

22

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA 654 - 2010
MADRE DE DIOS

Lima, dieciocho de mayo
del dos mil diez.-

VISTOS; y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, es materia de consulta la sentencia de vista de fecha siete de enero del año en curso, obrante a fojas setenticinco, emitida por el Primer Juzgado de Familia de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que confirmando la sentencia de primera instancia de fecha treinta de abril del dos mil nueve, declara improcedente la demanda de filiación extramatrimonial, así como inaplicables al caso materia de autos los artículos 1 y 2 de la Ley N° 28457 (Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial).

SEGUNDO: Que, la consultada sostiene que toda persona tiene derecho a indagar su filiación, a conocerla, a recibir para ello tutela jurisdiccional efectiva, pero dentro del marco de los medios probatorios que no impliquen violación constitucional a los derechos del emplazado, por lo que concluye que los artículos 1 y 2 de la Ley N° 28457, en la parte anotada son inconstitucionales por vulnerar el principio del debido proceso en la vertiente del derecho de contradicción. Al respecto, considera que el artículo 1 de la Ley N° 28457 afecta el debido proceso al indicar que *"si el demandado no formula oposición se declarará la paternidad"*. por lo que de esta manera se contradice con los principios al debido proceso en cuanto afecta al derecho de motivación de resoluciones judiciales y al ofrecimiento y actuación de pruebas del justiciable.

TERCERO: Que, 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 determinados a elevar el expediente al

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA 654 - 2010
MADRE DE DIOS**

Superior, y a éste efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

CUARTO: Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordante con el artículo 408 inciso 3 del Código Procesal Civil, 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 difuso deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, sino fueran impugnadas.

QUINTO: Que, para dilucidar la presente consulta, debe tenerse en cuenta que no sólo se encuentra en tema de discusión 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 derecho al debido proceso, cuya observancia surge del artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución, por su amplitud escapa a los alcances de una definición, sin embargo esta Sala en numerosos pronunciamientos ha determinado que este principio comprende básicamente, el derecho a ser escuchado, a producir prueba, a la imparcialidad, a un proceso rápido y a una sentencia motivada e impugnabile; asimismo el derecho al nombre y a la identidad personal, es fundamental, es sin duda el primer derecho reconocido. El antiguo aforismo latino de "*mater certus pater semper incertus*" se resolvió en la ley, desde el derecho romano, estableciendo la

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA 654 - 2010
MADRE DE DIOS**

paternidad procedente del vínculo matrimonial, denominada la presunción "*pater is*". El problema se presenta cuando el padre de un hijo se resiste a reconocerlo y se trata entonces de saber si tal hijo o quien lo represente en su minoría de edad, puede acudir al Poder Judicial para que se practique la investigación pertinente y declare la relación filial. Al respecto nuestra legislación actual permite la investigación de la paternidad, pues corresponde al derecho fundamental a la identidad y al nombre que tiene toda persona, así nuestro Código Civil vigente, concede tal acción en los supuestos previstos en su artículo 402 del Código Civil, el que ha sido ampliado, precisamente por la Ley N° 28457, para incluir como inciso 6, cuando se acredite el vínculo parental con prueba genética o científica, como consecuencia del aporte de la ciencia a la probanza de la paternidad, siendo la mas utilizada la prueba denominada del ADN (ácido desoxirribonucleico) que se sustenta en las diferencias genéticas entre los seres humanos, de tal manera que las características del 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; por tanto es prueba plena.

SEXTO: A la luz de lo señalado precedentemente, debe analizarse la aludida incompatibilidad de la Ley N° 28457 con el derecho constitucional al debido proceso, sostenida en la sentencia consultada.

CONSULTA 654 - 2010
MADRE DE DIOS

SETIMO: Respecto 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. La restricción de la actividad probatoria "*per se*" no es inconstitucional. Además, no se impide al emplazado presentar documentos.

OCTAVO: Que, asimismo, la Ley N° 28457 establece una presunción "*iuris tantum*", en el caso de negativa injustificada del emplazado a la prueba del ADN, que se hace efectiva jurisdiccionalmente, declarando la paternidad. Es claro que pueden haber motivos, debidamente acreditados que impidan esa declaración, como causas médicas, religiosas, físicas y psíquicas, que no se pueden enumerar taxativamente, circunstancias que no se presentan en el caso de autos, al no haber sido alegadas por el emplazado; quien contrariamente a lo expuesto en el sétimo considerando de la sentencia consultada, sí se encuentra válidamente notificado en el domicilio brindado por la demandante, al haberse observado la formalidad del pre aviso previsto en el artículo 161 del Código Procesal Civil, habiendo sido recepcionada tal notificación por persona identificada con el número de su documento nacional de identidad.

NOVENO: A mayor abundamiento, conviene subrayar que esta presunción legal obedece a una necesidad social resultante del elevado numero de infantes que no cuentan con reconocimiento paterno, lo que ha motivado la intervención del Estado, apoyado en una prueba

**CONSULTA 654 - 2010
MADRE DE DIOS**

científica de valor innegable; dicha presunción ya estaba considerada en el artículo 413 del Código Civil.

Por tales fundamentos y de conformidad con el artículo 14 del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial: **DESAPROBARON** la resolución consultada obrante a fojas setenticinco, su fecha siete de enero del año en curso, en cuanto declara **inaplicable** al caso materia de autos, los artículos 1 y 2 de la Ley N° 28457; en consecuencia, **ORDENARON** que el Primer Juzgado de Familia de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, emita nueva decisión teniendo en cuenta los considerandos precedentes; en los seguidos por doña Eileen Bottega Pastor, contra don Edinson Rengifo Otsuka, sobre filiación extramatrimonial; y los devolvieron.- Vocal ponente: Vásquez Cortez.

S.S.

VASQUEZ CORTEZ

TAVARA CORDOVA

RODRIGUEZ MENDOZA

ACEVEDO MENA

MAC RAE THAYS

/sc

.....
CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO
Secretaria
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

14 SET. 2010