Tipo documental:** se tendrá en cuenta el recojo de datos mediante las fichas resumen, las fichas textuales, las fichas bibliográficas, legislación comparada, empleo de normativas mediante revistas.
- **Tipo tabulación:** se tendrá en cuenta para la elaboración de tablas y gráficos, para ello se utilizará la encuesta, cuestionarios, para arribar a la significación de resultados, con los resultados obtenidos del análisis de las sentencias de procesos de declaración paternos- filiales que afectan el derecho a la igualdad de los justiciables y la efectiva tutela jurisdiccional, en los Juzgados de Paz Letrado de Lambayeque durante los años 2015- 2016, se concluirán y se le elaboran cuadros estadísticos que permitirán conocer la problemática.

1.3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

1.3.3.1. Población

El presente trabajo de investigación tiene como población 150 fallos emitidos por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, en las que se apreciará la masividad de casos respecto de la declaración paterno-filial durante los años 2015 - 2016.

1.3.3.2. Muestra

Está representada por 60 fallos firmes de declaraciones paterno - filiales expedidas por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante 2015-2016, en las cuales se vio afectado el derecho a la igualdad de la parte demandada, en consecuencia, no se obtuvo una efectiva tutela jurisdiccional, debido a que no cumple sus efectos jurídicos **sobre los** derechos constitucionales en mención.

1.3.3.3. Técnica de recopilación documental

Mediante la aplicación de esta técnica se recopilarán los datos, obtenidos de las sentencias consentidas emitidas por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016, con la finalidad de exponer la casuística respecto a los casos de declaración paterno-filiales como producto de una vulneración a una efectiva tutela jurisdiccional.

1.3.3.4. Técnica de encuesta

Este instrumento exploratorio ayudará a identificar las variables en estudio, así como ser, entre otros, uno de los principales instrumentos de la investigación, de modo que se incluirán preguntas diseñadas y aplicadas a los justiciables y operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque.

1.3.3.5. Forma de Tratamiento de los datos

Con el tratamiento otorgado a los datos recopilados, se detallarán los resultados

obtenidos del análisis de las sentencias consentidas de procesos de declaración paternos- filiales que afectan el derecho a la igualdad de los justiciables y la efectiva tutela jurisdiccional, en los Juzgados de Paz Letrado de la Provincia de Lambayeque durante los años 2015- 2016, se concluirán y se le elaboran cuadros estadísticos que permitirán conocer la problemática.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

Esta es la razón por la que, contraviniendo toda lógica, el proceso de filiación, como reiteramos es uno de los más recurrentes a nivel judicial en Lambayeque, **tiene casi nula oposición**; en otras palabras, los emplazados o son declarados padres por el Juzgador (al no oponerse o al oponerse sin costear los gastos que ello implica) o prefieren contestar la demanda allanándose a la pretensión, aunque, probablemente, llevará toda una vida con dudas. **En resumen, el demandado se ve coaccionado a aceptar una incierta paternidad, y si se opone, pero no puede costear tal examen, el órgano jurisdiccional establece el vínculo paterno-filial.**

Al respecto, nos preguntamos si en pro del beneficio del interés superior del niño y adolescente, y el derecho a la identidad, está permitido vulnerar, como hemos visto, derechos fundamentales. Evidentemente la respuesta es negativa, y, en ese sentido, en el distrito judicial de Lambayeque, atendiendo las particularidades de los demandados, urge aplicar la ley 28457 en plena armonía con

lo dispuesto en nuestra Carta Magna, máxime si lo que se está en juego son derechos fundamentales.

En este contexto, teniendo en cuenta que casi en más del 50% de casos se prescinde de la prueba de ADN y únicamente por el vencimiento de los plazos se emite la declaración judicial de paternidad, ¿la ley citada que regula el proceso de filiación, realmente protege el derecho de identidad? Dicho de otro modo: ¿un efectivo reconocimiento de citado derecho permite que se declare judicialmente un vínculo paterno-filial sin el respaldo de un sustento científico, únicamente porque el presunto padre no puede costear (o costear en el breve plazo que le otorga la ley) el monto excesivo que supone una prueba científica (ADN)?

Del mismo modo, como mencionábamos en párrafos precedentes, si la ley 28457 no garantiza su propia *ratio legis*, con mucha más razón no encuentra justificación que se transgredan los derechos fundamentales del demandado, tales como: a) la igualdad (artículo 2º, inciso 2) de nuestra Constitución Política), habiéndose pronunciado el máximo intérprete de la Constitución, que un trato diferenciado no está permitido cuando carezca de justificación legítima, acorde al principio de proporcionalidad, siendo que exonera de firma de abogado y tasas judiciales a la parte demandante para ejercitar su derecho de acción, pero condiciona al demandado a pagar las tasas y al patrocinio de letrado para hacer valer su derecho de contradicción y formular oposición, resulta plenamente vulneratorio de tal derecho – principio.

En base de nuestra realidad, es preciso señalar lo expresado por el reconocidísimo Varsi Rospigliosi, utilizando para ello la siguiente frase: “imponer sin pruebas un padre a un niño que reclama su reconocimiento, aunque judicialmente sea posible, socialmente es inaceptable y moralmente intolerable¹⁵”.

2.1. Proyectos de Ley que motivaron la dación de la Ley N° 28457:

Proyecto de Ley N°	Congresista (s)	Propuesta
60/2001-CR	Martha Chávez, María del Carmen Lozada de Gamboa y Luz Salgado.	Recurso extraordinario de revisión en procesos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación.
1594/2001-CR	Hildebrando Tapia y José Barba.	Modificación del artículo 373° del CC sobre acción de filiación, a efectos que se establezca la presunción de esta en caso el demandado se niegue a someterse a la prueba de ADN u otra de

¹⁵ VARSI, Enrique (2011). Tratado de derecho de familia. Matrimonio y uniones estables. Lima

		validez científica con igual o mayor grado de certeza.
2983/2001-CR	Yonhy Lescano.	Modificación del artículo 402° del CC, referente al proceso materia de análisis y del artículo 5° de la Ley N° 27048.
3618/2002-CR	Carlos Chávez.	Modificación del inciso 6 del artículo 402° del CC, con la finalidad de precisar que en caso de negativa por segunda vez a realizarse la prueba de ADN el Juez no evaluará, sino que resolverá declarando la paternidad.
4866/2002-CR	Emma Vargas de Benavides.	Modificación del inciso 6 del artículo 402° del CC, a efectos de establecer que ante una doble inconcurrencia del

		<p>demandado a la toma de muestras de ADN, el Juez declarará judicialmente su paternidad. Asimismo, la incorporación del inciso 7 del referido artículo, el cual expresamente señale que los derechos del hijo alimentista, sobre el que se declaró la filiación, se encuentran previstos en el artículo 415° del CC.</p>
5099/2002-CR	Emma Vargas de Benavides.	<p>Modificación del artículo 388° del CC, con la finalidad de establecer que el hijo matrimonial puede ser reconocido por cualquiera de los padres en forma conjunta o individual, pero con solvencia moral.</p>

5781/2002-CR	Yonhy Lescano.	<p>Modificación de los artículos 546° y 547° del CPC, con la finalidad de establecer que el proceso de filiación extramatrimonial sea tramitado a través del proceso sumarísimo y no de conocimiento, como era hasta esa fecha.</p> <p>Además, propone incluir un sub capítulo que incluya los artículos 607°-A y 607°-B del Código Adjetivo, los mismos que regularían el momento y modo en que se desarrollará la prueba biológica de ADN.</p>
7471/2002-CR	Alcides Chamorro Balvín.	<p>Modificación de los artículos 546° y 547° del CPC, con la finalidad de establecer que el</p>

		proceso de filiación extramatrimonial sea tramitado a través del proceso sumarísimo.
8408/2002-CR	Iván Calderón.	Modificación del artículo 392° del CC y del artículo 37° del D.S. N° 015-89-PCM, con la finalidad de establecer que cuando uno de los padres efectúa el reconocimiento unilateralmente podrá revelar el nombre del otro progenitor, bajo su responsabilidad.
8837/2002-CR	Emma Vargas de Benavides.	Modificación del inciso 6° del artículo 402° del CC, con la finalidad de establecer que el Juez no evaluará, sino que declarará la paternidad del demandado que por segunda vez se resista a

		someterse a alguna prueba científica o genética.
9844/2002-CR	Dora Núñez Dávila.	Modificación de los artículos 370°, 371°, 372°, 373° y 402° del CC, a efectos de establecer la presunción de paternidad extramatrimonial en caso de que el demandado se niegue por dos veces consecutivas a realizarse la prueba.
10312/2002-CR	Mario Ocho Vargas.	Modificación de los artículos 546° y 547° del CPC, con la finalidad de establecer que el proceso de filiación extramatrimonial sea tramitado a través del proceso sumarísimo

10919/2003-CR	Yonhy Lescano.	Incorporar en el Código del Niño y Adolescentes una vía procedimental especial para el proceso de filiación.
10455/2003-CR	Fabiola Morales.	Modificación del artículo 402° del CC, con la finalidad de establecer que ninguna persona podrá argüir falta de ingresos para objetar el sometimiento a la prueba de ADN u otra, debiendo en su defecto solicitar al Ministerio de Salud su intervención de forma gratuita en los hospitales o centros de salud que determine.
10772/2002-CR	Alcides Chamorro Balbín.	Que la demanda de filiación extramatrimonial tenga una vía procedimental propia.

11536/2004-CR	Fausto Alvarado Dodero.	Basado en los acuerdos adoptados por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), propone un nuevo esquema del proceso de materia de estudio.
---------------	-------------------------	---

2.2. Exposición de motivos de la Ley N° 28457:

Los proyectos de Ley que motivaron la dación de la Ley N° 28457 recabaron datos estadísticos donde se determinó que, hasta el año 2004, en el Perú existían 1'500,000.00 (un millón quinientos mil) de personas no reconocidas por sus padres. Por otra parte, el proceso materia de estudio se sustanciaba en la vía procedimental más lata, esto es, el proceso de conocimiento, lo cual era un contrasentido, pues desde enero del año 1999, nuestro Código Civil contempló la prueba biológica de ADN con suficiente grado de confiabilidad para establecer el vínculo paterno filial entre padre e hijo; entonces, resultaba ilógico que si la incertidumbre jurídica podía superarse determinadamente con una prueba que no revestía mayor complejidad ni extensión en el tiempo, se sigan ventilando este tipo de pretensiones en la vía más larga. Esta situación, aunada a la onerosidad, tanto del proceso en sí como del

costo de la prueba de ADN, constituía un impedimento para que los legitimados recurran a la vía judicial o continúen en la misma.

Por estas razones, se abrió paso la búsqueda de una solución al problema que representaba el acudir a sede jurisdiccional a demandar el reconocimiento del vínculo paterno filial extramatrimonial, y se encontró en dotar de agilidad al proceso, lo cual se concretizó en la elaboración de un esquema especial, distinto a los procesos de conocimiento, abreviado y sumarísimo previstos en el CC Adjetivo, que precisamente fue incorporado y regulado por la ley bajo análisis.

Sin embargo, no debe soslayarse una peculiaridad en su exposición de motivos: la urgente tutela jurisdiccional era una respuesta al principio del interés superior del niño. Es decir, aunque a cualquier edad se pueda demandar la filiación extramatrimonial (pues la acción no caduca, tal y como lo indica el artículo 410° del CC), el proceso especial fue diseñado en pro de los legítimos intereses de los menores de edad no reconocidos, cuya representación, por ende, recae en la madre.

2.3. La Familia y el parentesco

Desde una perspectiva natural, la familia es anterior al Derecho, y podría definirse, como el grupo de individuos entrelazados por una afinidad de parentesco que, a su vez, se origina en la consanguinidad existente entre aquellos individuos que la conforman.

Pero la familia desde la óptica jurídica sobrepasa esa dimensión biológica, que viene a ser solo una pequeña parcela, quizá una forma de que se configure el parentesco, pero no en sentido extenso ni la única.

Partamos señalando que nuestro ordenamiento jurídico no establece un concepto de familia, limitándose solo a elevar su protección a rango constitucional, siendo que de esta junto con demás dispositivos legales se deduce que para el Derecho la familia es mucho más que individuos unidos por lazos de consanguinidad.

La regulación jurídica de la familia, con bien señala el artículo 233° del CC, tiene por objeto coadyuvar a su consolidación y fortalecimiento. Establece roles que deben cumplir los individuos que son parte de una familia respecto a los demás integrantes de ella, por ejemplo, los alimentos, la educación a los hijos, etc. Entonces, si ya expresamos que para lo jurídico no es suficiente la concepción biológica de la familia, es trascendental determinar quiénes se encuentran relacionadas familiarmente con otras, este vínculo es llamado parentesco.

Ahora bien, el parentesco está compuesto por la relación existente entre personas, generada por distintas razones (como el vínculo consanguíneo, al haber contraído matrimonio, mediante la adopción, entre otros), así como ese sentimiento de aprecio que surge de dicha relación.

Empero, aun habiéndose delimitado quiénes conforman la familia, debe recurrirse a la clasificación doctrinaria de la misma. Así, Beluscio¹⁶ propugna:

2.3.1. Familia en sentido amplio

¹⁶ BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia. Tomo I*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004. p. 3-4.

De la cual hemos ya tratado cuando se ha indicado que son aquellos individuos entrelazados por ese nexo especial llamado parentesco, “como generados de vínculos familiares in extenso”¹⁷, que se configura por consanguinidad (artículo 236° del CC), por afinidad (artículo 237° del CC) y por adopción (artículo 238° del CC).

2.3.2. Familia en sentido restringido

Pequeña familia, parentesco inmediato o núcleo paterno-filial. En una acepción más restringida, la familia solo está constituida por el padre, la madre y los hijos que están bajo la patria potestad de ambos. Para los efectos de la investigación, conviene centrarnos en este sentido restringido de familia.

2.4. La institución de la Filiación

A pesar que los lazos son múltiples, hay uno que cobra vital importancia, dada la proximidad del vínculo, y que es precisamente donde se generan los mayores conflictos con relevancia jurídica: la relación entre padre/madre e hijo, relación que adquiere el nombre de filiación.

Parafraseando a Enrique Varsi Rospigliosi, la filiación en un sentido genérico es aquella conexión que tiene una persona con sus antecesores y sucesores; y, en sentido estricto es aquella que vincula a una persona con sus padres, estableciendo un conjunto de facultades y deberes amparados por el derecho.

En principio, la filiación tenía sustento biológico, como dijimos ya de la familia, incluso antes que se le reconociera efectos jurídicos, pues aquella es posible por

¹⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Tomo IV*. Gaceta Jurídica. Lima, 2013. p. 12.

haber sido procreado; actualmente, con el avance de la tecnología, también puede engendrarse mediante técnicas de reproducción asistida, pero, independientemente de ello, se configura el vínculo filial, al igual que ocurre en los casos en los que se adopta a un individuo.

La expresión paternidad (usada en la antigüedad, por la prevalente presencia de la figura del padre sobre el resto de la familia) y filiación (como se utiliza más en la actualidad) vienen a ser lo mismo, solo hubo un cambio de prisma, dándole mayor atención e importancia al hijo.

2.4.1. Naturaleza jurídica de la filiación

2.4.1.1. Filiación como derecho

El derecho de filiación, tiene su génesis en el nexo entre padres e hijos en sentido estricto, esta conexidad genera legalmente entre sus miembros facultades y obligaciones propias de la interacción y roles sociales establecidos al amparo de nuestro ordenamiento jurídico, es decir, que con el paso del tiempo, estas conductas innatas dentro de la familia han sido recogidas por el derecho a fin de establecer determinados roles, por ejemplo, por parte de los padres el compromiso alimentario, así como de educar a sus hijos, por parte de estos últimos, respetar y obedecer a sus padres, es decir, son parte de la interacción natural entre las personas que forman parte del grupo familiar.

Filiación como atributo de la personalidad

El derecho a conocer la génesis biológica se encuentra relacionada íntimamente al derecho a la identidad, como analizaremos más adelante.

2.4.2. Clases de filiación

Nuestro CC, regula dos clases de determinación de la filiación, la matrimonial y la extramatrimonial. Mediante la primera se presume que los hijos nacidos dentro del vínculo matrimonial o dentro de los 300 días sucesivos a su ruptura son del esposo. La segunda, es decir, la extramatrimonial, se encuentra regulada en el artículo 402° del CC, como su nombre la describe, este es el caso de hijos que no nacen dentro de un matrimonio, por lo que, en estos casos a través del reconocimiento del padre o mediante un proceso judicial se tendrá que definir el vínculo filial del menor.

2.4.3. Clases de determinación

La relación padre - hijo queda determinada, por imperio de la Ley, cuando el padre y la madre tienen la calidad de casados; pero, en caso, que los progenitores no tuvieran tal condición, la filiación no quedaría determinada *ipso iure*, por lo que, si el padre se niega a reconocer el vínculo filial (acto voluntario de reconocimiento), corresponde su determinación en sede judicial.

2.5. Teoría de la acción como un derecho subjetivo público concreto para obtener la tutela del estado, por sentencia favorable

(MUTHER y WACH), resulta ser un avance enriquecedor en el campo de la doctrina, señalan que la acción resulta ser un derecho tanto independiente como autónomo y surge antes que se entable un proceso. Así mismo, indican que el

fallo favorable, y solamente así, puede este derecho de acción obtener un carácter concreto, éste no puede existir sino para la parte que tiene razón, o sea la que, después de atravesar todas las etapas concernientes al proceso, resulta tener el derecho. Opinamos que esta posición no es del todo correcta, pues en caso el Juez declare infundada o improcedente la demanda, no estaría denegando la acción, pues esta se ha ejercitado al recurrir ante el órgano jurisdiccional, independiente del resultado que pueda tener la misma, coincidiendo en este extremo con el destacado jurista italiano Chiovenda, pues siempre el justiciable no tiene la razón y por tanto no todas las acciones incoadas pueden ser declaradas fundadas, no denegándose con ello el derecho de acción.

2.6. Teoría de Los Derechos Fundamentales

En nuestra opinión el principio-derecho de igualdad, no se debería interpretarse de manera literal, es decir, una igualdad absoluta ante todos los supuestos, puesto que esto sería difícil en un plano real, además de ir contra la lógica, dado que las situaciones en el plano real son diferentes. Ahora bien, la naturaleza jurídica del derecho a la igualdad consiste en que es un presupuesto o condición para el ejercicio de otros derechos fundamentales, por lo que no sería un derecho que se encuentra desligado de los demás, sino que por el contrario se encuentra relacionado a éstos, pues es esencial para su goce, como en el caso que ocurra un acto de diferenciación injustificado. Es importante resaltar que la igualdad no implica un trato igual para todos, pues no todo trato desigual es discriminatorio, para ahondar en este punto es necesario relieves que, en la resolución recaída en el EXP. 0045-2014-PI/TC, se ha precisado que un trato desigual deja de ser

constitucionalmente permitido cuando carece de justificación acorde con el principio de proporcionalidad, allí radica la relevancia de realizar este test.

2.7. La afectación al debido proceso

El debido proceso se trata de una garantía, la cual exige que, remitiéndonos concretamente al escenario judicial civil, se observen los derechos fundamentales de los intervinientes y de los que puedan verse afectados con el resultado, de allí se tiene que, como una muestra de ello, la prerrogativa de incorporar a litisconsortes necesarios no solo les corresponda a las partes, sino también puede hacerlo de oficio el Juzgador. En este aspecto se aprecia el debido proceso desde perspectiva de derecho fundamental, por lo que se puede llegar a la conclusión que es un derecho “continente”, como lo ha señalado en senda jurisprudencia nuestro Tribunal Constitucional¹⁸, pues, se encuentran dentro del mismo, muchos derechos de carácter sustancial y formal, que constituyen una esfera de protección frente a la arbitrariedad. Por tanto, en su calidad de derecho, su afectación puede ser denunciada en cualquier clase de proceso, ya sea dentro de uno civil, a través de los medios impugnatorios, tratándose de resoluciones judiciales firmes, a través del proceso constitucional de amparo; siendo que, de comprobarse su vulneración, se sancionará con la nulidad procesal.

Pero su observancia no es exclusiva función del Juez (sea cual sea su grado), dicho de otro modo, no opera solo para el ámbito judicial, sino que se expande a las instituciones públicas y privadas en general. Respecto a las entidades públicas,

¹⁸ STC. EXP. N° 03433-2013-PA/TC y STC. EXP. N° 03891-2011-PA/TC.

recordemos que emiten resoluciones administrativas, las que deben responder a un debido procedimiento. En relación a los entes privados, basta señalar que, en el caso de empresas empleadoras, el despido de sus trabajadores debe ceñirse a un debido procedimiento, de lo contrario el despido será declarado nulo¹⁹, o en el caso de los centros de conciliación extrajudicial el acta que expidan debe emanar de un debido procedimiento, conforme a Ley (Ley N° 26872, Ley de Conciliación, y su Reglamento, aprobado por D.S. N° 004-2005-JUS) pues si no fuere así, es susceptible de ser cuestionada a través del proceso de nulidad de acto jurídico²⁰.

2.7.1. Primacía de la Constitución

La primacía de la constitución, consiste en su preeminencia frente a normas de inferior rango, es decir que la constitución como médula de nuestro cuerpo jurídico, es aquella que orienta al mismo, a fin de que exista armonía entre las distintas partes que lo conforman.

2.7.2. Manifestaciones del debido proceso

El derecho al debido proceso material o sustancial, circunscribe una esfera de protección frente al actuar arbitrario de la autoridad, garantiza que se establezca debidamente las conductas punibles o hechos sancionables, así como sus consecuencias.

¹⁹ Como ya se ha precisado en uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional, verbigracia la STC. EXP. N.° 03631-2012-PA/TC.

²⁰ Ver Casación N° 265-2012-Lima.

El derecho al debido proceso adjetivo o procesal, consiste en el grupo de derechos que están relacionados a la parte formal del proceso, comprende el derecho de defensa, derecho de publicidad, derecho a la debida motivación de las resoluciones, entre otros.

2.7.3. El pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Así mismo la afectación a este derecho-principio “debido proceso”, implica la infracción a un derecho vulnerado por un Estado, y tal como ha precisado la CIDH se trata de un derecho de defensa procesal, por cuanto debe respetarse en cualquier tipo de proceso, no únicamente aquellos referidos a la esfera penal, sino de cualquier índole, sea este civil, administrativo u otro. La CIDH ha señalado claramente que tal protección se debe a que los principios consagrados se orientan hacia un mecanismo de protección del ciudadano frente al poder del Estado, quien se dedica a investigar aquellos actos que afectan la armonía de la convivencia social, ante tal situación de ventaja que tiene el Estado es que se hace imprescindible un punto de balance entre Estado y ciudadano, donde predominen las garantías procesales y consecuentemente evitar el atropello a los derechos del mismo, que de no existir reglas, se pudiera cometer abusos tanto a nivel administrativo, fiscal, judicial u otra índole. Asimismo, la Convención Americana se ha consagrado para los Estados parte, como lo que es la Constitución para un Estado democrático, de tal forma que impone la responsabilidad de aquéllos, a respetar los principios consagrados en la misma, que el derecho no sea una idea o solo una mención, sino que por el contrario, que mediante una jurisdicción

interamericana se vele por el cumplimiento de los estados de los acuerdos establecidos en el citado instrumento internacional y se ajusten sus ordenamientos jurídicos a dicho fin, que de no hacerlo los convertiría en transgresores de las obligaciones generales plasmadas en la aludida convención.²¹

2.7.3.1. Principios - Derechos del debido proceso

2.7.3.1.1. A la Justicia

Es la presencia y medios con el que debe contar un sistema de administración de justicia de un determinado Estado, esto hace referencia al grupo de instrumentos necesarios para el adecuado desarrollo de la administración de justicia, dentro de esta noción se procura declarar el derecho debatido o restaurar el transgredido, dilucidándolo y utilizándolo justamente en los casos determinados.²² Este principio-derecho también tiene otras perspectivas mucho más profundas, tal es así que de no ser respetada puede terminar afectando la administración de la justicia en el país.

2.7.3.1.2. El derecho fundamental y principio general de la igualdad

Este principio-derecho abarca no permitir la distinción entre algún tipo de sociedades, sin importar su nacionalidad, antecedentes, raza, edad, condición social, lo cual plantea conjuntamente, la gratuidad en el sistema de justicia, el informalismo, **lo cual no se aprecia en el proceso bajo examen**, por cuanto al demandado para poder ejercer su derecho de defensa se le condiciona al pago de

²¹ Citador por Rodríguez, Víctor en “ *El debido proceso legal y la convención americana sobre derechos humanos* ” Lima – 2010.

²² Ibidem.

la prueba de ADN, que tiene un alto valor económico para nuestra realidad socioeconómica, habiendo buscado el Estado la solución más fácil, pero que no soluciona el verdadero problema, que es la identidad del menor, pues por falta de recursos del demandado en muchos casos no ejerce de manera efectiva su derecho de contradicción, lo que genera que no se realice la citada prueba y se determine fehacientemente la verdadera identidad biológica del menor.

Clases del Debido Proceso

2.7.3.2. Debido proceso formal o adjetivo:

El debido proceso formal o adjetivo está relacionado a los requisitos o condiciones formales establecidos para que un proceso pueda ser válido y no se incurra en vicios que acarren su nulidad, como la prohibición de desviarse del trámite o procedimiento establecido por ley, el derecho de defensa o contradicción, entre otros.

Un ejemplo de la vulneración del debido proceso por trasgredir el procedimiento preestablecido sería, por ejemplo, en un proceso civil dar al emplazado un plazo menor al previsto por ley para contestar la demanda.

No obstante, se debe tener en cuenta, que su manifestación formal depende de las características peculiares de cada proceso. Por ejemplo, si bien una garantía del debido proceso es la cosa juzgada, cuando se trata de un proceso de familia no

opera aquella en sentido material²³ sino formal²⁴: ni en pensión alimenticia, ni en régimen de visitas, ni en tenencia, etc.; pues pueden modificarse.

2.7.3.3. Debido proceso sustantivo o material

Frente a las garantías de un debido proceso formal, se erige su aspecto sustantivo, el cual entra a tallar en el fondo de la decisión, pues, si bien puede haber existido un proceso revestido de todas las garantías que le otorguen la calidad de debido proceso desde su perspectiva adjetiva, podría existir afectación al mismo si lo decidido es irracional, lo cual sería muestra, de que lo resuelto no es justo.

Ello puede ser ejemplificado con lo esbozado en la jurisprudencia de la CIDH, (Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros vs. Estados Unidos), sentenció que como garantías materiales del debido proceso es necesario efectuar un análisis específico de la situación personal y familiar del migrante (edad, tiempo de permanencia, situación laboral, vínculos familiares, etc.), dado que, en ese caso concreto, su cónyuge y su hija eran de nacionalidad peruana; con lo antes expuesto, se puede concluir que los argumentos emitidos por el Juez deben ser válidos, desde el campo de la argumentación y el derecho, empero sobre todo realizar una correcta administración de justicia.

Derecho a la igualdad

²³ Impide que se apertura un nuevo caso sobre la misma Litis, sus características principales son la inmutabilidad y ejecutoriedad.

²⁴ Es posible que se debata el mismo problema en un nuevo expediente, como se ha mencionado, ello ocurre en el caso de alimentos, en el que por ejemplo se ha dispuesto una pensión de doscientos soles; sin embargo, posteriormente la accionante puede solicitar su aumento a través de un nuevo proceso judicial.

2.7.3.4. Derecho a la igualdad y el debido proceso

Engloba a otros derechos fundamentales de índole procesal, y la afectación de aquel sucede ante la trasgresión de cualquiera de estos derechos contenidos.

Así, entre otros, dentro del debido proceso se encuentran comprendidos un conjunto de derechos que garantizan que se respete lo estándares mínimos en el desarrollo del mismo, a fin de evitar que exista arbitrariedad por parte del estado.

2.7.3.5. Derecho a la igualdad procesal de las partes

Resulta imperante resaltar que el derecho a la igualdad no consiste en un trato igualitario en todos los casos, sino por el contrario en tratar igual a quienes se encuentran en idéntica situación.

Asimismo, existe uniformidad en doctrina y jurisprudencia sobre las manifestaciones del derecho a la igualdad: igualdad ante la ley, que debe ser aplicada a las personas que se encuentran en un mismo supuesto de hecho, sin realizar distinciones; y, por otra parte, la igualdad en la ley, que implica que los juzgadores al emitir sus decisiones no pueden realizar diferencias ante casos evidentemente similares.

A su vez, el Tribunal Constitucional, en esencia, ha expresado en la resolución emitida en el Exp. N. 0606-2004-AA/TC²⁵, que el derecho en mención tiene una dimensión formal y, otra denominada material, mediante la primera se establece la obligación que el legislador no efectué distinciones sin razón, también comprende

²⁵ Fundamentos jurídicos 10 y 11.

el deber de las entidades del estado y de los órganos jurisdiccionales de aplicar la ley por igual; mediante la segunda, se estipula además la obligación del estado de no realizar tratos discriminatorios y la necesidad de equiparar situaciones dispares. Por otro lado, también se ha delimitado que hablar de discriminación no es lo mismo que hablar de diferenciación en el trato.

El Tribunal Constitucional en la resolución emitida en el Exp. N° 0045-2004-PI/TC, ha expresado que un trato diferenciado dejaba de ser constitucional cuando no se justifica acorde al principio de proporcionalidad.

En resumen, nos encontramos frente a un trato diferenciado, cuando el mismo se basa en razones objetivas y razonables, acorde con el principio de proporcionalidad, por el contrario, estamos frente a un trato discriminatorio cuando el trato desigual carece de dicho sustento o base.

2.7.3.6. Pronunciamiento del TC sobre la igualdad procesal de las partes

El máximo intérprete de nuestra carta fundamental, ha expresado en la STC. EXP. 06135-2006-PA/TC, que el derecho de igualdad procesal consiste en que los sujetos procesales tengan iguales posibilidades de plantear sus argumentos y de ofrecer los medios probatorios que estén relacionados a probarlos, a fin de que no se produzca una situación de desventaja. Entiéndase que el derecho a la igualdad como parte del debido proceso exige que se trate en igual condición procesal a los iguales, es decir, que se les dote de todas las garantías del debido proceso a los intervinientes, proscribiendo cualquier forma de discriminación dentro de aquel. No obstante, debe recordarse que sí es posible un trato desigual desde una perspectiva

procesal, de allí nuestro Código Civil Adjetivo, contempla el principio de socialización, que busca evitar la desigualdad procesal entre los justiciables.

2.7.3.7. El valor constitucional del derecho a la igualdad

El principio de igualdad no impone, naturalmente, que todas las personas sean tratadas de igual manera, en tal sentido, que, ante distintos supuestos de hecho, se generen resultados jurídicos también distintos.

2.7.3.8. Derecho a la prueba

Dentro de todo proceso o procedimiento, las partes intervinientes legitimadas tienen la obligación-derecho de incorporar medios probatorios que acrediten los hechos que sustentan su derecho de acción o contradicción, según sea el caso, y que coadyuvarán a que el órgano resolutor emita una decisión justa, teniendo como norte la “verdad” que fue probada según esos elementos. Es una obligación, porque quien pretende obtener un pronunciamiento a su favor debe probar sus alegaciones. Y decimos conforme a Ley, pues dependerá de la naturaleza del proceso o procedimiento el nivel de exigencia de probar lo esgrimido y a quién le corresponde esa carga. Por ejemplo, en un proceso laboral, según la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en su artículo 23.4° exime al trabajador de probar que se le ha pagado lo propio por beneficios sociales, pues, ante tal caso, es suficiente que manifieste tal situación en su escrito postulatorio y es el empleador (demandado) quien debe demostrar (probar) que sí ha cumplido con el pago oportuno de tal concepto. Se puede señalar que, al ser una obligación, su incumplimiento es sancionado por el

ordenamiento jurídico, según en quien recaiga la carga de la prueba, con no causar convencimiento en el Juzgador y, así, lo que se resuelva le sea desfavorable.

En resumen, el derecho a la prueba, al igual que todo derecho, no es irrestricto, pues debe ejercerse conforme a Ley, dependiendo del proceso o procedimiento del que se trate.

2.7.3.9. Derecho a la carga de la prueba

Es conocido, que dentro del derecho civil, quien alega un hecho tiene la obligación de probarlo; sin embargo, en el proceso de filiación se ha invertido, es decir que se constriñe a la parte emplazada a demostrar que lo afirmado por la parte demandante no es verdad; ahora bien, en los casos de filiación, la demandante le atribuye la paternidad de su hijo al demandado, quien tiene que pagar la prueba de ADN, de tal manera que es quien finalmente solventa el medio probatorio que debería ser asumido por quien recurre al órgano jurisdiccional, siendo lo más preocupante, que sucede si el demandado no es el padre del menor pero no cuenta con recursos económicos para cubrir dicha prueba, pues actualmente la ley que regula el proceso de filiación no estipula el auxilio judicial para la prueba de ADN.

2.7.3.10. De la defensa, oposición y el mandato de paternidad

En el proceso de filiación, la parte demandada puede exponer de manera amplia en su escrito de contestación los mejores argumentos para contradecir la demanda incoada; sin embargo, la médula de esta clase de proceso, la constituye la prueba de ADN, analizando el proceso, en síntesis, se establece que el Juez expedirá sentencia teniendo en consideración los resultados de la misma. Ahora bien, teniendo en cuenta la importancia de esta prueba, nos preguntamos porque el

estado únicamente vela por los derechos de la parte actora, que si bien en la mayoría de procesos representa a un menor que tiene derecho a la identidad y, que nadie con un mínimo de criterio puede estar en contra; no obstante, también es cierto que el estado debe velar por el derecho de igualdad entre ambas partes, específicamente que a los demandados de escasos recursos económicos, se les dé la posibilidad de acceder al auxilio judicial del pago de la prueba de ADN.

Mediante el derecho de defensa, las partes pueden refutar los argumentos contrarios y de ser el caso ofrecer los medios probatorios pertinentes. Bernales Ballesteros²⁶, indica que mediante el mencionado derecho, las partes deben tener la oportunidad de ser citadas, oídas y vencidas a través de la prueba evidente y eficiente. Es menester hacer mención que el derecho de defensa se encuentra ligado al de ser debidamente notificado con todos los actos procesales, siendo importante la debida notificación de la demanda, pues el plazo para contestar la demanda el plazo comienza a correr a partir del día siguiente de haber sido notificado con ella. En tal sentido, es importante como expresa la jurista antes citada, que el A quo, haga todo lo posible para que no exista situaciones de desventaja entre los sujetos procesales, situación que el Juez, no puede dominar en el proceso de filiación al estar bajo el imperio de la ley, pues de advertirse la indefensión del demandado por escasos recursos económicos, no se brinda una salida alternativa, que permita la realización de la prueba de ADN, sin perjudicar a alguna de las partes.

²⁶ Bernales, Enrique (1999). *La Constitución de 1993 – Análisis comparado*. RAO Editora. 5ª. Edición. Lima.

2.7.4 Control Difuso

El control difuso es una institución jurídica, en virtud de la que, cualquier juez de la república, en un caso determinado de existir una contradicción insuperable entre una norma prevista en la constitución y una ley, debe dar preferencia la primera. Tiene como sustento constitucional el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución que establece: *“(…) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*. Resulta importante resaltar, que acorde con nuestro sistema se debe partir de la presunción de constitucionalidad de las normas, la aplicación del control difuso tiene como base la supremacía de constitución, esto es que nuestra carta magna, al ser nuestra norma fundamental que orienta nuestro ordenamiento jurídico debe primar sobre cualquier norma de rango inferior.

2.7.5.- Test de igualdad

En la resolución recaída en el Expediente N.0004-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una serie de pasos, que persiguen determinar la trasgresión al derecho a la igualdad:

- **Confirmación de la diferencia legislativa:** Lo que se va examinar, es si la medida objeto de análisis es igual o no al hecho que sirve como comparación; en caso sea igual la medida deviene en inconstitucional, por dar un tratamiento distinto a dos casos iguales, de no ser así se debe seguir los pasos restantes del test.

Respecto a este primer paso, es importante señalar que el trato diferente en el proceso materia de estudio, consiste en que la parte accionante se

encuentra exenta del pago de tasas judiciales, de la firma de abogado en la demanda, sumado a esto no es necesario que presente medio probatorio para sustentar su pretensión, lo que ocurre de forma contraria en el caso del demandado, al que se le exige el cumplimiento de dichos requisitos sumado a que esta constreñido a pagar la prueba de ADN, si se quiere oponer al mandato de declaración de paternidad, pues implícitamente la norma parte presumiendo que es el padre del menor.

Ahora bien, analizando el primer punto el demandante y demandado, se encuentran en diferentes situaciones jurídicas, por lo que siendo esto así, se pasa a desarrollar el siguiente paso.

➤ **Establecimiento del grado de intensidad de la injerencia en la igualdad:**

Al respecto, debe realizarse un análisis sobre los distintos grados de la disposición parlamentaria que va a injerir en el principio derecho de igualdad. En relación al segundo paso, consideramos que el nivel de intensidad es grave, pues el derecho de contradicción, se encuentra implícito en el defensa, que constituye un derecho fundamental (STC EXP. N. 6260-2005-PHC/TC LIMA MARGI EYELING CLAYO PERALTA).

➤ **Comprobación de la presencia de un fin constitucional en la diferencia**

En este punto, debe examinarse si la medida persigue o no un fin constitucional, pues en caso negativo devendría en inconstitucional.

En referencia al tercer paso, presencia de un **fin constitucional** en la diferenciación, estimamos que también se cumple, pues la Ley N° 28457, persigue proteger el derecho a la identidad, que tiene rango constitucional.

➤ **Examen de idoneidad:**

Debe analizarse si la medida es congruente con el fin constitucional que persigue; de no cumplir con este presupuesto, devendría en inconstitucional.

En lo relativo a este paso, es importante comenzar citando a la jurista Paula Siverino Bavio, quien ha escrito un artículo sobre derecho a la identidad y verdad biológica, en el que menciona “(...) **en Argentina** se ha entendido que la protección de la identidad concede al sujeto **la atribución del sujeto de conocer sus orígenes como un derecho fundamental, el que se vería violado mediante la “falsa atribución de una relación filial. Así buena parte de la doctrina ha sostenido que “el hijo tiene un derecho constitucional y supranacional otorgado por la Convención de los Derechos del Niño a conocer su realidad biológica”** Sumado a ello, en abundante jurisprudencia nacional se ha señalado el derecho del menor a conocer su identidad biológica, como por ejemplo la Consulta N° 3873-2014-SAN MARTIN, de fecha 17.03.2015, sobre impugnación de paternidad. Inclusive la **CIDH**, en el fundamento jurídico 113 de la resolución emitida en el **CASO FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA**, ha expresado que “(...) Las relaciones familiares **y los aspectos biológicos de la historia de una persona**, particularmente de un niño o una niña, **constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del**

Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad (El subrayado y negrita es agregado)."

Estando a los argumentos expuestos, consideramos que la medida legislativa no plasma en la realidad su propósito, que es el derecho de identidad, pues el estado no brinda las herramientas necesarias a fin de que se realice la prueba de ADN, ya que únicamente constriñe al demandado al pago de dicha prueba, empero no se tiene en consideración que gran parte de emplazados no están en condiciones económicas para solventarla, atendiendo a nuestra realidad socioeconómica, siendo un país donde la mayor parte de la población percibe la remuneración mínima vital y, el valor económico de la prueba de ADN es superior a ella; por lo que en la mayoría de casos no se realiza dicho examen, que repercute en que no se puede determinar de manera fehaciente la verdadera identidad biológica de la persona cuya filiación se peticiona, en síntesis lo que la norma ha logrado es establecer legalmente la paternidad, no obstante, no hay certeza que esta coincida con la realidad biológica; sin embargo, eso no parece interesarle al legislador; por lo que, estimamos que la medida legislativa no sería idónea con el fin constitucional que persigue, derecho a la identidad.

➤ **Examen de necesidad**

Este paso exige que para lograr el fin constitucional que se persigue, la medida legislativa sea la que menos afecte los principios o derechos constitucionales.

Ahora bien, en cuanto al quinto paso, vamos a comenzar por mencionar el Proyecto Ley N° 153/2016 “Proyecto ley que crea el ADN gratuito”, que dio origen a la Ley N. 30628, que modificó la ley que regula el proceso de filiación, fue iniciativa del entonces congresista Jorge Alfonso Alejandro del Castillo, mediante dicho proyecto se propone que la prueba de **ADN no tenga costo para los justificables y que la realice el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público**; sin embargo, en el inicio este proyecto fue archivado²⁷, bajo el argumento que el proponer que la citada entidad realice dicha prueba tendría como consecuencia **el aumento del gasto público**, lo que contravendría lo dispuesto por el artículo 79 de nuestra carta magna y el artículo 76 numeral 2 del Reglamento del Congreso de la República; posteriormente, la Comisión de la mujer y familia, teniendo como presidenta a la entonces congresista Indira Isabel Huilca Flores, elaboraron una serie de modificaciones a dicho proyecto para que sea viable según los parámetros del Estado, señalando que como prioridad la prueba de ADN se realice a cargo del demandado como se aprobó con la Ley N. 29715, asimismo propuso la exoneración de tasas judiciales, pues el proyecto primigenio ya comprendía que no era necesaria la firma de letrado en la demanda; además

27

http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Decretos/Archivamiento/DA0015320160930.pdf, visitada el 03.05.2020.

de la propuesta de dicha comisión, uno de los obstáculos para la gratuidad de la prueba de ADN, fue la opinión desfavorable del Ministerio Público ya que alegaban que el que tenga que asumir el costo aumentaría el tiempo de entrega de resultados, considerando que la institución tiene un retraso de seis meses en la entrega de resultados, que el plazo de siete días señalados en el proyecto originario para la entrega de resultados era inviable.

Que, estando a lo expuesto en el párrafo anterior, ***los argumentos para que la prueba de ADN no sea gratuita, son medularmente de carácter presupuestal, es decir, se ha sacrificado el derecho de contradicción del demandado por el elevado costo de dicho medio probatorio***, es decir, lo que prima es que no genere costo para el estado, no interesando, que los demandados no cuenten con los recursos suficientes para solventar la prueba en mención, presumiendo la ley una paternidad que en diversos casos no ha sido probada por la falta de realización de este medio de prueba tan elemental al momento de determinar la filiación de paternidad extramatrimonial.

Sumado a lo señalado, hay que manifestar que años antes, este panorama fue advertido por el doctor Zócimo R. Serrano Coz, cuando se le solicitó su opinión consultiva en el Proyecto de Ley 2969/2008 CR “Modificación del artículo 2 de la Ley N. 28457²⁸,” que dio génesis a la Ley N. 29715, **que trasladó al demandado el pago de la prueba en comento**, en el que opinó lo siguiente *“En principio la Ley 28457, que regula el proceso de filiación*

²⁸ Regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial

*judicial de paternidad va más allá de su discusión respecto a la validez de la prueba biológica del ADN, que contravendría el derecho a un debido proceso, **al no observarse la igualdad entre las partes (....); por estas consideraciones, debe insertarse en el Proyecto de Ley que el Estado pueda financiar dicha prueba, y si concluye con resultado favorable, el demandado quede obligado a pagar a través de condena de costas y costos, recuperándose lo invertido en su etapa previa para cuyo efecto el estado debe implementar un programa de apoyo a la filiación, con recurso del estado, y la participación de otras fuentes de financiamiento como pueden ser empresas privadas o se implemente un programa dentro de su estructura orgánica del Ministerio de Salud, o en el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social***".

De los fundamentos antes mencionados, se aprecia que había otras opciones menos perjudiciales para el demandado, como que el estado asumiera el costo de la prueba en mención, **empero se ha optado por la solución más fácil y menos costosa para el Estado**, obligar a que el emplazado pague la prueba de ADN, **no considerando nuestro contexto social**, por lo que dicho proyecto ha sido elaborado pensando únicamente en la parte accionante y no se ha considerado las graves consecuencias a los derechos del demandado; por estas razones, argumentamos que no se cumple el examen de necesidad, al ser una medida legislativa desproporcional y sumamente gravosa.

➤ **Examen de proporcionalidad en sentido estricto**

Para que una intervención en un derecho fundamental sea constitucional, el grado de realización de la finalidad legítima de tal intervención debe ser, mínimamente, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. En cuanto, a este paso, se debe tratar de armonizar en lo posible los derechos en conflicto, no se trata de sacrificar un derecho por el otro, sino de que se afecte mínimamente un derecho a fin de optimizar el opuesto, justamente allí, radica la relación entre nivel de afectación y nivel de perfeccionamiento.

A nuestro criterio, al no realizarse la prueba de ADN en la mayoría de casos, lo que la ley N. 28547 ha generado es un reconocimiento provocado como opinan algunos juristas, dicha situación no garantiza que la filiación declarada en juicio concuerde con la identidad biológica de la persona cuyo derecho se busca proteger, por lo que no existe un equilibrio entre el derecho que se busca tutelar, que es el derecho a la identidad, y el derecho afectado, que es el derecho de contradicción del demandado, pues el grado de satisfacción del primero es menor, al nivel de afectación del segundo. Consecuentemente, a nuestro criterio la medida legislativa no cumple con el examen de proporcionalidad.

2.8. Tutela Jurisdiccional Efectiva

Encuentra respaldo constitucional en el artículo 139° inciso 3 de la norma fundamental y es concebido también como un derecho complejo que permite que cualquier persona pueda recurrir ante un órgano jurisdiccional solicitando un

presunto derecho. Debe cumplir una serie de exigencias formales para su admisibilidad según su naturaleza; de no satisfacer los presupuestos necesarios, el órgano jurisdiccional rechazará liminarmente la pretensión cuya tutela se solicita y no por ello significará una afectación a dicho derecho fundamental. Por ejemplo, en los procesos civiles (salvo materias exceptuadas conforme a Ley) el ejercicio del derecho de acción se ve limitado por el pago de aranceles judiciales que debe realizarse a la par que se plantea la pretensión. De igual forma, ejercitar dicho derecho nada tiene que ver con, *per se*, obtener un resultado en armonía con lo pretendido dentro del proceso.

Este derecho, opera solo en sede judicial, incluso desde antes su inicio hasta el cumplimiento efectivo de la sentencia, mientras que el debido proceso está destinado al desarrollo del íter procesal mismo con sujeción a los derechos y garantías ya precisados en los párrafos precedentes.

2.8.1. Cuestiones doctrinarias

El uso de la expresión debido proceso o tutela jurisdiccional efectiva, al menos dentro del proceso judicial, resulta indistinto²⁹, pues en ese escenario comprenden, básicamente, las mismas garantías y derechos fundamentales.

Precedente al proceso: se refiere a la posibilidad de requerir al estado provea los presupuestos indispensables para que un proceso se lleve a cabo de manera exitosa respetando los derechos de los justiciables a una debida administración de justicia.

²⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo. Volumen III*. Gaceta Jurídica. Lima, 2013. p. 60.

Durante el proceso: El estado debe brindar a toda persona interviniente en un proceso, una esfera de derechos sustanciales y formales con la finalidad de evitar que exista arbitrariedad, prima la trascendencia de los derechos cuyo reconocimiento es constitucional, así también se prioriza el cumplimiento de derechos y libertades, esto a fin de evitar un abuso por parte del estado.

2.8.2. Características fundamentales

El maestro Monroy Gálvez se pronuncia sobre derecho a la tutela jurisdiccional efectiva³⁰, el mismo que tiene dos planos, antes y durante el proceso, respectivamente:

- a. Antes del proceso: se refiere a aquel derecho que posee todo sujeto de derechos, mediante el cual, tiene la posibilidad de requerir al estado proporcione a la colectividad las condiciones materiales y legales precisas para resolver una causa en circunstancias que resulten satisfactorias. El deber estatal de asegurar tutela jurídica a sus ciudadanos tiene exigencias previas al iniciar un proceso concreto, pues además se trata de un órgano exclusivo tendente a la resolución de conflictos, ya que la autotutela o autodefensa se encuentra proscrita de nuestro ordenamiento jurídico.
- b. En el proceso: abarca el conjunto de derechos esenciales que toda nación debe proveer a quien ya es partícipe de un proceso judicial, pues prima la trascendencia de los derechos cuyo reconocimiento es constitucional, así también se prioriza el cumplimiento de derechos y libertades para que el sujeto partícipe de un proceso no sea agraviado por el estado. En pocas

³⁰ MONROY, Juan (2007). Teoría general del proceso. Palestra Editores, Lima, pág 454-455

palabras, afirma que la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de toda persona a que se “haga justicia” a través de un proceso con unas garantías mínimas.

2.8.3. Tutela jurisdiccional efectiva de la demandante.

En los casos de filiación no es exigible la defensa cautiva como en otros procesos; sin embargo, la defensa pública está cumpliendo un papel fundamental, pues a través de los defensores públicos de asistencia legal, se facilita a las personas de escasos recursos, asesoría legal gratuita. Ahora bien, es importante señalar que el defensor público no debe realizar un examen arcaico respecto al aspecto procesal de la acción, pues el denegar arbitrariamente ella, sin un debido análisis del caso, podría afectar el derecho en comento.

Es importante resaltar, que la defensa pública interviene únicamente en casos en que la demandante carezca de recursos económicos; sin embargo, cuando el emplazado tiene esa misma condición socioeconómica, no se le brinda apoyo y, se le obliga a contratar a un abogado particular.

2.8.4. La efectividad de la tutela jurisdiccional

Este derecho debe tener efectividad, eso quiere decir, que el justiciable no solamente deber tener acceso a la justicia (ejercitado mediante su derecho de acción) y obtener una sentencia razonable y obviamente fundada, sino que además, una vez obtenga el fallo por el juzgador, en un plazo razonable, tenga plena efectividad; sin embargo, en los procesos bajo examen observamos a diario que lamentablemente los fallos que declaran la filiación son en muchos casos por vencimiento del plazo otorgado al demandado, sin haber ejercitado el derecho de

oposición que le corresponde, por múltiples justificantes y que lamentablemente lo colocan en una situación de desventaja, no se debe dejar de tener en cuenta, que el objetivo primordial del derecho es la justicia, y que por medio del proceso solo se observa la materialización de la misma, de dar a cada quien lo suyo, dar una tutela concreta, sin embargo, en este tipo de casos, casi siempre se da razón a la parte actora(y en eso versa el fallo) por el simple hecho de que la parte demandada no puede cubrir la prueba genética aludida y por tanto no resultaría efectiva.

Según lo anterior, entonces, se puede concluir que la tutela jurisdiccional no es únicamente de ejercicio, sino también consiste que el proceso reúna las debidas garantías tanto sustantivas como procesales, asimismo que la sentencia se ejecute debidamente, pues de nada valdría recurrir a un largo proceso judicial si no se repone el derecho afectado y se materializa lo decidido por el Juez.

2.8.5. Sobre la afectación del derecho a la igualdad y consecuentemente la tutela jurisdiccional efectiva

Hemos indicando, que el derecho en comento, se basa en que no se realice diferencias injustificadas, es decir que el legislador no puede realizar tratos diferentes ante situaciones idénticas.

No obstante, la trasgresión a tal mandato constitucional se aprecia claramente cuando el derecho de acción de la demandante, en representación del menor, en este tipo de procesos, no encuentra ningún tipo de obstáculos, ni siquiera el pago de aranceles judiciales para su ejercicio, lo que no sucede respecto al demandado, pues no solo debe realizar el pago por estos conceptos para que pueda ser atendido

por el órgano jurisdiccional, sino que su derecho de contradicción se ve limitado al pago de una suma desproporcionada e irrazonable (aproximadamente entre S/900.00 y S/1,500.00), pues, de no hacerlo, sin mayor actuación, se determinará judicialmente el vínculo paterno – filial.

En esa línea también se encuentra la discriminación del demandado, quien para el ejercicio de su derecho de contradicción debe cumplir una serie de ritualismos propios del proceso civil, como la firma de abogado en los escritos que presente; mientras que la accionante, muy aparte de no ser indispensable la firma de letrado en sus escritos, se ve “exonerada” hasta de las formalidades, pues su demanda ahora se ha traducido en un “formato” de una sola hoja, avalado por el mismísimo Poder Judicial, a través del cual reemplaza a la demanda e inicia el proceso. Y digo reemplaza porque bajo ningún extremo podemos considerar que dicho formato sea en sí mismo una demanda con arreglo a Ley.

2.8.6. Sobre la afectación del derecho a la prueba y su repercusión en la tutela jurisdiccional

Es un derecho fundamental, pero decíamos ya que no es irrestricto, porque, dependiendo de la naturaleza del proceso, la oportunidad de ofrecer los medios probatorios puede variar. Centrándonos en un proceso civil, las reglas de la actividad probatoria se encuentran contenidas en el Código Civil Adjetivo, teniendo, en principio, que quien plantea la petición, es decir, la parte accionante, debe brindar los medios de prueba que la sustenten; y el emplazado, al contestar la demanda y oponerse a lo manifestado por la parte actora, debe también ofrecer sus medios

probatorios. Luego de esta etapa, en teoría, tendría que operar la preclusión, es decir, la imposibilidad de que las partes aporten más pruebas al proceso, salvo los supuestos de medio probatorio extemporáneo, que es un tema aparte.

Concretamente los procesos de filiación extramatrimonial no tienen más prueba que el examen de ADN. No obstante, la Ley N° 28457 exime de la carga de probar lo afirmado a la demandante, y no traslada al demandado la posibilidad de refutarlas, sino, bajo la premisa, “o pagas el costo de la prueba de ADN o te declaro judicialmente el padre del menor”; en otras palabras, si el demandado debe probar que lo sostenido por la demandante no se ajusta a la verdad, pero para poder acreditarlo tiene que pagar entre S/900.00 a S/1,500.00, que es un aproximado del costo de aquella prueba. En suma, trasgrede sobre manera el derecho fundamental a la prueba del demandado, no solo por “exonerar” de la carga de la prueba a la parte actora, sino por supeditar al excesivo pago el ofrecimiento de prueba del demandado.

2.8.7. Manifestaciones de la vulneración a la tutela jurisdiccional

Sobre este punto, cabe relieves que, si bien la ley que regula el proceso bajo examen, es de orden público, por lo que permite regular derechos de los ciudadanos, también es cierto que esto, necesita una debida motivación por parte del legislador, que efectúa dicho mandato, más aún para efectuar alguna restricción, como condicionar el derecho de contradicción del demandado.

La ley que regula el proceso bajo análisis, realiza una mínima explicación de los motivos que justifican que se traslade al demandado la carga de la prueba y que

además no se contemple el auxilio judicial de la prueba genética para casos de personas de escasos recursos económicos.

En el proceso de filiación, ante la incomparecencia del demandado, no se evalúa la conducta procesal, sino por el contrario la ley, ha establecido un *mecanismo de reconocimiento provocado* como señala Lloveras y Orladini³¹, la ley que rige el proceso de filiación, envuelve al Juez al punto que pareciera que retrocedemos a tiempos antiguos donde el magistrado era solo boca de la ley, limitándolo a establecer si se cumple o no el silogismo aristotélico para declarar el derecho.

2.8.8. El III Pleno Casatorio Civil

Este Pleno Casatorio unificó y consolidó el criterio de los jueces respecto a las materias de familia. Se flexibilizaron los principios de preclusión, congruencia y eventualidad, así como también la acumulación de pretensiones.

No obstante, queda meridianamente claro, que lo único que se puede flexibilizar son los principios procesales, más no derechos fundamentales.

2.9. La prueba de ADN como justificación de la Ley N° 28457

La prueba biológica de ADN llegó al Perú, pero no fue hasta 1999, con la Ley N° 27048, que se le reconoce efectos legales para determinar la relación paterno – filial extramatrimonial, atendiendo a su alto grado de certeza. Y, así las cosas, previa inclusión en el artículo 402° del CC, ante la inexistencia de una prueba de tal

³¹ Ídem.

magnitud, los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial se tramitaban en la vía procedimental del proceso de conocimiento, frente a una prueba incuestionable, con un superlativo grado de certeza, ¿debía mantenerse la sustanciación de tales procesos en la vía procedimental más larga? La respuesta es obvia, y fue ello lo que motivó la estructuración de un proceso especial, cuya regulación se cristalizó en la dación de la Ley N° 28457, desde enero de 2005.

2.9.1. Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extrajudicial, después de su modificación por Ley N° 30628, y su grave afectación a los derechos fundamentales

De todo lo tratado hasta aquí, tenemos que en este tipo de proceso cobra vigencia el aforismo latino “mater semper certa est, pater numquam”, y es que debemos recordar que los menores de edad, por sí mismos, no pueden acudir al órgano jurisdiccional a plantear la pretensión de declaración de paternidad, por lo que, en el común de los casos, es la madre -semper certa- quien reclama al presunto padre –semper incertus- el reconocimiento legal de aquel fruto procreado extramatrimonialmente, y es a ella, más que al niño, quien se ve beneficiada con una sobretutela jurisdiccional efectiva.

Parece ser que las palabras del tratadista Varsi Rospigliosi cuando afirma que “*un niño sin padre, aunque científicamente sea posible, socialmente es inaceptable*”³² fue precisamente lo que motivó a los creadores y modificadores de la Ley N° 28457:

³² VARSI, Enrique. El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/77a816804678ba6aa0bce693776efd47/EI+nuevo+proceso+de+filiaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=77a816804678ba6aa0bce693776efd47>

pretender, a toda costa, transmitir a la sociedad la idea de que de su aceptación es el fundamento para legislar.

2.10. El Derecho a la identidad del menor

El Derecho fundamental a la identidad es el argumento que más se utiliza como justificación de la ley bajo análisis. “Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad (...)”, según señala el artículo 2°, inciso 1 de nuestra Constitución Política. Así, a través de la sentencia emitida en el Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, en resumen, el Tribunal Constitucional ha expresado que el derecho a la identidad no se limita únicamente a cualidades distintivas de naturaleza objetiva como los nombres, seudónimos entre otros, sino también comprende aquellas de carácter subjetivo, como las características que proceden del propio desarrollo y comportamiento personal, entre las que se puede señalar por ejemplo el pertenecer a una determinada etnia, o tener una postura determinada ideológica.

2.10.1. Identidad estática

Comprende, básicamente, los rasgos biológicos del individuo, el nombre, la imagen, lugar de nacimiento, nacionalidad, y que suelen no modificarse con el tiempo, salvo, en algunos aspectos, por orden judicial, a pedido del mismo sujeto (por ejemplo, en los casos de cambio de nombre).

2.10.2. Identidad dinámica

Como su denominación lo sugiere, va desarrollándose con el individuo en lo personal, madurez y sentimental; es conocida también como verdad personal o proyecto de vida. Es la que, aunque complementaria a la identidad estática, en ocasiones se superpone a esta al momento de entrar en conflicto. Así tenemos, por ejemplo, lo resuelto en la Casación N° 950-2016-Arequipa, donde se determinó que la menor de apellido Medina Sánchez, de 09 años de edad, tras someterla al examen de ADN, en realidad era hija biológica de Joel Vilca Flores y no de quien la reconoció como su hija, esto es, don Luis Medina Vega; así las cosas, las instancias de mérito ordenaron que la menor lleve el apellido que le corresponde, es decir, Vilca, y que don Luis Medina Vega sea excluido como padre de aquella menor, por lo que es notorio que se decantaron, tanto en primera, como segunda instancia, por el derecho a la identidad estática. Sin embargo, la Corte Suprema, basándose en que la menor no se sentía identificada el apellido Vilca, sino Medina, teniendo ya una identidad familiar, como hija de don Luis Medina Vega, y en aras del principio del interés superior del niño, hizo prevalecer el aspecto dinámico del derecho a la identidad.

Pero, ¿la Ley N° 28457 realmente cumpliría con su finalidad desde la perspectiva de salvaguardar el derecho de identidad del menor?

Consideramos que no, pues en la mayoría de casos no llega a formularse oposición o, en su defecto, se oponen, pero al no pagar el examen de ADN, dicha oposición queda sin efecto y se procede a declarar judicialmente la paternidad del demandado, lo cual no se condice con el espíritu de la Ley N° 28457, y es que un derecho tan sensible como el de la identidad no puede dejarse al azar, porque, al fin y al cabo, eso es lo que sucede, declarar la filiación extramatrimonial por el mero

hecho de que el emplazado no costeo la prueba biológica de ADN. Dejando de lado, los derechos fundamentales del demandado, la norma en análisis también afecta el propio derecho a la identidad del menor, pretendiendo imputarle una filiación a costa de un inadecuado proceso en el que se deberían agotar los esfuerzos para determinar fehacientemente la filiación, mediante la realización de la prueba biológica en mención.

2.11. La determinación de la paternidad en el Derecho comparado

2.11.1. Legislación Colombiana

Previo a declararse la existencia del vínculo paterno-filial, se ha establecido, mediante Ley N° 721, del año 2001, que en todos los procesos donde se debe determinar la filiación, los justiciables deben ser sometidos a la prueba de ADN, la cual, por su contundencia, es la que prevalece sobre las otras, que solo tenían la calidad de meras presunciones, a tal punto de volverlas innecesarias (salvo que la prueba de ADN, por alguna circunstancia particular, sea imposible de obtener). Así, el costo total de aquella prueba **es asumido por el Estado**, cuando la parte demandante **carece de recursos económicos**, de manera tal que no se afecta ningún derecho fundamental, ni del demandado ni del menor; siendo la regla que quien demanda debe ofrecerla.

Y es que, de acuerdo al marco teórico detallado, el autor de la presente investigación sigue la línea de esta legislación, por cuanto, considera que debe prevalecer el derecho a la igualdad de los justiciables en un proceso de declaración judicial de paternidad, para que tengan acceso, sobre todo la parte demandada, a

ejercitar su derecho de oposición de manera real y efectiva, no estando condicionada al pago de dicha prueba y dejar de ser un simple sujeto a disposición del mandato de la Ley.

2.11.2. Legislación Española

En este país, no existe ninguna ley que obligue al demandado a realizarse el examen de ADN, como medio de prueba. En el caso que el demandado no desee realizarse tal examen, solo un indicio para que se declare la paternidad del mismo; no obstante, precisamente por su falta de regulación, los procesos de filiación extramatrimonial (o llamados investigación de paternidad) son resueltos por el juzgador valorando otros medios probatorios y sobre la base del ya referido indicio que podría propiciar el demandado, **asimismo existe en dicho país asistencia pericial gratuita a cargo del Estado para personas de escasos recursos económicos.**

CAPÍTULO III

3.1 ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS

El análisis y discusión de los resultados se basa en 60 sentencias consentidas expedidas por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016; no obstante, para tener una mejor visión de la problemática en estudio, se ha agregado el criterio de encuestas (20 encuestados) al momento de tratar la problemática central de esta tesis, tal y como se detalla a continuación:

3.1.1. CRITERIO: SENTENCIAS

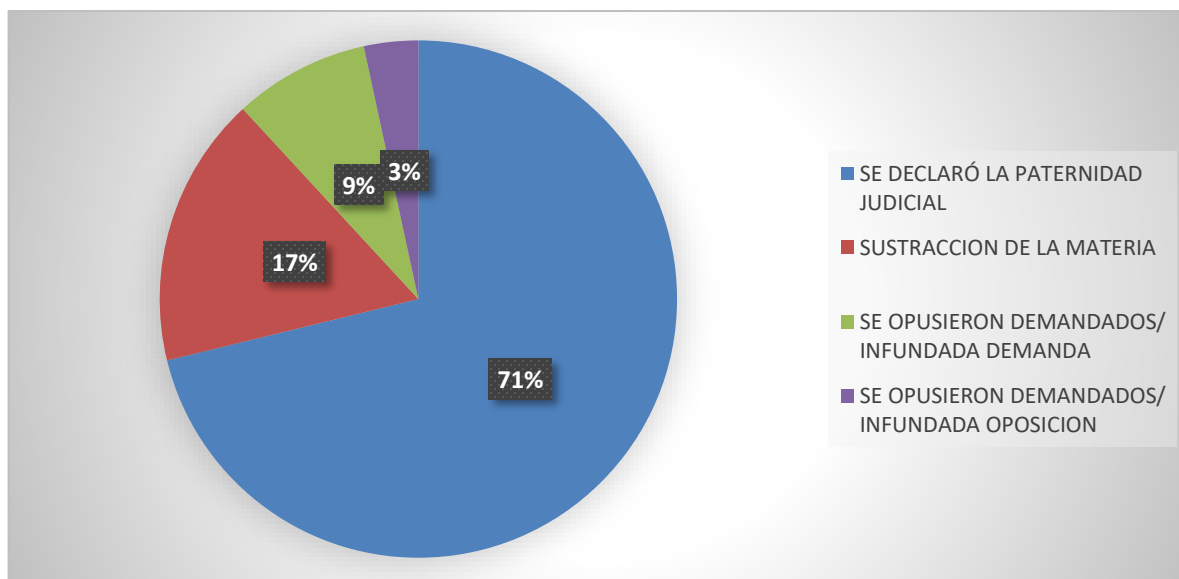
TOTAL	60
ESTADO	CONSENTIDAS
DEPENDENCIA	JUZGADO DE PAZ LETRADO DE LAMBAYEQUE

En las siguientes líneas, se ofrecerá el análisis así como la interpretación de 60 sentencias emitidas por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque en los casos de declaración paterno-filiales, durante los años 2015-2016; por lo que se especificará en cuántos casos hubo declaración judicial de paternidad, cuantos justiciables ejercitaron su derecho de oposición, si interpusieron recurso de apelación, así también si solicitaron la figura del auxilio judicial a la que se refiere el artículo 179 del código procesal civil, finalmente si es que con la vigencia de la Ley 30628, se atenuó la presente problemática; reiterando, que principalmente, en este apartado se analizará el número de declaraciones judiciales de paternidad de acuerdo a los años de estudio, analizando si hubo igualdad entre los justiciables, y si se alcanzó una efectiva tutela jurisdiccional

Tabla N° 1.- Distribución de Casos en donde se declaró la paternidad judicial, ante el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016

CRITERIO	FRECUENCIA	%
SE DECLARÓ LA PATERNIDAD JUDICIAL	42	71
SUSTRACCION DE LA MATERIA	10	17
SE OPUSIERON DEMANDADOS/ INFUNDADA DEMANDA	5	7
SE OPUSIERON DEMANDADOS/ INFUNDADA OPOSICION	2	5
TOTAL	60	100

Fuente: Sentencias expedidas por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016.

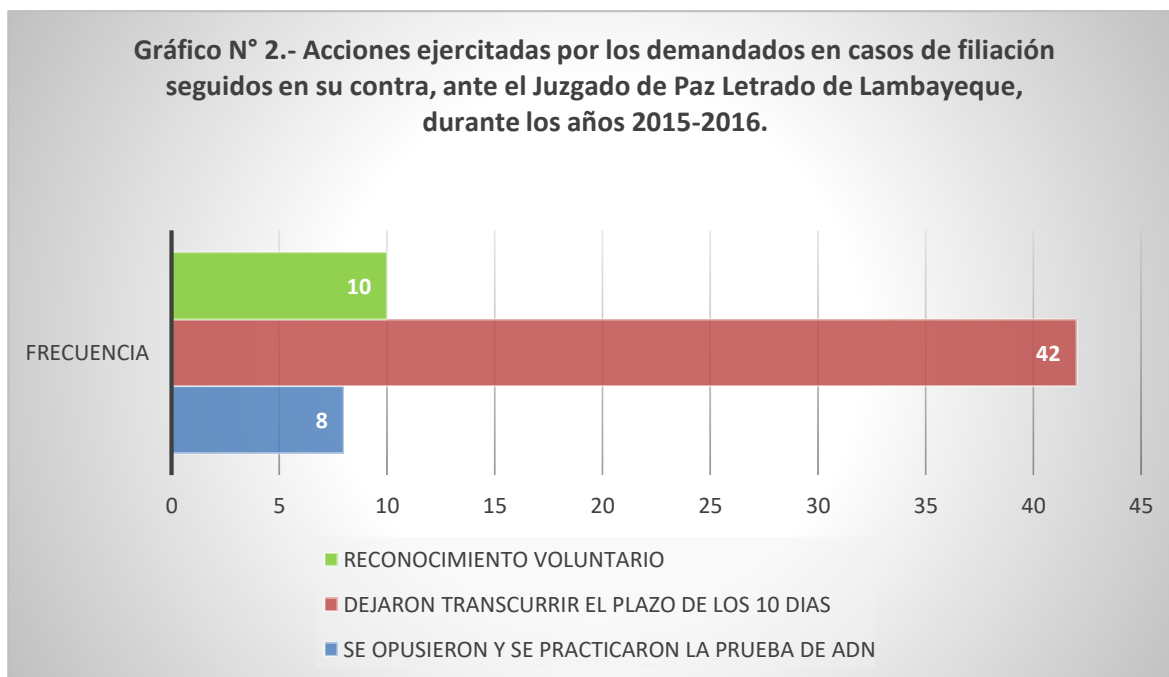


Del Grafico N° 1, se puede interpretar que de un total de 60 sentencias, recaídas en procesos de Filiación extramatrimonial, ante el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016, en 42 de ellas, representado por el 71% se obtuvo como fallo declarar judicialmente la paternidad, por lo que resulta importante investigar los criterios que conllevaron a esta decisión por el Juzgador; así mismo, con un 17% hubo sustracción de la materia, en aquellos casos que la parte demandada cumplió con reconocer voluntariamente a sus menores hijos; lo que resulta preocupante es que apenas con un 7% los emplazados optaron por oponerse y que finalmente 5% lograron que sea declarada infundada la demanda, porcentaje absolutamente ínfimo para tan relevante problemática, por lo que se puede deducir que no se alcanza el derecho a la igualdad entre los justiciables.

Tabla N° 2.- Acciones ejercitadas por los demandados en casos de filiación seguidos en su contra, ante el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016.

CRITERIO	FRECUENCIA	%
SE OPUSIERON Y SE PRACTICARON LA PRUEBA DE ADN	8	13
DEJARON TRANSCURRIR EL PLAZO DE LOS 10 DIAS	42	70
RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO	10	17
TOTAL	60	100

Fuente: Sentencias expedidas por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016.



Del grafico N° 2, se puede mencionar que el 70% de las sentencias declararon judicialmente la paternidad, en el sentido que la parte emplazada dejo transcurrir el plazo de los 10 días hábiles, significando así que al no existir oposición sea cual fuese el factor, el reconocimiento se efectúa sin tener en cuenta si realmente el demandado es el padre biológico o no; por otro lado, solo el 13% logró ejercitar su derecho de oposición practicándose la prueba de ADN.

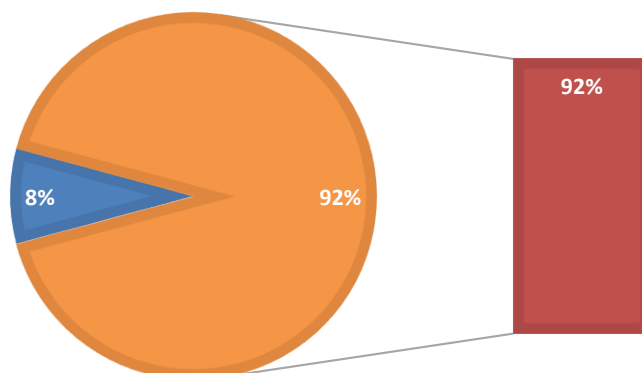
Tabla N° 3.- Distribución de demandados que solicitaron auxilio judicial por casos de filiación seguidos en su contra, ante el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016

CRITERIO	FRECUENCIA	%
SOLICITARON AUXILIO JUDICIAL	5	8
NO SOLICITARON AUXILIO JUDICIAL	55	92
TOTAL	60	100

Fuente: Sentencias expedidas por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016.

GRÁFICO N° 3.- DISTRIBUCIÓN DE DEMANDADOS QUE SOLICITARON AUXILIO JUDICIAL POR CASOS DE FILIACIÓN SEGUIDOS EN SU CONTRA, ANTE EL JUZGADO DE PAZ LETRADO DE LAMBAYEQUE, DURANTE LOS AÑOS 2015-2016

■ SOLICITARON AUXILIO JUDICIAL ■ NO SOLICITARON AUXILIO JUDICIAL

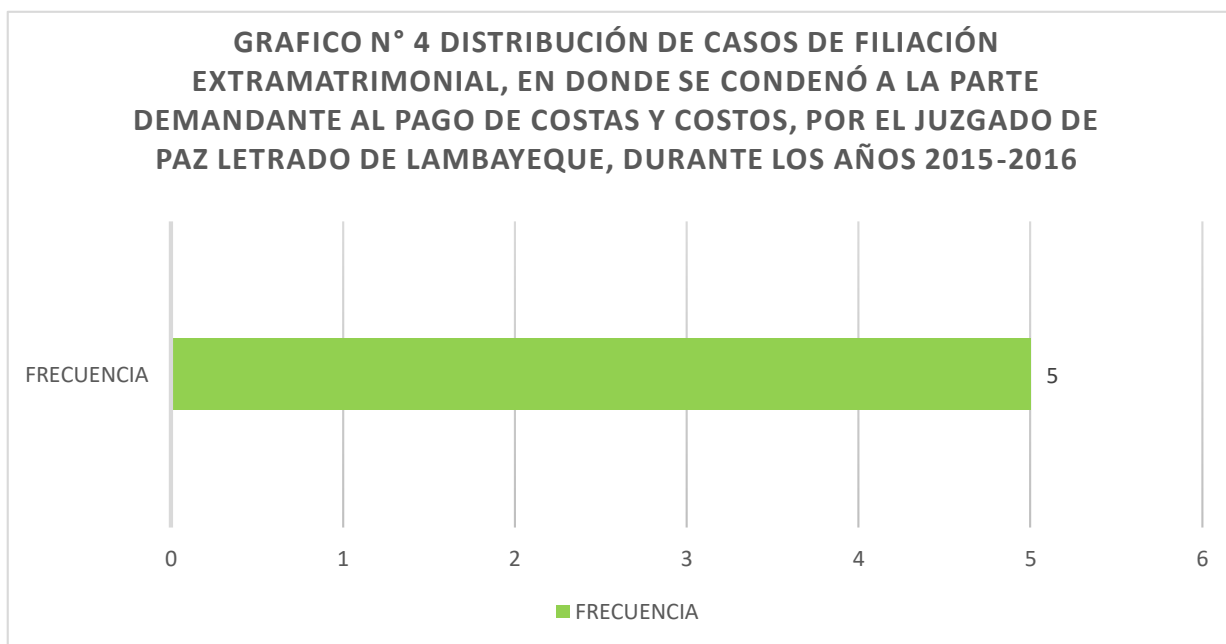


Del grafico N° 3, se pude interpretar que, del total de los 60 casos de filiación extramatrimonial, solicitaron la institución del auxilio judicial a que se refiere el art. 179 del Código Procesal Civil, solo apenas el 8%, y cabe precisar que dicha figura no cubre el costo de la prueba de ADN (solo aranceles judiciales y cédulas de notificación), por lo que la parte emplazada se ve desamparado al no poder ejercitar su derecho de oposición por diversos motivos, económicos principalmente.

Tabla N° 4.- Distribución de Casos de filiación extramatrimonial, en donde se condenó a la parte demandante al pago de costas y costos, por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016

CRITERIO	FRECUENCIA	%
SE CONDENÓ AL PAGO DE COSTAS Y COSTOS	5	100
TOTAL	5	100

Fuente: Sentencias expedidas por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016.

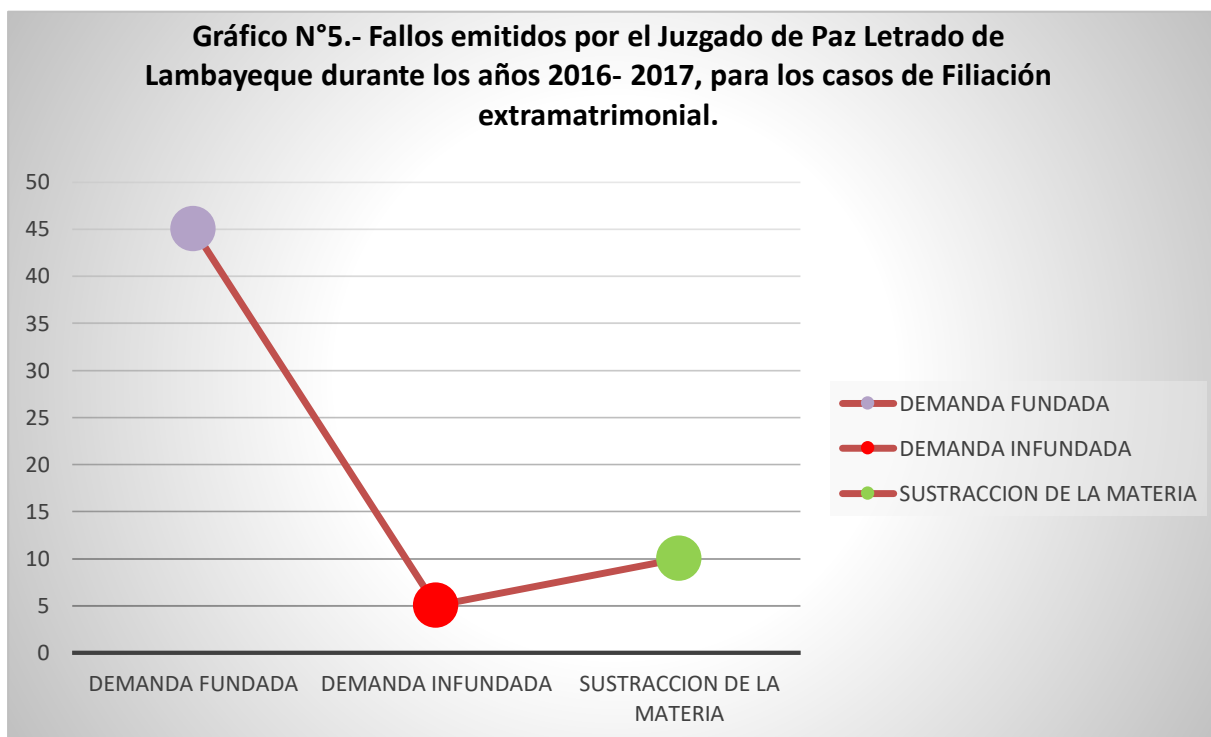


Del grafico N° 4, se puede interpretar que aquellos emplazados que lograron oponerse y que resultó infundada la demanda, se le condenó al pago de costas y costos a la parte demandante por haber obrado de mala fe, así también, se puede deducir que si hubiera una mayor accesibilidad a practicarse la prueba de ADN quizás hubiera un mayor número de demandas infundadas, porque al no ejercitar el derecho de oposición se resuelve con lo dicho por la demandante, sin tomar en cuenta los derechos constitucionales inherente a ambas partes, y no solamente a una.

Tabla N°5.- Fallos emitidos por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque durante los años 2015- 2016, para los casos de Filiación.

FALLO	FRECUENCIA	%
DEMANDA FUNDADA	45	75
DEMANDA INFUNDADA	5	10
SUSTRACCION DE LA MATERIA	10	15
TOTAL	60	100

Fuente: Sentencias expedidas por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016.



Del grafico anterior, se puede interpretar que, de un total de 60 sentencias expedidas por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, en casos de filiación, en el 75% de ellas se declaró judicialmente la paternidad, siendo fundada la demanda; y en apenas el 10% se declara infundada la demanda, siendo que la parte emplazada logró ejercitar su derecho de oposición, demostrándose la ausencia de una efectiva tutela jurisdiccional, al tener prácticamente que asumir la carga de la prueba el demandado.

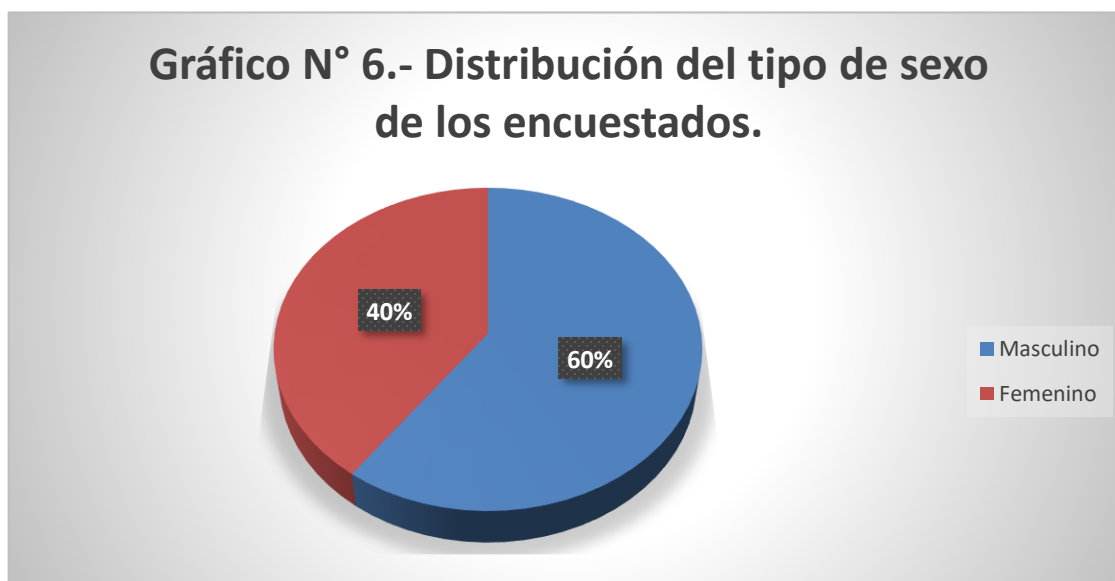
3.1.2. CRITERIO ADICIONAL: ENCUESTAS: Siendo aplicadas a un total de 20 personas.

Tabla N°6.- Distribución del tipo de sexo de los encuestados.

SEXO	FRECUENCIA	%
Masculino	12	60

Femenino	8	40
Total	20	100

Fuente: Encuesta aplicada a operadores jurídicos de la Jurisdicción de Lambayeque



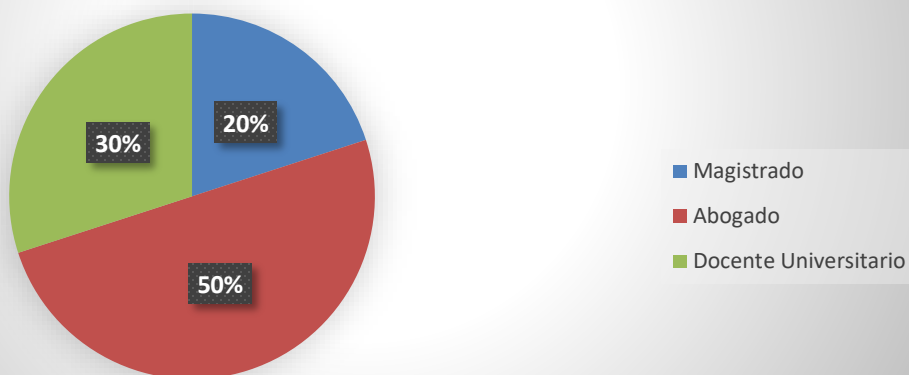
Del Gráfico N° 6, se puede interpretar que de un total de 20 encuestados, el 60% fueron de sexo masculino y el 40% de sexo femenino, teniéndose por lo tanto distintas perspectivas para opinar acerca de la problemática en cuestión.

Tabla N° 7.- Distribución de cargos que desempeñan actualmente la población encuestada.

CARGO	FRECUENCIA	%
Magistrado	4	20
Abogado	10	50
Docente Universitario	6	30
Total	20	100

Fuente: Encuesta aplicada a operadores jurídicos de la Jurisdicción de Lambayeque

Gráfico 07.- Distribución de cargos que desempeñan actualmente la población encuestada.

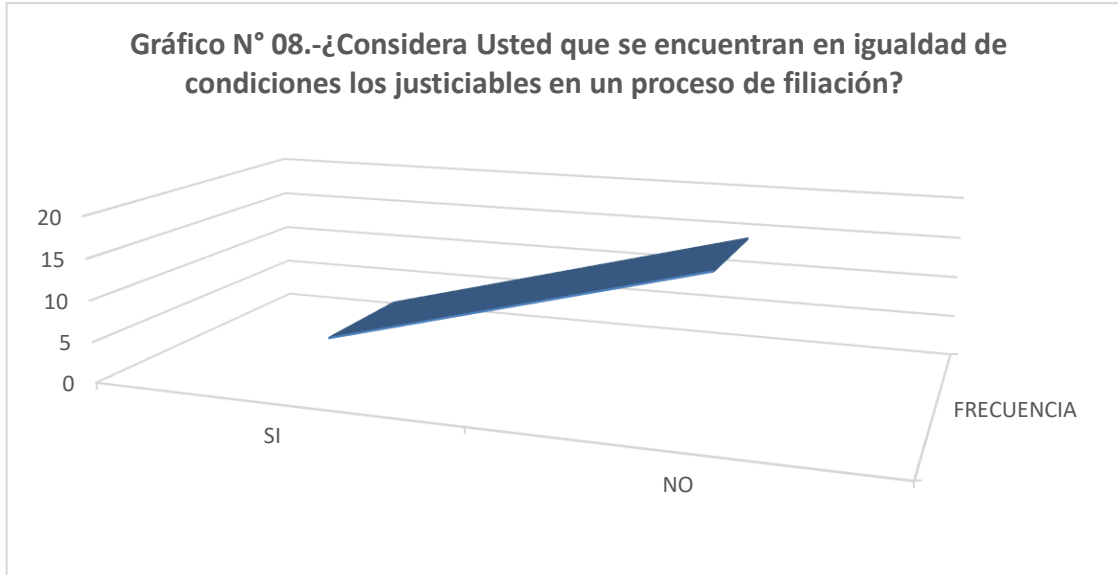


Del gráfico anterior, se puede interpretar que la población encuestada se desempeña en diferentes funciones, teniéndose distintas percepciones acerca de la problemática central de esta tesis, siendo el 50% de ellos abogados, el 30% docentes universitarios, y el 20% magistrados.

Tabla N° 08.- ¿Considera Usted que se encuentran en igualdad de condiciones los justiciables en un proceso de filiación?

CRITERIO	FRECUENCIA	%
SI	4	20
NO	16	80
Total	20	100

Fuente: Encuesta aplicada a operadores jurídicos de la Jurisdicción de Lambayeque



Del gráfico N° 08, se puede interpretar que el 80% de los encuestados señalan que no existe igualdad de condiciones cuando se tramitan los casos de filiación, siendo que existen deficiencias en la Ley 28457, y que lamentablemente, los jueces se limitan a aplicar lo establecido literalmente, sin evaluar las condiciones particulares de los justiciables.

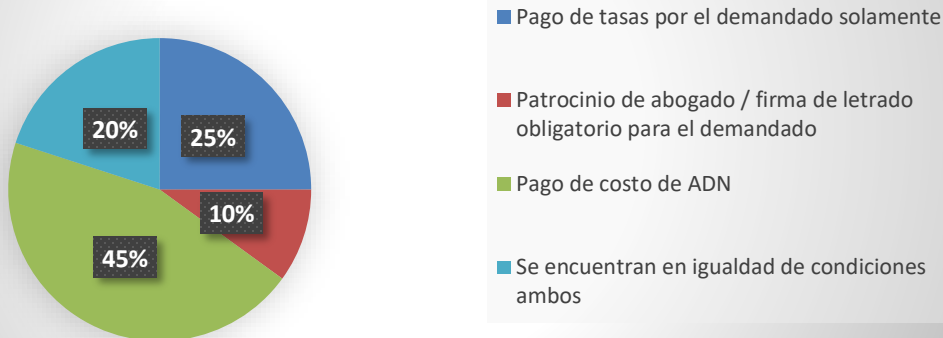
Tabla N° 09.- Relación de supuestos que, según los encuestados, vulneran el derecho a la igualdad en un proceso de filiación entre las partes.

CRITERIO	FRECUENCIA	%
Pago de tasas por el demandado solamente	5	25
Patrocinio de abogado / firma de letrado obligatorio para el demandado	2	10
Pago de costo de ADN	9	45

Se encuentran en igualdad de condiciones ambos	4	20
Total	20	100

Fuente: Encuesta aplicada a operadores jurídicos de la Jurisdicción de Lambayeque

Gráfico N° 09.- Relación de supuestos que, según los encuestados, vulneran el derecho a la igualdad en un proceso de filiación entre las partes.



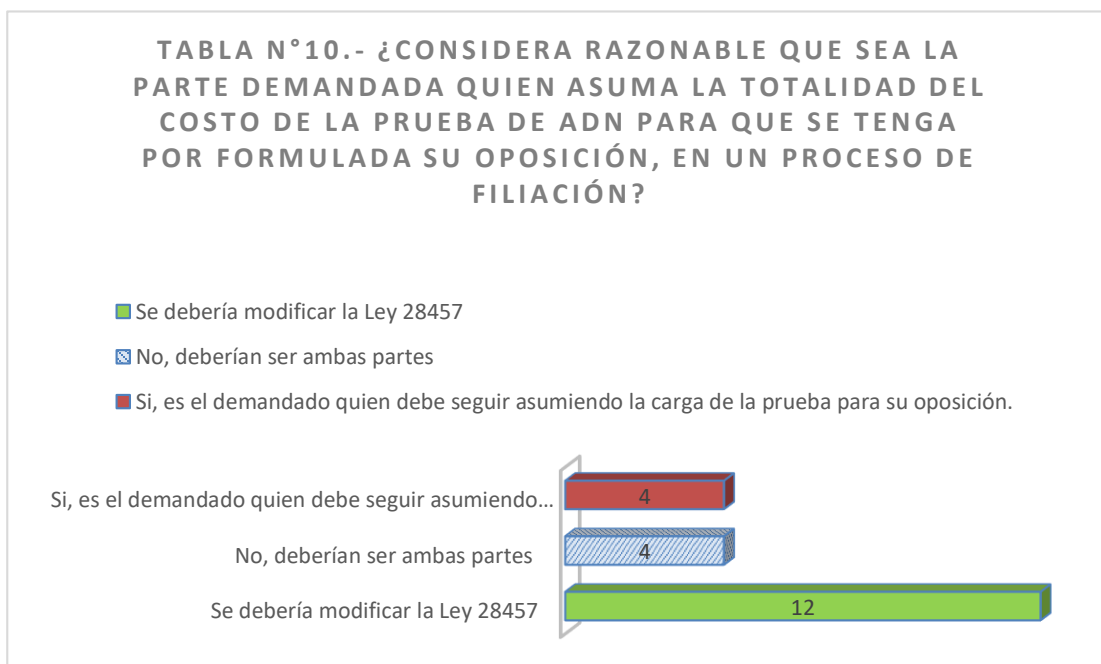
Del gráfico N° 09, se puede interpretar que existen tres supuestos que propician la vulneración del derecho a la igualdad de las partes en los procesos de filiación, siendo que el 45% considera que existe desigualdad cuando se ha establecido que sea el emplazado quien asuma el costo de la prueba de ADN para ejercitar el derecho de oposición; el 25% considera que el demandado es el obligado a pagar por concepto de tasas judiciales, lo cual no sucede con la parte demandante, y con un 10% se señala que igual existe desigualdad cuando el demandado requiere la asistencia obligatoria de un abogado para poder afrontar un proceso de filiación; en consecuencia provocando la masividad de declaraciones judiciales de paternidad.

Tabla N°10.- ¿Considera razonable que sea la parte demandada quien asuma la totalidad del costo de la prueba de ADN para que se tenga por formulada su oposición, en un proceso de filiación?

CRITERIO	FRECUENCIA	%
Se debería modificar la Ley 28457	12	60
No, deberían ser ambas partes	4	20
Si, es el demandado quien debe seguir asumiendo la carga de la prueba para su oposición.	4	20

Total	20	100
-------	----	-----

Fuente: Encuesta aplicada a operadores jurídicos de la Jurisdicción de Lambayeque



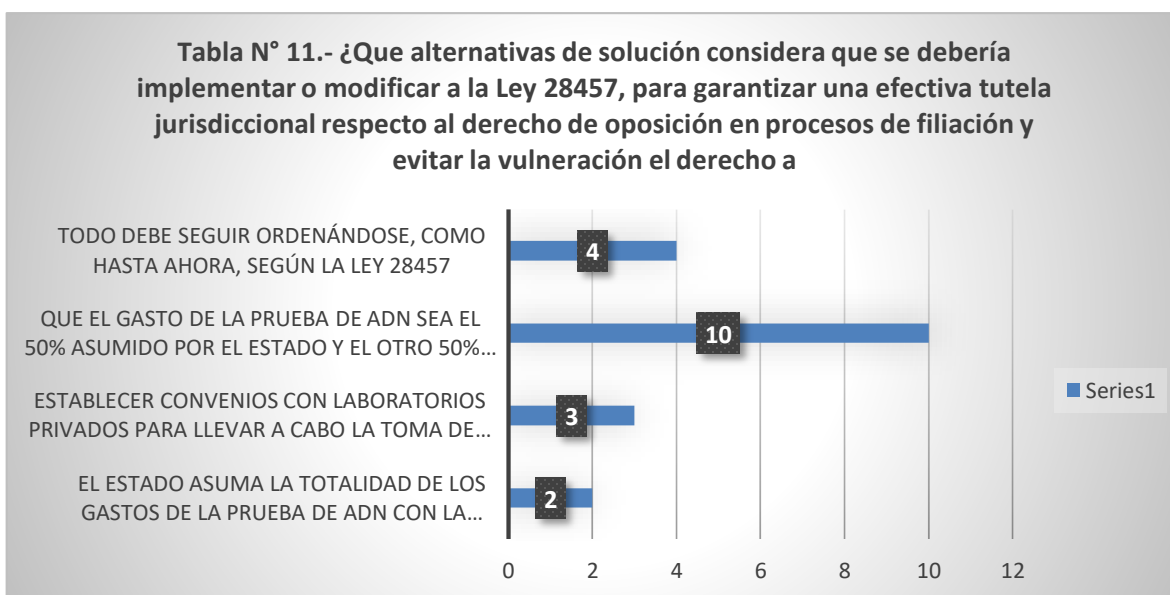
Del grafico N° 10, se puede interpretar que el 60% de los encuestados argumenta que debería haber necesariamente una modificación a la Ley 28457, ya que para ejecutar la oposición es de obligatorio cumplimiento a someterse a la prueba de ADN, por lo que vulnera el derecho a una efectiva tutela jurisdiccional.

Tabla N° 11.- ¿Que alternativas de solución considera que se debería implementar o modificar a la Ley 28457, para garantizar una efectiva tutela jurisdiccional respecto al derecho de oposición en procesos de filiación y evitar la vulneración el derecho a la igualdad entre los justiciables?

CRITERIO	FRECUENCIA	%
El estado asuma la totalidad de los gastos de la prueba de ADN con la finalidad que los demandados tengan posibilidad de establecer su filiación biológica real.	2	10
Establecer convenios con laboratorios privados para llevar a cabo la toma de las muestras de ADN, con el objetivo que brinden facilidades a los justiciables.	3	15

Que el Estado cree laboratorios gratuitos exclusivamente para que asuman el proceso de la prueba de ADN y garantizar el derecho de oposición de la parte demandada.	1	5
Que el gasto de la prueba de ADN sea el 50% asumido por el Estado y el otro 50% restante sea asumido por cualquiera de las partes de acuerdo al caso concreto, en procesos de filiación.	10	50
Todo debe seguir ordenándose, como hasta ahora, según la Ley 28457	4	20
Total	20	100

Fuente: Encuesta aplicada a operadores jurídicos de la Jurisdicción de Lambayeque



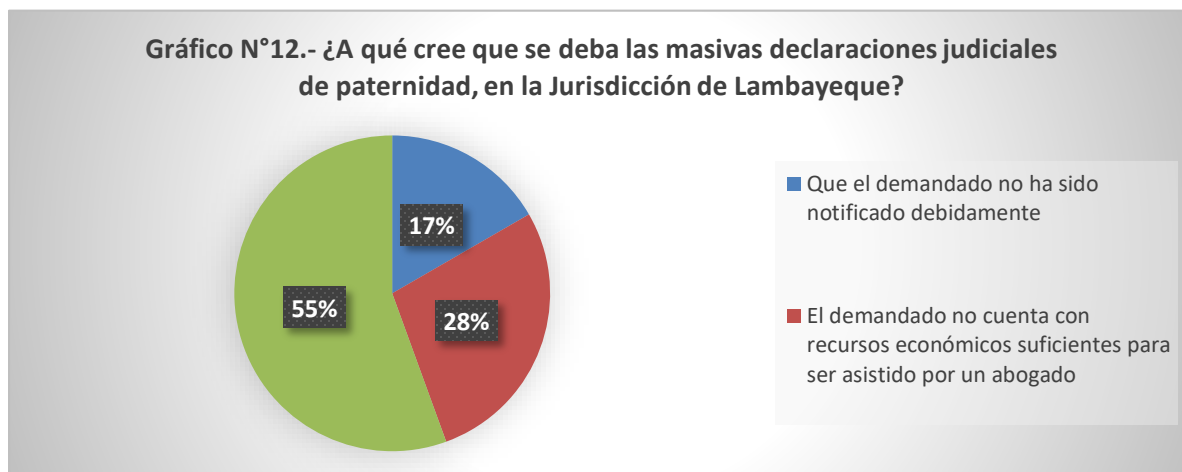
De acuerdo al grafico anterior, se puede interpretar al opinar para una modificación a la Ley 28457, el 50% de los encuestados proponen como alternativa de solución que el gasto de la prueba de ADN sea el 50% asumido por el Estado y el otro 50% restante sea asumido por cualquiera de las partes de acuerdo al caso concreto, en procesos de filiación, y de esta forma garantizar en todos los extremos el derecho a la igualdad entre los justiciables y acceder a una efectiva tutela jurisdiccional.

Tabla N°12.- ¿A qué cree que se deba las masivas declaraciones judiciales de paternidad, en la Jurisdicción de Lambayeque?

CRITERIO	FRECUENCIA	%
Que el demandado no ha sido notificado debidamente	3	15
El demandado no cuenta con recursos económicos suficientes para ser asistido por un abogado	5	25

El demandado no cuenta con ingresos necesarios para asumir el costo de la prueba de ADN y oponerse en un proceso de filiación.	10	50
Total	20	100

Fuente: Encuesta aplicada a operadores jurídicos de la Jurisdicción de Lambayeque

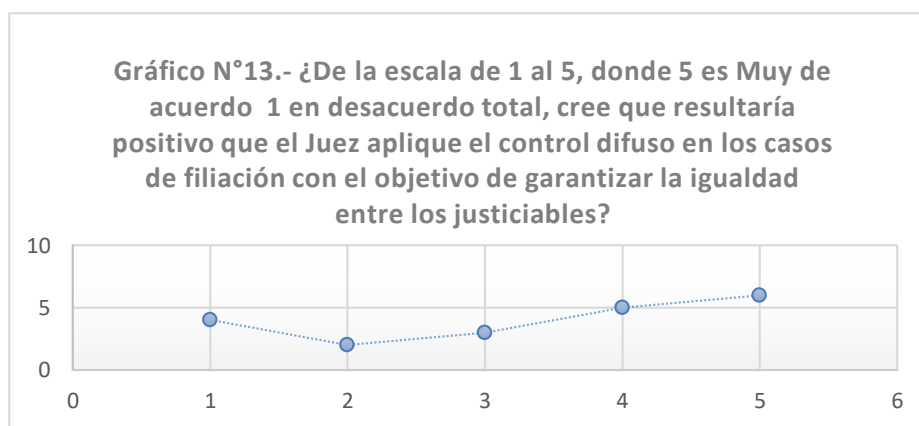


Del grafico N° 12, se puede interpretar que el 55% de los encuestados, señala que la problemática de las masivas declaraciones judiciales de paternidad en la jurisdicción de Lambayeque, se debe a que el demandado no cuenta con ingresos necesarios para asumir el costo de la prueba de ADN y oponerse en un proceso de filiación, no obstante también es pertinente señalar que el 15% argumenta que es un problema también que el demandado no ha sido notificado debidamente y que al dejar transcurrir el plazo de los 10 días, automáticamente fue declarada judicialmente la paternidad.

Tabla N°13.- ¿De la escala de 1 al 5, donde 5 es Muy de acuerdo y 1 en desacuerdo total, cree que resultaría positivo que el Juez aplique el control difuso en los casos de filiación con el objetivo de garantizar la igualdad entre los justiciables?

CRITERIO	FRECUENCIA	%
1	4	20
2	2	10
3	3	15
4	5	25
5	6	30
Total	20	100

Fuente: Encuesta aplicada a operadores jurídicos de la Jurisdicción de Lambayeque



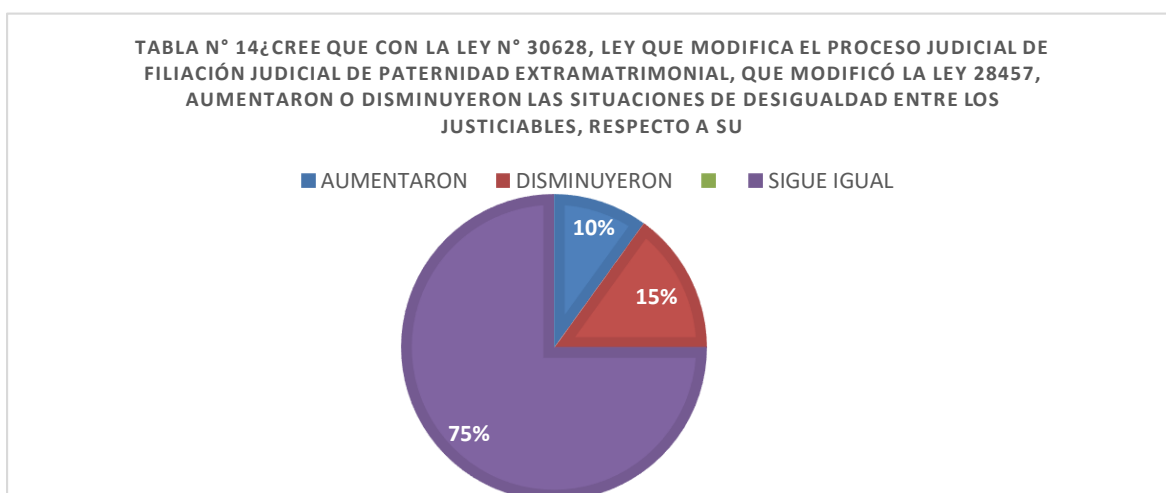
De acuerdo al gráfico N° 13, se puede interpretar que el 30% de los encuestados consideran que están muy de acuerdo respecto a la aplicación del control difuso, antes que se declare judicialmente la paternidad, evaluando las circunstancias particulares de cada justiciable.

Tabla N° 14.- ¿Cree que con la ley N° 30628, Ley que Modifica el Proceso Judicial de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, que modificó la Ley 28457, aumentaron o disminuyeron las situaciones de desigualdad entre los justiciables, respecto a su artículo 2, el cual prescribe “(...)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(...)”?

CRITERIO	FRECUENCIA	%
AUMENTARON	2	20
DISMINUYERON	3	25
SIGUE IGUAL	15	55
Total	20	100

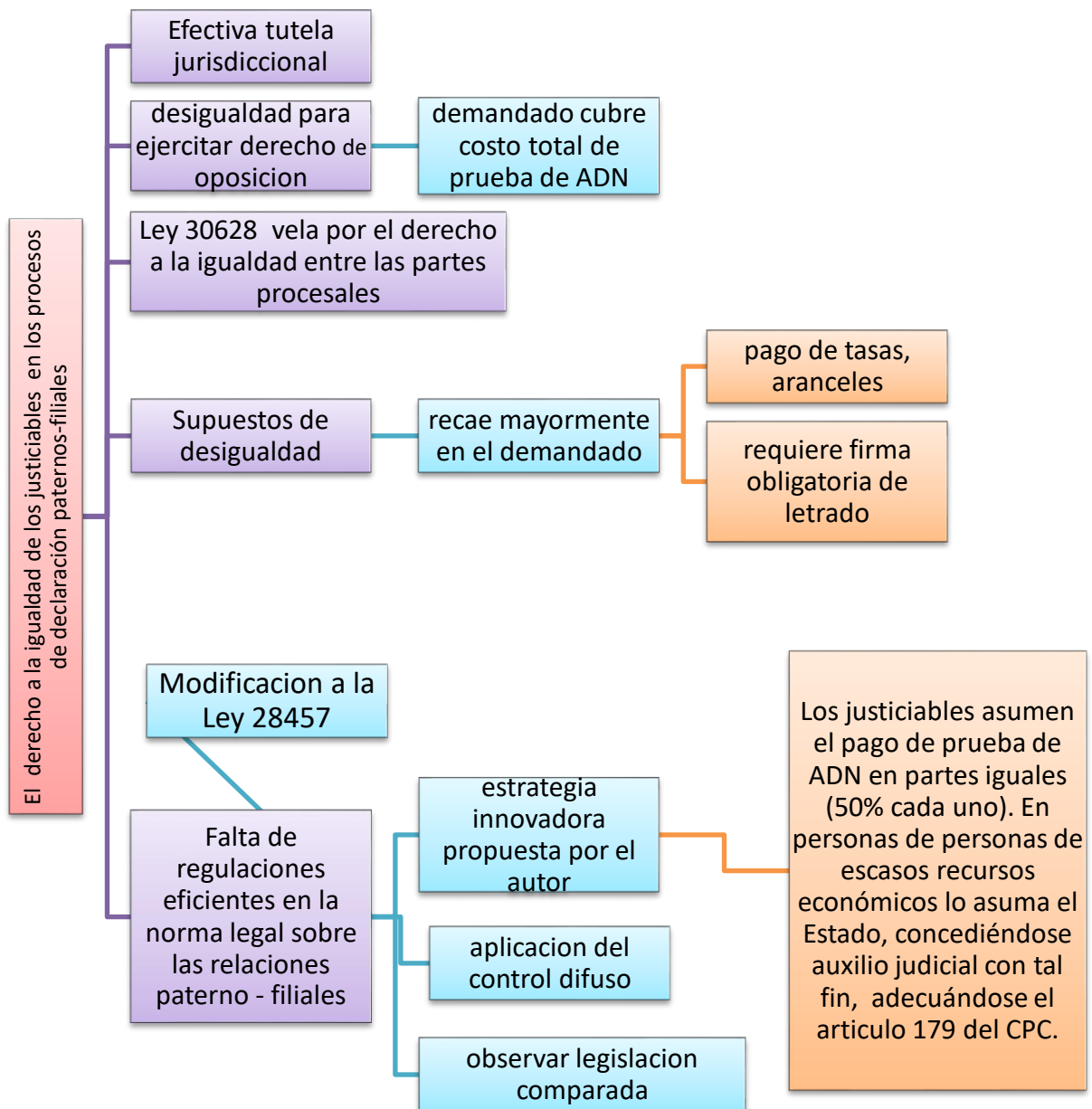
Fuente: Encuesta aplicada a operadores jurídicos de la Jurisdicción de Lambayeque



Respecto al último gráfico, el 75% de los encuestados señalan que la modificación a la Ley de filiación extramatrimonial, Ley 28457, no se introdujeron cambios significativos que coadyuven a superar las situaciones que producen una afectación a la igualdad entre las partes que afrontan un proceso judicial en el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, por lo contrario, el emplazado es quien asume la carga de la prueba de manera exclusiva, demostrándose una falta de efectiva tutela jurisdiccional.

PRESENTACION DEL MODELO TEÓRICO

MODELO SINÉRGICO³³ PARA PROPICIAR LA IGUALDAD ENTRE LOS JUSTICIABLES Y LOGRAR UNA EFECTIVA TUTELA JURISDICCIONAL EN CASOS DE DECLARACION JUDICIAL DE PATERNIDAD.



³³ Explicación del presente modelo teórico en el anexo N° 2.

CONCLUSIONES

- Que, la hipótesis planteada se prueba parcialmente, pues de los datos obtenidos mediante el análisis de las sentencias tomadas como muestra, así como de las encuestas realizadas, se ha podido advertir que se vulnera el derecho a la igualdad de los justiciables en los procesos paternos filiales, cuando el demandado es una persona de escasos recursos económicos, pues ello no permite hacer efectivo su derecho a oponerse a la declaración de paternidad, siendo necesario que en tales casos el demandado tenga acceso a la Defensa Pública, se le exonere del pago de tasas judiciales, así como del pago de la prueba de ADN para lo cual debe modificarse el artículo 2) de la Ley N. 28457 “Ley que regla el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, el artículo 179 del Código Civil y la Ley 29360 “Ley de Defensa Pública” y su reglamento.
- Que, haciendo una evaluación de cada caso en particular y de advertirse que el demandado no cuenta con recursos económicos para cubrir la prueba de ADN, debe inaplicarse el artículo 2) de la Ley N. 28457 “Ley que regla el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, por vulnerar el derecho a la igualdad de los justiciables en los procesos paternos filiales.
- Que, los cambios introducidos con la ley N° 30628, no brindan soluciones a la problemática del pago de tasas, pago de prueba de ADN por parte del demandado, pues lo que en puridad trata de realizarse en el proceso, es establecer una paternidad legal sin importar si esta guarda relación con la paternidad biológica, siendo importante la modificación de la norma, en el sentido que se le brinde las facilidades al demandado que carece de recursos económicos para cubrir el costo de la prueba de ADN y acceso a la defensa pública, a fin de que se garantice su efectivo derecho de contradicción y de tal forma el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva.

RECOMENDACIONES

1. De acuerdo al presente trabajo de investigación, resulta imprescindible modificar el marco normativo referente a la filiación extramatrimonial, específicamente la Ley 28457, ya que su última modificación (Ley 30628), no otorga solución alguna a la problemática del acceso a la formulación de oposición en estos casos de filiación, para poder hablar de una igualdad entre los justiciables, provocando así la declaración judicial de paternidad, a causa de la falta de solvencia económica por parte del emplazado.
2. Que, se propone la modificación del artículo 2) la de la Ley N. 28457 “Ley que regla el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial” que establece:

“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."

La modificación al citado artículo es el siguiente sentido:

"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.

Los demandados de escasos recursos económicos, podrán solicitar auxilio judicial que comprende el costo de la prueba de ADN, siendo aplicables las disposiciones establecidas en el título VII, sección tercera del Código Procesal Civil. En estos casos, el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público realizará de manera gratuita la prueba de ADN" (El subrayado y negrita es agregado).

3.- Se propone la modificación del artículo 179 del Código Procesal Civil, que establece:

"Se concederá auxilio judicial a las personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la declaración de quienes de ellas dependan".

La modificación al citado artículo es el siguiente sentido:

"Se concederá auxilio judicial a las personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la declaración de quienes de ellas dependan.

El auxilio judicial en los procesos de declaración de paternidad extramatrimonial comprende los costos de la prueba de ADN” (El subrayado y negrita es agregado).

4.- Que, se propone la modificación del artículo 9-A del Reglamento de la Ley N. 29360 “Ley de Defensa Pública”, que establece:

“Artículo 9-A.- Materias y especialidades:

3. Asistencia Legal: comprende la asesoría técnico legal y/o patrocinio a las personas en las siguientes materias:

3.1 Derecho de Familia

a) Demanda de alimentos y filiación”.

La modificación al citado artículo es el siguiente sentido:

“Artículo 9-A.- Materias y especialidades:

3. Asistencia Legal: comprende la asesoría técnico legal y/o patrocinio a las personas en las siguientes materias:

3.1 Derecho de Familia

*a) Demanda de alimentos y filiación, **así como demandados de escasos recursos económicos. En caso de existir impedimento para ejercer la defensa, la defensa técnica será asumida por el defensor de asistencia legal o víctimas más cercano, realizándose las coordinaciones con tal fin**” (El subrayado y negrita es agregado).*

El tesista recomienda, que cuando se trate la materia de filiación extramatrimonial, se efectúe un plan piloto antes de cualquier modificatoria, revelando estadísticas de los procesos, de tal forma que se van logrando los objetivos, y adecuando las normas de acuerdo a la problemática en mención, buscando proteger y velar también por el menor y el desarrollo pleno de esta.

1. A modo de recomendación, y de acuerdo a la investigación tratada, se debe mencionar, que debe realizarse una adecuada ponderación respecto a la efectiva tutela jurisdiccional y al interés superior del niño, ya que la aplicación

irrestricta de éste último, termina perjudicando considerablemente a la parte demandada en los casos de declaración judicial de paternidad; por lo que también resultaría muy importante la aplicación del control difuso, claro está, mediando evaluación concreta del caso particular.

2. Si se concede auxilio judicial para personas de escasos recursos económicos, adecuando lo establecido por artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil, es necesario que el Estado disponga la creación de laboratorios exclusivos para la realización de pruebas de ADN en procesos judiciales de filiación; de no ser ello posible por un tema presupuestal, que realice convenios con los laboratorios privados a fin de efectúen dichos exámenes, pues el punto débil para que no sea viable la gratuidad de la prueba de ADN, fue el sobrecargado trabajo del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público.
3. Finalmente hacer un llamado de paternidad responsable, pues son los menores los más perjudicados, al ser expuestos a un proceso judicial donde se define su filiación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUILAR, Benjamín (2013) "Identidad, filiación y ADN desde una perspectiva Constitucional". En: Gaceta Constitucional, Tomo 63. Lima, pp. 231-234
2. ALBALADEJO, M. (1994). "Derecho de Familia". Barcelona, España. Bosch Editores. Pg. 215.
3. ALVAREZ, Osvaldo O. "La Acción de Contestación del Reconocimiento de Estado de Hijo Extramatrimonial", Editorial Jurista. Lima - Perú.
4. BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
5. BOSCH, Alejandro. *La Filiación de las Personas y los Métodos Compulsivos para Obtener Pruebas*. Buenos Aires, año LXVII, Nro. 39, 25 de Febrero de 2003, p.1.
6. CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Ediciones De palma, 2º edición. Buenos Aires, 2000.
7. DEL VALLE, J. L. (2009). La interpretación conforme a la constitución de la ley 28457 sobre filiación extramatrimonial. Dialogo con la jurisprudencia - actualidad análisis y critica jurisprudencial, 125 - 137.
8. Encinas Zevallos, D. (2011). El "interés superior del niño" en la legislación comparada. En Suplemento de Análisis Legal (pág. 6). Lima: El Peruano.
9. FERNANDEZ, C. El Derecho a la Identidad Personal. Editorial Astrea. Buenos Aires.

10. GIL, Andrés y otros (2006) Derecho Constitucional de Familia. Tomo I. EDIAR. Buenos Aires. p. 539.
11. GONZÁLEZ, Óscar (2013). "Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial". Universidad de Costa Rica p. 178-180
12. KAMINDER, M. E. (2002). Reflexiones sobre hechos, pruebas, abogados y jueces. Revista Peruana de Derecho Procesal V, 137.
13. MIRANDA, Manuel (2012) "ADN como prueba de filiación en el Código Civil". Ediciones Jurídicas. Lima 2012, p.75
14. MOSQUERA VASQUEZ, C. C. (2005). ALCANCES DE LA EXIGIBILIDAD DE LA PRUEBA DE ADN A LOS HEREDEROS. LEGAL ESPRESS, 25 - 27.
15. PLÁCIDO, Alex: "Es inconstitucional Obligar al Demandado a Someterse a la Prueba de ADN", en: Legal Express, Lima, año 5, Enero 2005, No.49, p.19.
16. PUIG PEÑA, Federico: Compendio de Derecho Civil Español. Tomo V. Editorial Pirámide. Madrid. 1976.
17. RIVERO HERNÁNDEZ "La Filiación, el Nuevo Régimen de la Familia", Volumen II.
18. SIVERINO, Pablo. (2010). ¿Quién llamo a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética. Dialogo con la jurisprudencia - actualidad, análisis y critica jurisprudencial, 157 - 160.
19. TERAN LOMAS, Roberto: Los Hijos Extramatrimoniales. Editorial TEA. Buenos Aires. 1954.
20. VALLET DE GOYTOSOLO, Juan: Panorama de Derecho Civil. 2da. ed. Editorial Bosch. Barcelona. 1973. VARSÍ, E. (2010). El proceso de filiación

extramatrimonial moderno tratamiento legal según la ley 28457. Lima: gaceta jurídica s.a.

21. VARSI, E., & CHAVES, M. (2009). Prueba de ADN y filiación. Dialogo con la jurisprudencia - actualidad análisis y critica jurisprudencial, 17 - 23.
22. VARSI, Rospigliosi y SIVERINO, Bavio (2003) Código Civil Comentado. Los 100 Mejores Especialistas. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
23. VARSI, Rospigliosi, Enrique (2004) Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Lima, Editorial Grijley.
24. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: Filiación, Derecho y Genética, Lima, edición Universidad de Lima y Fondo de Cultura económica, 1999, p.186.
25. VERDERA SERVER, Rafael: Determinación y Acreditación de la Filiación, Barcelona, Bosch, 1993, p.16.
26. YUNGANO R., Arturo: Manual Teórico Práctico de Derecho de Familia. Editorial Ediciones Jurídicas. Buenos Aires. 1989.
27. ETO CRUZ, Gerardo: El amparo. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima. 2017.

ENCUESTA

El presente instrumento es anónimo.

Estimado magistrado, abogado y docente universitario, la presente encuesta tiene como objetivo recopilar información acerca de la investigación denominada “*EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LOS JUSTICIABLES EN LOS PROCESOS DE DECLARACIÓN PTERNOS-FILIALES PARA UNA EFECTIVA TUTELA JURIDICCIONAL*”, siendo que para su valioso aporte solo se le requiere marcar la opción que considere que se ajusta a su opinión.

1. Sexo

- Masculino ()
- Femenino ()

2. ¿Actualmente en que se desempeña?

- Magistrado ()
- Abogado ()
- Docente Universitario ()

3. ¿Considera Usted que se encuentran en igualdad de condiciones los justiciables en un proceso de filiación?

- Si ()
- No ()

4. ¿Qué supuestos considera que vulneran el derecho a la igualdad en un proceso de filiación entre las partes?

- Pago de tasas por el demandado solamente ()
- Patrocinio de abogado / firma de letrado obligatorio para el demandado ()

- Pago de costo de ADN ()
- Se encuentran en igualdad de condiciones

5. ¿Considera usted, que el marco legal peruano respecto a la materia de filiación, debería ser modificado con el objetivo de garantizar una efectiva tutela jurisdiccional?

- Si, se debería modificar ()
- No, está bien legislado ()

6. ¿Considera razonable que sea la parte demandada quien asuma la totalidad del costo de la prueba de ADN para que se tenga por formulada su oposición, en un proceso de filiación?

- Se debería modificar la Ley 28457
- No, deberían ser ambas partes ()
- Si, es el demandado quien debe seguir asumiendo la carga de la prueba para su oposición.()

7. ¿Que alternativas de solución considera que se debería implementar o modificar a la Ley 28457, para garantizar una efectiva tutela jurisdiccional respecto al derecho de oposición en procesos de filiación y evitar la vulneración el derecho a la igualdad entre los justiciables?

- El estado asuma la totalidad de los gastos de la prueba de ADN con la finalidad de otorgar la posibilidad al demandado de establecer su filiación biológica real. ()

- Establecer convenios con laboratorios privados para llevar a cabo la toma de las muestras de ADN, con el objetivo que brinden facilidades a los justiciables. ()
- Que el Estado cree laboratorios gratuitos exclusivamente para que asuman el proceso de la prueba de ADN y garantizar el derecho de oposición de la parte demandada. ()
- Que el gasto de la prueba de ADN sea el 50% asumido por el Estado y el otro 50% restante sea asumido por cualquiera de las partes de acuerdo al caso concreto, en procesos de filiación. ()
- Todo debe seguir ordenándose, como hasta ahora, según la Ley 28457 ()

8. ¿A qué cree que se deba las masivas declaraciones judiciales de paternidad, en la Jurisdicción de Lambayeque?

- Que el demandado no ha sido notificado debidamente ()
- El demandado no cuenta con recursos económicos suficientes para ser asistido por un abogado ()
- El demandado no cuenta con ingresos necesarios para asumir el costo de la prueba de ADN y oponerse en un proceso de filiación. ()

9. ¿Cree Ud. Que resultaría positivo que el Juez aplique el control difuso en los casos de filiación con el objetivo de garantizar la igualdad entre los justiciables?

- Si
- No

10. ¿Cree que con la ley N° 30628, aumentaron o disminuyeron las situaciones de desigualdad entre los justiciables, respecto a su artículo 2, el cual prescribe “(...)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(...)”?

- Aumentaron
- Disminuyeron
- Sigue igual

ANEXO Nº 02

EXPLICACIÓN DEL MODELO TEORICO PROPUESTO EN LA PRESENTE

TESIS

La presente investigación **“EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LOS JUSTICIABLES EN LOS PROCESOS DE DECLARACIÓN PATERNOS-FILIALES PARA UNA EFECTIVA TUTELA JURIDICCIONAL”**, desarrollada teniendo en cuenta la problemática que radica en la desigualdad entre las partes intervinientes en un proceso de filiación y que finalmente provocan una declaración judicial de paternidad, siendo que para ello se ha tomado como base las sentencias expedidas por el Juzgado de Paz Letrado de Lambayeque, durante los años 2015-2016; así mismo, se ha analizado posteriormente la modificatoria a la Ley 28457, modificada por la reciente ley N°30628, e identificado si dicha modificación introdujo cambios que conlleven a un tratamiento entre los derechos constitucionales que engloban la tutela jurisdiccional efectiva y la igualdad entre los justiciables.

INTRODUCCIÓN

Para que exista un debido proceso deben brindarse al justiciable las condiciones necesarias para que haga efectivo sus derechos, esto pues, incluye un conjunto de obligaciones por parte del estado,

ha considerado que para poder hablar de un debido proceso, debe abarcarse las condiciones que deben efectivizarse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial,

aunándolo a este caso concreto, sería la igualdad de condiciones a las que deben estar sujetos ambas partes para poder ejercitar sus derechos pertinentes y no darle la ventaja de uno sobre el otro, siendo que debe existir “igualdad ante la ley”, de tal forma que un proceso judicial en que se recorte el derecho de defensa es un proceso nulo y atentatorio de la norma constitucional, tal como se ha venido desarrollando en la presente tesis, cuando nos hemos enfocado en el tema del “derecho de oposición” que tiene el emplazado, pero que, por múltiples razones no logro ejercitarlo, así mismo, es cuestionable la ley N°30628, modifica el proceso de filiación, puesto que solo señala un medio de prueba que puede ejercitar el demandado, y siendo obligatoria prácticamente la realización de esta para poder acceder a su oposición, cubriendo, por lo tanto, la totalidad de lo que cuesta la prueba de ADN.

En el plano fáctico, se ha encontrado, mediante el examen de las sentencias objeto de muestra, que el proceso de filiación vulnera el derecho de igualdad ante la ley, esencialmente cuando el demandado carece de recursos económicos, esto debido a que no puede solventar el examen de ADN, que genera que no pueda efectivizar su oposición a la declaración judicial de paternidad (véase tabla 12 del análisis y discusión de los resultados de los instrumentos utilizados).

No podemos hablar de una solución adecuada el hecho de declarar judicialmente la paternidad por causas que no puede superar el emplazado (el caso de invalidez de notificaciones y nunca se enteró de un proceso de filiación en su contra o porque no tuvo la solvencia económica para poder costear el examen de ADN), situaciones o desventajas que no ocurren con la parte demandante, puesto que ésta tranquilamente puede interponer demanda de filiación y esperar “de oficio” su curso,

porque claro está que quien se debe preocupar es la parte demandada, en demostrar que no es el progenitor. Por otra parte, está el problema del “auxilio judicial” contemplado en el artículo 179 de código procesal civil, no obstante, resulta aclarar que este solo abarca a las notificaciones y aranceles, y lamentablemente en nuestro contexto cuando se solicita esta figura procesal casi siempre es denegada.

Por tanto, el tesista propone seguir el ejemplo que el caso de personas de escasos recursos económicos asume el costo del examen de ADN, pues es solamente el demandado quien asume el costo de la prueba, que lo coloca en situación de desventaja, al estar condicionada la efectividad de su derecho de contradicción al factor económico.

Por lo tanto, el tesista concluye que para que exista un debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, dentro de un proceso judicial el estado debe brindar los instrumentos materiales y formales, a fin de que los justiciables puedan ejercer efectivamente sus derechos, en el caso en específico su derecho de contradicción, que los mismos no estén plasmados solo en un documento, sino que se concreten y materialicen día a día, en el plano de los hechos, situación que no ocurre en el proceso de filiación, pues el Estado no ha solucionado el problema del costo del examen de ADN para personas de escasos recursos económicos.

1. PROPÓSITO:

El presente modelo tiene como propósito la modificación de La Ley de Filiación extramatrimonial, para alcanzar la igualdad entre los justiciables y lograr una efectiva tutela jurisdiccional en los procesos de declaración paterno-filial, teniendo

como base un frondoso marco teórico y el trabajo de campo realizado a nivel local, a nivel de sentencias y encuestas.

2. OBJETIVO:

Alcanzar la igualdad entre las partes intervinientes en los procesos de declaración judicial de paternidad, mismas condiciones, mismas facilidades, que sean iguales ante la ley y en la aplicación de la ley, para poder así hablar de una efectiva tutela jurisdiccional, proponiendo la modificación de la Ley 28457, y que a pesar de haber sido modificada por la ley N°30628, no ha logrado introducir cambios referentes al derecho de oposición del emplazado, en el sentido que el costo de la prueba de ADN sea asumido por los sujetos procesales en partes y, que en caso de personas de escasos recursos económicos se les conceda auxilio judicial, de conformidad con lo establecido por el artículo 179 del Código Procesal Civil, adecuándose dicho dispositivo con tal fin.

DESCRIPCIÓN DEL MODELO

Básicamente lo que se plantea en este modelo teórico es la estrategia de reformar la Ley de Filiación extramatrimonial a la luz de la Constitución Política del Perú, en el sentido que demuestre en la realidad el respeto al derecho de igualdad y efectiva tutela jurisdiccional entre los justiciables, de tal forma, que garantizando sus derechos puedan afrontar un proceso judicial con todas las garantías.

2.1. Criterios que influyen en la vulneración al derecho a la igualdad en los procesos de declaración paterno-filiales

En este apartado se debe identificar que situaciones son las que conllevan a reconocer que no se está respetando el derecho a la igualdad entre las partes que intervienen en los procesos de filiación, los mismos que de acuerdo a los resultados obtenidos son tres principalmente, el pago de tasas judiciales, el costo de la prueba de ADN para acceder a la oposición y el requerimiento obligatorio de abogado patrocinados (desventajas para el demandado)

2.1.1. Análisis de la masividad de declaraciones judiciales de paternidad en la jurisdicción de Lambayeque.

En este contexto, se puede mencionar que los medios de prueba son aquellos instrumentos que permiten demostrar un hecho dentro del proceso judicial y, que por tanto generan convicción en el Juzgador. Los medios de prueba son ofrecidos por las partes y deben respetar las reglas procesales para poder ser incorporadas al proceso, tanto demandante y demandado los ofrecen con la finalidad de probar sus afirmaciones, la regla procesal es que la parte demandante es quien tiene que probar lo que es objeto de su pretensión; sin embargo, en el proceso de filiación es el demandado quien tiene la obligación de probar lo alegado por la demandante, y asumir los gastos de la prueba en su totalidad, lo cual resulta fuera de lugar, tomando en cuenta la situación económica que se observa en nuestro contexto social, pues observamos que casi el 90% de demandados son trabajadores independientes, por lo que lógicamente no ganan más de una remuneración mínima vital, entonces, ¿de no poder obtener ingresos fuera de su remuneración mínima

vital, el pagar la prueba en mención, podría poner en peligro su subsistencia? Es necesario reiterar, que el autor de la presente investigación no está en contra de la realización del examen de ADN con el objetivo de desvirtuar la paternidad, sino lo que si cuestiona es la falta de apoyo otorgado por el Estado para garantizar el acceso a una efectiva tutela jurisdiccional.

2.1.2. El papel del Estado y la modificatoria ultima a la Ley 28457, modificada por la reciente ley N°30628

El Juez debe en algunas ocasiones aplicar el control difuso, evaluando las condiciones particulares de los sujetos intervinientes en el proceso de filiación, para poder otorgarle brindar situaciones de igualdad en un proceso tan delicado y a la vez tan concurrente, así mismo, se pensaba o mejor dicho, se difundió a través de los medios de comunicación que con la modificación a la Ley 28457, se exoneraba a los demandados de pagar el costo de la prueba de ADN para poder oponerse, sin embargo, esto fue una mentira más, claramente establece la Ley 30628 que para oponerse, el emplazado debe abonar la totalidad del costo de la prueba, por lo que el autor de esta tesis considera que resulta urgente una modificación a la Ley de Filiación para poder garantizar la efectiva tutela jurisdiccional.

3. Estrategia innovadora propuesta

3.1. Actividades a nivel de la sociedad

Objetivo: Impulsar la concientización de la paternidad responsable

1. Realizar talleres y charlas sobre la masividad de casos iniciados por materias de filiación promoviendo la paternidad responsable, es decir, teniendo conciencia del perjuicio causado al menor afrontado este tipo de procesos.

3.2. Actividades por parte del Estado

Objetivo: Modificar la Ley 28457

- a) Estableciendo que los sujetos procesales asuman en partes iguales el costo de la prueba de ADN y, que en caso de personas de escasos recursos económicos lo asuma el Estado, adecuando el auxilio judicial, previsto por el artículo 179 del Código Procesal Civil.
- b) Establecer convenios con laboratorios privados o del estado dedicados exclusivamente a este tipo de casos, con el objetivo que coadyuven en la realización de la prueba de ADN, garantizándole sus respectivos derechos a los justiciables.
- c) Brindar oportunidades en casos donde el demandado alegue no haber sido notificado válidamente, puesto que el procedimiento de notificación es al domicilio señalado por la parte demandante, resultando este, en muchos casos, inexistente o inubicable, causando perjuicio para el demandado, sin tener luego el plazo legal para poder ejercitar sus derechos.

3.3. Duración y Evaluación

El modelo se ejecutará de manera permanente hasta que se logre modificar la Ley de filiación extramatrimonial, siendo necesaria la participación de la sociedad como

de las instituciones del Estado para planificar la evaluación, el cumplimiento y la mejora de las actividades propuestas, para emitir un fallo con Justicia.