

SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL
EXPEDIENTE N° 1699-2007
CONO NORTE-LIMA.

Lima, trece de agosto de dos mil siete.-

VISTOS; con el acompañado y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia de vista de fecha dieciocho de mayo del dos mil siete, obrante a fojas cuatrocientos treinta y siete, emitida por el Primer Juzgado Mixto MBJ de Condevilla, Lima Norte, que revoca la apelada que declaro improcedente la oposición y convierte el mandato contenido en la Resolución número cinco en declaración judicial de paternidad, con lo demás que contiene y reformándola declara nula e insubsistente dicha sentencia e inaplicable al caso materia de autos la Ley 28457.

SEGUNDO: La consultada sostiene que la Ley 28457 vulnera los derechos constitucionalmente reconocidos: a la libertad y al debido proceso. Respecto al primero señala que el artículo 2 de la Ley 28457 conmina indirectamente al demandado a efectuarse la prueba del ADN dentro de los diez días de notificado, como única posibilidad para que su oposición al mandato pueda ser efectiva, negándole la posibilidad que en ejercicio de su propia libertad pueda negarse a la misma, por lo que aplicar la ley en ese extremo se traduce

en una coacción al demandado, vulnerándose su Libertad, consagrada en el artículo 2 inciso 24 de la Constitución Política del Estado. Respecto al segundo, considera que presentar una demanda de filiación, sin la exigencia de ofrecer medio probatorio alguno que pruebe lo afirmado, y que el Juez deba emitir una resolución declarando la filiación demandada sin que se haya pasado por una etapa probatoria atenta contra el debido proceso, y que la resolución que se expida no es justa para el demandado pues las partes están en desigualdad de condiciones al momento de recurrir al Órgano Jurisdiccional.

TERCERO: La consulta es una institución procesal de orden público, impuesta por Ley. No es en esencia un recurso, sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al Órgano Jurisdiccional, en ciertos casos trascendentes, elevar el expediente al Superior, y a este efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

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

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

SEXTO: La Libertad, como define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. según el Apartado 1 del título III de las Instituciones de Justiniano, Libertad es la

facultad natural que cada uno tiene de hacer lo que le plazca, a no ser que la fuerza o la ley se lo impidan. El artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, estableció que la Libertad es la facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 1 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3 reconocen el derecho a la libertad, pero no la definen. Es que la Libertad es su acepción mas amplia es el anarquismo puro, como potestad de hacer lo que se quiere, lo que es imposible por que los seres humanos carecemos de omnipotencia, y porque los derechos propios terminan donde comienzan los ajenos. En sentido moral, la Libertad se circunscribe a hacer lo que no daña a otro, y en sentido jurídico la Libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten y todo lo que no prohíben. Ahí van los viejos aforismos latinos: *"Libertas est naturales facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut lure prohibetur"* de Florentino: 1.4, pr., D., de *statu hominum*: "La libertad es la facultad natural de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por la ley"; y *"Legum omnes servi summus, ut liberi esse possimus"* de Cicerón: "Todos somos esclavos de las leyes, para poder ser libres".

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

OCTAVO: El Debido Proceso, al decir de Osvaldo Alfredo Gozaini, significa que: a) ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin quo se cumpla un procedimiento regular fijado por ley, y de no haber ley razonable que establezca el procedimiento, ha de arbitrarlo el juez de la causa, b) ese procedimiento no puede ser cualquiera sino que tiene que ser "debido", c) para que sea "debido", tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso, d) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído)³. El derecho al Debido Proceso, cuya observancia urge el artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución, por su amplitud escapa a los alcances de una definición, que por principio de Lógica tendría que ensayarse por el genero próximo y la diferencia específica; pero esta Sala en numerosos pronunciamientos ha

determinado que este comprende básicamente, el derecho a ser escuchado, a producir prueba, a imparcialidad, a un proceso rápido y a una sentencia motivada e impugnada.

NOVENO: El derecho al nombre y la identidad personal, es fundamental, es sin duda el primer derecho reconocido, como ya se ha señalado. El antiguo aforismo latino de "*mater certus pater semper incertus*" se resolvió en la ley, desde el Derecho Romano, estableciendo la paternidad procedente del vínculo matrimonial, denominada la presunción "*Pater is ...*". El problema se presenta cuando el padre de un hijo natural se resiste a reconocerlo y se trata entonces de saber si tal hijo o quien lo represente en su minoría, puede ocurrir al Poder Público para que se practique la investigación pertinente y declare la relación filial. En el decurso de la historia, esta investigación se permitió en determinadas épocas y también se prohibió. Así en la Época medieval, el "dicho de la virgen" fue suficiente para condenar un estupro y declarar una paternidad, la denuncia del supuesto seductor de una muchacha encinta se tenía por cierta "*Virgini praegnanti creditur*". El Derecho intermedio reaccionó contra esta liberalidad y prohibió la investigación de la paternidad natural, así los Revolucionarios Franceses expidieron la Ley 12 de Brumario, en su año II, y el Código Napoleón recogió igual prohibición en su artículo 340: "*La recherche de la paternité est interdite*", salvo el caso de raptó. Los tribunales entonces recurrieron a la responsabilidad aquiliana y se determinó que el hombre que embarazara a una mujer comete un delito que lo obligaba a indemnizar, con la precisión de que esta se le exigía como hombre y no como padre.

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

DÉCIMO PRIMERO: Como señala la doctora María Isabel Quiroga de Michelena, doctora en medicina especialista en genética, en ilustrativo artículo sobre el tema, la prueba biológica del ADN (ácido desoxiribonucleico) se sustenta en las diferencias genéticas entre los seres humanos, de tal manera que las características de ADN de una persona son únicas e inmutables, son idénticas en todas las células de su organismo, se determinan desde el momento de la concepción, por la dotación genética, denominada "genoma", que el hijo recibe por partes iguales de sus padres; que cada cromosoma contiene miles de genes y cada gen tiene su lugar específico dentro del cromosoma, y la mayoría

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

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

DÉCIMO TERCERO: A la luz de los principios reseñados, debe analizarse la aludida incompatibilidad de la Ley 28457 con los derechos constitucionales a la libertad y al debido proceso, sostenida en la sentencia consultada. Con relación a lo primero debe señalarse que la referida ley no obliga al demandado a someterse a la prueba de sangre, ni que se le conduzca de grado o fuerza, por el contrario la norma señala en el tercer párrafo del artículo 2, que si después de transcurridos diez días de vencido el plazo, el emplazado no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, su oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad. Significa que el demandado es libre de decidir si concurre a la toma de las muestras para la prueba de ADN, mas aun, al formular la oposición se obliga a asistir, empero, en caso que no asista injustificadamente, como en el caso de autos, el Magistrado deberá pronunciarse por la improcedencia de la oposición y declarar judicialmente la paternidad. Lo que se evalúa es su conducta ante un medio probatorio que resulta determinante, y que daría solución a la litis, y con ello se busca proteger el derecho fundamental a [a identidad y al nombre de la persona, en este caso el menor cuyo reconocimiento de paternidad se pide. Si bien es cierto el derecho a la libertad es fundamental y debe ser protegido, este.. al igual que todos los derechos puede ser regulado, y pueden ser materia de restricciones en tanto se opongan o relacione con otros derechos, mas allá que, como se ha explicado en el motivo anterior, no existe vulneración alguna a dicho derecho.

DÉCIMO CUARTO: En cuanto al Debido Proceso, no se aprecia su afectación, toda vez que el demandado tiene la posibilidad de oponerse a dicho mandato

y someterse a la prueba del ADN para demostrar su negativa, en este caso, que no es el padre del menor. El hecho que el proceso se base en la prueba del ADN se ampara en que dicho medio probatorio, como ya se ha señalado, es considerado científicamente determinante para dilucidar el caso materia de la demanda, en la medida que otros medios probatorios, no asegurarían el caso con la certeza que ofrece dicha prueba biológica.

Por las razones expuestas y de conformidad con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: DESAPROBARON la Resolución consultada de fojas cuatrocientos treinta y siete de fecha dieciocho de mayo de dos mil siete en cuanto declara inaplicable al caso materia de autos la Ley 28457, en consecuencia NULA dicha resolución, MANDARON que el Primer Juzgado Mixto MBJ - Condevilla de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte emita nueva decisión teniendo en cuenta los considerandos precedentes; en los seguidos por dona Katherine Horna Quevedo contra don Johan Alvino Vilchez Villalobos sobre Filiación Extramatrimonial; y los devolvieron.- Vocal Ponente.- **Sánchez-Palacios Paiva.**

S.S.

**SÁNCHEZ PALACIOS PAIVA
GAZZOLO VILLATA
PACHAS ÁVALOS
FERREIRA VILDOZOLA
SALAS MEDINA**