



FACULTAD DE DERECHO  
SECCIÓN DE POSGRADO

**LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA QUE DECLARA  
ERRÓNEAMENTE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL  
SIN HABERSE PRACTICADO LA PRUEBA DE ADN.  
HUARAL, 2014-2016**

**PRESENTADA POR**

**KEVIN MIGUEL MEZA SAMILLAN**

**ASESOR**

**MARTÍN ALEJANDRO HURTADO REYES**

**TESIS**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CIVIL**

**LIMA – PERÚ**

**2019**



**CC BY-NC-ND**

**Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada**

La autora sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES

**FACULTAD DE DERECHO**

**SECCIÓN DE POSGRADO**

**TESIS**

**LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA QUE DECLARA ERRÓNEAMENTE  
LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL SIN HABERSE PRACTICADO LA**

**PRUEBA DE ADN**

**HUARAL, 2014 – 2016**

**PARA OPTAR AL GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN DERECHO CIVIL**

**PRESENTADO POR:**

**KEVIN MIGUEL MEZA SAMILLAN**

**ASESOR:**

**DR. MARTÍN ALEJANDRO HURTADO REYES**

**LIMA – 2019**

## INDICE

RESUMEN xi

Abstrac ..... xii

DEDICATORIA ..... xiii

INTRODUCCION ..... xiv

## CAPITULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA INVESTIGACION

1.1. Descripción de la realidad problemática: ..... 16

1.2. Formulación del problema: ..... 21

1.2.1. Problema general..... 21

1.2.2. Problemas secundarios..... 21

1.3. Objetivos de la investigación: ..... 21

1.3.1. Objetivo general..... 21

1.3.2. Objetivos específicos ..... 22

1.4. Formulación de Hipótesis: ..... 22

1.4.1. Hipótesis general. .... 22

1.4.2. Hipótesis específica. .... 22

1.4.3. Variables ..... 23

1.5. Justificación de la investigación..... 23

1.6. Delimitación de la investigación..... 24

1.7. Viabilidad de la investigación..... 26

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

2.1.1. Bases teóricas. ....	36
-----------------------------	----

## **CAPÍTULO III**

### **DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

3.1. DISEÑO METODOLÓGICO.....	46
3.1.1. Diseño de la investigación:.....	46
3.1.2. Descripción de los instrumentos .....	46
3.1.3. Validez y confiabilidad de los instrumentos .....	47
3.1.4. Técnicas estadísticas para el procesamiento de información: .....	47
3.1.5. RECURSOS Y CRONOGRAMA .....	49

## **CAPÍTULO IV**

### **EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DERECHO A LA IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS CON CALIDAD DE COSA JUZGADA**

4.1. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.....	51
4.2. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO. ....	58
4.3. LA JURISDICCIÓN Y SUS ELEMENTOS. ....	63
4.4. EL DERECHO DE ACCIÓN PROCESAL. CONCEPTO Y TEORÍAS. ....	68
4.5. EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN.....	76
4.6. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. ....	80
4.6.1. Antecedentes. ....	80

4.6.2. El tratamiento del Derecho al Debido Proceso en los tratados internacionales de Derechos humanos. ....	82
4.6.3. El concepto de Debido Proceso. ....	85
4.6.4. Dignidad Humana y Debido Proceso. ....	93
4.6.5. El Derecho al Debido Proceso Formal y Sustantivo. ....	95
4.7. Concepto Tutela Procesal Efectiva y diferencias entre Tutela Jurisdiccional Efectiva. ....	100
4.8. TUTELA DIFERENCIADA. ....	106
4.8.1. Concepto. ....	106
4.8.2. Fundamento. ....	108
4.8.3. Presupuestos. ....	111
4.8.4. Tipos de tutela jurisdiccional diferenciada. ....	112
3.8.5. Tipo de tutela jurisdiccional plasmada en la Ley N° 28457. ....	117
4.9. EL DERECHO A LA IMPUGNACIÓN. ....	122
4.9.1. Concepto y configuración. ....	122
4.9.2. Derecho a la Impugnación y Derecho a la Pluralidad de Instancias. ....	126
4.9.3. Presupuestos. ....	130
4.9.4. Principios. ....	133
4.9.5. Efectos. ....	136
4.9.6. Fines. ....	138
4.10. EL DERECHO A LA COSA JUZGADA. ....	140
4.10.1. Orígenes de la Cosa Juzgada y su tratamiento en los tratados	

internacionales de Derechos Humanos. ....	140
4.10.2. La Cosa Juzgada y su regulación actual en la Constitución. ....	143
4.10.3. Concepto, naturaleza y elementos de la Cosa Juzgada. ....	144
4.10.4. La Cosa Juzgada, sus tres identidades y su relación con el NE BIS IN IDEM. ....	147
4.10.5. Cosa Juzgada Formal y la Cosa Juzgada Material. ....	150
4.10.6. Límites a la Cosa Juzgada. ....	152
4.10.7. La autoridad y los efectos de la Cosa Juzgada. ....	154
4.10.8. La llamada Cosa Juzgada Constitucional. ....	156
4.10.9. La Cosa Juzgada en materia de filiación extramatrimonial. ....	160

## **CAPÍTULO V**

### **INSTRUMENTOS DE TUTELA PROCESAL QUE OTORGA EL ORDENAMIENTO JURÍDICA PARA IMPUGNAR UNA SENTENCIA FIRME QUE DECLARA LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL, QUE NO SE CONDICE CON LA VERDAD BIOLÓGICA**

5.1. EL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES. ....	169
5.1.1. Diversas tesis en torno a la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales. ....	170
5.1.2. Contenido constitucionalmente protegido en el amparo contra resoluciones judiciales. ....	173
5.1.3. La inexistencia de una vía igualmente satisfactoria. ....	175
5.1.4. La cosa juzgada en el amparo contra resoluciones judiciales. ....	179

5.1.5. La actividad probatoria en el amparo contra resolución judicial. ....	180
5.1.6 El requisito de la firmeza de la resolución impugnada. ....	183
5.1.7. El plazo de prescripción en el amparo contra resolución judicial. ....	187
5.1.8. Análisis Crítico.....	191
5.2. EL PROCESO DE NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTA. ....	193
5.2.1. Generalidades.....	193
5.2.2. Pretensión Impugnatoria.....	196
5.2.3. Concepto.....	199
5.2.4. Características.....	201
5.2.5. Legitimación.....	203
5.2.6. Efectos de la sentencia.....	205
5.2.7. Medidas cautelares.....	208
5.2.8. Análisis Crítico.....	208
5.3. El proceso de impugnación de paternidad.....	210
5.3.1. Nociones.....	210
5.3.2. Forma de impugnar la paternidad.....	210
5.3.3. Causas de impugnación de paternidad.....	212
5.3.4. Titulares de la acción.....	213
5.3.5. Plazo para ejercitar la acción.....	213
5.3.6. Análisis Crítico.....	214
5. 4. PROCESO AUTÓNOMO. LA REVISIÓN CIVIL.....	215
5.4.1. Antecedentes.....	215



5.4.2. Nociones.....	217
5.4.3. Fundamento.....	220
5.4. 4. Naturaleza jurídica.....	223
5.4.5. Plazo y ámbito de aplicación.....	225
5.4.6. Procedimiento.....	228
5.4.7. Análisis Crítico.....	229

## **CAPÍTULO VI**

### **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONFLICTO EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA QUE DECLARA ERRÓNEAMENTE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

6.1. El principio de interés superior del niño.....	231
6.1.1. Antecedentes.....	231
6.1.2. La Convención de los Derechos del Niño y su posición en el ordenamiento jurídico peruano.....	234
6.1.3. Definición y aspectos doctrinales sobre el Interés Superior del Niño.....	239
6.1. 4. El Interés Superior del Niño ¿Que viene a ser un principio o una garantía?.....	243
6.2. El Derecho a la Identidad.....	250
6.2.1. Aspectos conceptuales sobre el derecho a la identidad.....	250
6.2.2. Contenido esencial y dimensiones del derecho a la identidad.....	254
6.3. EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.....	262
6.3.1. Concepto, fundamento y alcances.....	262

6.3.2. Relación del derecho al libre desarrollo de la personalidad con y la sentencia que declara erróneamente la paternidad extramatrimonial. ....	266
6.4. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. ....	267
6.4.1. La analogía como una forma de suplir el vacío normativo detectado.	
271	
6.5. El principio de proporcionalidad aplicado específicamente a los derechos fundamentales en conflicto. ....	275
6.5.1. La finalidad constitucionalmente legítima que se busca con la intervención corporal al presunto progenitor. ....	280
6.5.2. Idoneidad. ....	282
6.5.3. Necesidad. ....	284
6.5.4. Ponderación o Proporcionalidad en Sentido Estricto. ....	285
6.6. Entrevista a magistrados y juristas respecto al problema planteado....	287
6.6.1. Entrevistas a magistrados. ....	288
6.6.1.1. Entrevista al Dr. Eduardo Loloy Anaya, Juez del Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaral y a la Jueza Leida Serrano Valenzuela, Jueza del Juzgado de Familia de Huaral. ....	288
6.6.1.2. Entrevista al Dr. Lizandro Zapata Corrales, Fiscal Provincial Mixto de Huaral, con competencia en materia de Derecho Civil y de Familia. ....	289
6.6.2. Entrevistas A Juristas. ....	290
6.6.2.1 Entrevista al Dr. Luis Alfaro Valverde, profesor de la Maestría en Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. ....	290

6.6.2.2. Entrevista al Dr. Eduardo Hernando Nieto, profesor de la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad de San Martín de Porres.....	292
6.6.2.3. Entrevista al Dr. Miguel Ramos Miraval, profesor de la Maestría en Derecho Civil en la Universidad de San Martín de Porres. ....	293
7. SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL AL CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	293
8. Efectividad de la realización de la prueba de ADN en los procesos de filiación extramatrimonial llevados a cabo en la provincia de Huaral.....	295
8.1. Sentencias declaradas fundadas en base a la realización de la prueba de ADN emitidas por el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaral.....	295
8.2. Sentencias declaradas fundadas en base a la presunción prevista en la Ley N° 28457 emitidas por el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaral. .	295
8.3. Sentencias declaradas fundadas en base a la realización de la prueba de ADN emitidas por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huaral.....	297
8.4. Sentencias declaradas fundadas en base a la presunción prevista en la Ley N° 28457 emitidas por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huaral. ....	297
8.5. Sentencias firmes de filiación extramatrimonial impugnadas en un proceso posterior, al conocerse la ausencia de vínculo filial. ....	299
8.6. Análisis e interpretación de resultados.....	299
9. CONCLUSIONES.....	302
10. RECOMENDACIONES.....	305
11. ANEXOS (ENTREVISTAS Y SENTENCIAS DE FILIACIÓN	

EXTRAMATRIMONIAL).....	307
BIBLIOGRAFÍA: .....	307

## RESUMEN

La presente investigación tiene como eje giratorio determinar si es factible impugnar la sentencia recaída en el proceso de filiación extramatrimonial que declara una paternidad, con calidad de cosa juzgada (formal), al descubrirse posterior a su emisión la ausencia de vínculo filial. Al respecto, hemos definido conceptos desde la teoría general del proceso, tales como tutela jurisdiccional efectiva, impugnación y cosa juzgada, asimismo, hemos analizado los posibles procesos existentes en el ordenamiento jurídico con posibilidad de impugnar dicha sentencia con calidad de cosa juzgada, concluyendo que ninguno se adapta al supuesto de hecho que se pretende impugnar.

Ante dicha inexistencia de una vía procesal específica con viabilidad para lograr la impugnación pretendida, el juez debe crearla haciendo uso de los principios generales del derecho, del principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del principio de interés superior del niño.

Finalmente, habiendo tomado como marco de referencia para nuestra investigación las sentencias de filiación extramatrimonial emitidas por los Juzgados de Paz Letrado de Huaral entre los años 2014 al 2016, advertimos que un 80% de los casos no se practicó la prueba de ADN, por lo que este porcentaje de sentencias bien podrían ser impugnadas posteriormente al descubrirse la ausencia de vínculo filial.

## **Abstrac**

The present investigation has as pivotal axis to determine if it is feasible to challenge the sentence relapsed in the process of extramarital filiation that declares paternity, with the quality of *res judicata* (formal), upon discovering after its issuance the absence of filial relationship. In this regard, we have defined concepts from the general theory of the process, such as effective jurisdictional protection, challenge and *res judicata*, likewise, we have analyzed the possible existing processes in the legal system with the possibility of contesting said judgment as a *res judicata*, concluding that none is adapted to the factual assumption that is intended to be challenged.

In the absence of a specific procedural viability to achieve the intended challenge, the judge must create using the general principles of law, the principle of not fail to administer justice by vacuum or deficiency of the law, the right to free development of the child's personality and principle of best interest.

Finally, having taken as a frame of reference for our investigation the sentence of extramarital filiation issued by the Juárez de Paz Letrado de Huaral between 2014 and 2016, we note that 80% of the cases did not undergo DNA testing, so that this percentage of judgments could well be challenged later on when the absence of a filial link was discovered.

## **DEDICATORIA**

A mis padres, por su amor, ejemplo y coraje que me enseñaron a luchar y a vivir.

## INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo determinar si resulta constitucionalmente válido que se mantenga los efectos de la sentencia firme que declara la filiación extramatrimonial, sin haberse practicado la prueba de ADN, pese a que posteriormente se practicó dicha prueba genética, descartándose la paternidad declarada. En caso de obtener una respuesta negativa, determinar cuál sería la vía idónea para impugnar dicha sentencia y cuál sería el plazo para interponer la respectiva demanda.

Advertimos una falencia en el proceso especial de filiación extramatrimonial, consistente en el hecho de que la declaración de paternidad no se basa en una prueba, sino en una presunción que no tiene como base ninguna otra base fáctica, más que el dicho de la parte demandante y la negativa al sometimiento al único de medio de prueba por parte del demandado; y, en caso de que, posteriormente, sea demostrado que el niño y/o adolescente no posea un real vínculo filial con quien ha sido declarado como su progenitor, éste sufriría un daño moral irreparable, luego de que la declaración judicial de paternidad sea desvirtuada con la realización de una prueba de ADN que arroje un resultado negativo.

En este el último supuesto, quedaría demostrado que el proceso fue utilizado como un mecanismo fraudulento para imputar una vínculo filial que no se corresponde con la verdad genética, agraviándose el derecho del niño y/o adolescente a tener una identidad y a conocer a sus verdadero progenitor; así



como el derecho del padre legalmente declarado al libre desarrollo de la personalidad, a quien se obliga judicialmente a que asuma una responsabilidad que no le corresponde; y, en ambos casos, se vulnera el derecho a una resolución fundada en derecho, entendida en un sentido material de justicia. En tal sentido, hemos considerado necesario la implementación de un proceso ulterior para variar los efectos de esta sentencia, pueda ser impugnada en un futuro, tanto por el demandado declarado padre, como por el declarado hijo biológico en ausencia de vínculo fil

## CAPITULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA INVESTIGACION

#### 1.1. Descripción de la realidad problemática:

El Código Civil de 1984 estableció para la determinación de la filiación extramatrimonial una tendencia a simplificar los procesos de investigación de paternidad, basando el establecimiento del dicho nexo filial paterno en una serie de presunciones previstas en el artículo 402 del Código Civil.

No obstante, dichas presunciones fueron pensadas mucho antes de que existiera la prueba del ADN, es decir, antes de que fuera la posible saber al 99.9 % de certeza científica, quien es nuestro progenitor. Los vientos de modernidad fueron acogidos en la La Ley N° 27048, norma que fue publicada el 6 de enero de 1999, la cual modificó diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad, maternidad y filiación, admitiendo la prueba del ADN y otras de validez científica de igual o mayor certeza, para establecer la posibilidad de declarar la paternidad extramatrimonial o el hijo como alimentista, luego de evaluar la negativa del presunto progenitor a someterse a la referida prueba genética, conjuntamente con el resto de pruebas presentadas y la conducta procesal de demandado. Este puede considerarse el primer intento para la utilización de pruebas genéticas en la dilucidación de la filiación extramatrimonial, pese a que el Código Procesal Civil admitía las pruebas atípicas.

En el mes de enero de 2005, es publicada la Ley N° 28457, que reguló el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, en lugar de optimizar el derecho a la identidad, sustentándose en la práctica efectiva de la prueba de ADN, continuó con una línea de regulación restrictiva, en el sentido de no exigir la práctica efectiva de la prueba de ADN y declarando la paternidad del demandado por su sola negativa al sometimiento a la prueba del ADN, convirtiendo dicha negativa en una prueba tasada, sin ser valorada conjuntamente con otro medio probatorio y sin mayor opinión crítica de los magistrados. Tampoco le importó al legislador el motivo de la negativa del demandado, es decir, si estos eran de índole religioso o falta de recursos económicos para costear la realización de la prueba biológica.

La principal falencia de dicha normatividad, consiste en el hecho de que la declaración de paternidad no se basa en una prueba, sino en una presunción que no tiene como base ninguna otra base fáctica, más que el solo dicho de la parte demandante y la negativa al sometimiento al único de medio de prueba por parte del demandado; y, en caso de que, posteriormente, sea demostrado que el niño y/o adolescente no posea un real vínculo filial con quien ha sido declarado como su progenitor, éste sufriría un daño moral irreparable, luego de que la declaración judicial de paternidad sea desvirtuada con la realización de una prueba de ADN que arroje un resultado negativo.

En este el último supuesto, quedaría demostrado que el proceso de filiación extramatrimonial ha sido utilizado como un mecanismo fraudulento

para imputar un vínculo filial que no se corresponde con la verdad genética, agraviándose el derecho del niño y/o adolescente a tener una identidad y a conocer a sus verdadero progenitor. Asimismo, consideramos que también quedaría vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de aquel que ha sido declarado padre sin tener vínculo filial con quien ha sido declarado como hijo suyo, a quien se obliga judicialmente a que asuma una responsabilidad que no le corresponde; y, en ambos casos, a una resolución fundada en derecho, entendida en un sentido material de justicia. En tal sentido, resulta necesario que exista un proceso ulterior para variar los efectos de esta sentencia, pueda ser impugnada en un futuro, tanto para que el demandado declarado padre, como por el declarado hijo biológico en ausencia de vínculo filial.

Desde sus inicios, el costo de la prueba de ADN ha bordeado los S/. 1500,00 (mil quinientos con/100 soles), en un país donde el sueldo mínimo, al tiempo de emitido ley cuestionada, era de S/. 500,00 (quinientos con 00/100 soles), el cual fue aumentado progresivamente hasta llegar recientemente a los S/850,00 (ochocientos cincuenta con 00/100 soles). Pues si lo que se quería era que se efectivice la realización de la prueba genética, debió ser el propio Estado quien asuma el costo, sin perjuicio de que luego sea cobrado a la parte perdedora.

Teniendo en consideración esta realidad económica, es altamente probable que la gran mayoría de demandados en el proceso de filiación extramatrimonial no cuenten, ni haya contado con el dinero necesario para la

realización de la prueba genética en los plazos previstos en la norma especial. Dicha situación se vuelve aún más lamentable sí, en la mayoría de los casos, no se otorga el auxilio judicial en este tipo de procesos; terminando por convertirse en un proceso desigual, por factores económicos. Ésta realidad por fin ha sido entendida por el Congreso, en el cual se ha presentado el Proyecto de LeyN°153/2016-CR, que, de ser aprobado, habilitaría la creación de la prueba biológica de ADN gratuita, así como el establecimiento de un Proceso Único de Filiación de Paternidad con la finalidad de que se determine, con suma celeridad, el monto a pagar por concepto de alimentos.

En el ámbito internacional, el Tribunal Constitucional de España, en la STC 008/2011 de fecha 28 de febrero de 2011, declaró fundada una demanda de amparo contra la resolución denegó admitir a trámite una demanda de impugnación de paternidad solicitada en base a la prueba del ADN (prueba nueva), alegando que ya existía una sentencia firme que declaraba la misma, la cual fue dictada en el Perú, pero sin haberse practicado la prueba genética.

En el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional ha manifestado en la sentencia recaída en el Expediente N° 00227-2011-PA/TC, caso Renzo Fabrizio Mariani Secada, que la prueba de ADN es la adecuada para dilucidar asuntos de filiación, el legislador no ha pensado en un mecanismo procesal mediante el cual, ante una sentencia que declara erróneamente la filiación extramatrimonial, sin haberse practicado la mencionada prueba genética,

aquel declarado padre tenga la opción de impugnar dicha declaración de paternidad luego de que ésta se practicase y arrojase un resultado negativo, descartando la paternidad declarada. Sin embargo, para los casos de reconocimiento, nuestro Código Civil establece, en su artículo 363°, la negación de paternidad en caso del hijo de mujer casada; y también en su artículo 399°, la impugnación del reconocimiento en la filiación extramatrimonial. Ello sin perjuicio de solicitar la acción de anulabilidad por error (engaño), sustentándose en el artículo 221, inciso 2 del Código Civil.

En tal sentido, consideramos que al no haberse regulado una vía procesal para impugnar la sentencia que declara erróneamente la filiación extramatrimonial, en el marco de la Ley N° 28457, ello vulnera el derecho a la identidad del niño y/o adolescente, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad de aquel que ha sido declarado padre sin serlo; y, en ambos casos, a una resolución fundada en derecho, derechos que no pueden soslayarse en aras de la cosa juzgada (meramente formal) o de una mal entendida seguridad jurídica.

Cabe señalar que, en la vía civil, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en la sentencia recaída en la Casación N° 1303-2013-San Martín, por el caso de una mujer adulta que exigía la impugnación de paternidad de su padre legal tras enterarse de la existencia de su verdadero padre. Por otro lado, pese a tratarse otra rama del derecho, resulta importante señalar que la jurisdicción penal ha establecido como precedente vinculante la Casación N°

242-2014- ANCASH, la obligatoriedad de la prueba del ADN cuando fruto del delito de violación sexual que se atribuye se hayan procreado hijos.

## **1.2. Formulación del problema:**

### **1.2.1. Problema general**

¿Es constitucional que se mantenga los efectos de la sentencia firme que declara la filiación extramatrimonial, sin haberse practicado la prueba de ADN, pese a que posteriormente se practicó dicha prueba genética, descartándose la paternidad declarada?

### **1.2.2. Problemas secundarios**

1. ¿Cómo dar tutela jurisdiccional efectiva a la pretensión de impugnar una sentencia firme que declara la filiación extramatrimonial, sin haberse practicado la prueba de ADN, pese a que después se practicó dicha prueba genética que la paternidad declarada, si ello no está previsto en el ordenamiento jurídico?
2. ¿Es constitucional someter a un plazo de prescripción la pretensión de impugnación de paternidad?

## **1.3. Objetivos de la investigación:**

### **1.3.1. Objetivo general**

Determinar si resulta constitucional que se mantenga los efectos de la sentencia firme que declara la filiación extramatrimonial, sin haberse practicado la prueba de ADN, pese a que posteriormente se practicó dicha prueba genética, descartándose la paternidad declarada.

### **1.3.2. Objetivos específicos**

Determinar la forma idónea para dar tutela jurisdiccional efectiva a la pretensión de impugnación de una sentencia firme que declara la filiación extramatrimonial, sin haberse practicado la prueba de ADN, pese a que después se practicó dicha prueba genética, y ésta descarta la paternidad declarada.

Determinar si resulta constitucional someter a un plazo de prescripción la pretensión de impugnación de paternidad.

## **1.4. Formulación de Hipótesis:**

### **1.4.1. Hipótesis general.**

Es inconstitucional que se mantenga los efectos de la sentencia firme que declara la filiación extramatrimonial, sin haberse practicado la prueba de ADN, pese a que posteriormente se practicó dicha prueba genética, descartándose la paternidad declarada.

### **1.4.2. Hipótesis específica.**

1. Es factible dar tutela jurisdiccional efectiva a la pretensión de impugnación de una sentencia firme que declara la filiación extramatrimonial, sin haberse practicado la prueba de ADN, al haberse practicado posteriormente dicha prueba genética, descartando la paternidad declarada, pese a no estar contemplada en el ordenamiento jurídico, aplicando las siguientes normas: 1) El artículo 139, inciso 8 de la Constitución Política del Perú; 2) el Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil; y, 3) el Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.



2. No resulta constitucionalmente válido someter a un plazo de prescripción la pretensión de impugnación de paternidad.

#### **1.4.3. Variables**

1. Variable independiente: Número de demandas de filiación extramatrimonial que han sido declaradas fundadas sin haberse realizado prueba de ADN.
2. Variable dependiente: Número de demandas de impugnación de paternidad (con prescindencia de la forma procesal) que se han interpuesto contra sentencias que declaran la filiación extramatrimonial, sin haberse realizado prueba de ADN.

#### **1.5. Justificación de la investigación.**

La presente investigación resulta importante dado los cambios que vienen ocurriendo en el Derecho de Familia ante el avance de las nuevas tecnologías, y a la nueva concepción de esta rama del Derecho, a la cual ya no se le concibe como únicamente privatista, sino también pública, lo que implica que el Estado debe brindar una protección adecuada del derecho a la identidad del niño y el adolescente, otorgándole el derecho a conocer a su progenitor, y a no ser engañado respecto a la identidad de éste.

La presente investigación se justifica en la necesidad de que se brinde al declarado padre legal y al hijo declarado, la oportunidad de impugnar una sentencia que no se condice con la verdad biológica, es

decir, un real vínculo filial entre ambos. Ello, independientemente de la forma en que se haya declarado la filiación (reconocimiento voluntario o sentencia judicial, sin prueba de ADN). Nuestra posición también se sustenta en la gran cantidad de casos de impugnación de paternidad y anulabilidad de acto jurídico, respecto del reconocimiento voluntario, las cuales se fundamentan en el engaño y la ausencia de vínculo filial, al conocerse el resultado negativo de una prueba de ADN, hecha de forma particular.

Consideramos que no existe ningún obstáculo para la presente investigación, toda vez que existe legislación nacional e internacional necesaria para realizar la respectiva comparación, teniendo como instrumentos fundamentales la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución Política del Perú y el Código de los Niños y Adolescentes; asimismo, existe jurisprudencia constitucional y civil que nos indica una pauta interpretativa con el que los órganos jurisdiccionales vienen resolviendo casos de filiación extramatrimonial, en sus diversas facetas. Siendo así, con ésta investigación contribuiremos a mejorar el proceso de filiación extramatrimonial, a efectos de optimizar los derechos y garantías del sujeto a tutelar, niño o adolescente, así como los del demandado; resultando en un proceso más justo y equitativo para ambas partes.

#### **1.6. Delimitación de la investigación.**

La presente investigación tendrá una delimitación dogmática y jurisprudencial en las áreas de Derecho Constitucional, Derecho de

Familia y Derecho Procesal, con preeminencia de la primera de las mencionadas ramas del derecho; asimismo, haremos revisión de las principales sentencias del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, en materia de filiación, interés superior del niño y cosa juzgada. Asimismo, revisaremos la jurisprudencia emitida por el Primer y Segundo Juzgado el Paz Letrado de Huaral, y el Juzgado de Familia de Huaral, respecto a procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad, entre los años 2014 al 2016.

Por otro lado, nos enfocaremos en la jurisprudencia emitida en los casos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad acaecidos en el distrito de Huaral, entre los años 2011 al 2016; jurisprudencia emitida por los respectivos Juzgados de Paz letrado y el Juzgado de Familia de la localidad. Cabe señalar que el suscrito ejerce como Fiscal Adjunto Provincial Mixto en la ciudad de Huaral, con competencia en casos de derecho de Familia; por lo que será factible la culminación de la investigación en un periodo de tiempo relativamente corto y a un costo moderado, investigación que estimamos resultará trascendente y novedosa para el Derecho de Familia.

Con la presente investigación se pretende demostrar en cuantos procesos de filiación extramatrimonial se lleva a cabo la práctica efectiva de la prueba genética, en cuantos no y porqué, así como verificar si se han impugnado sentencias que declaran la filiación extramatrimonial sin haberse realizado la prueba del ADN, al

verificarse luego la ausencia de vínculo filial; y cuál es la vía procesal que se ha utilizado.

### **1.7. Viabilidad de la investigación.**

La presente investigación será realizada en base a la recolección de aportes doctrinarios de reconocidos especialistas nacionales y extranjeros en Derecho Constitucional, Derecho de Familia y Derecho Procesal, así como la jurisprudencia más relevante en materia de filiación extramatrimonial, tanto del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional; para ello se acudirán a libros especializados en dichas materias, así como artículos publicados en revistas jurídicas especializadas. Asimismo, también se realizarán entrevistas a magistrados y destacados especialistas en las mencionadas materias, a efectos de conocer su opinión respecto a la viabilidad de la impugnación de la sentencia que declara de erróneamente la paternidad extramatrimonial, sin la realización de una prueba genética, evidenciándose posteriormente la ausencia de vínculo filial.

Consideramos que nos será sencillo conseguir la jurisprudencia emitida por los juzgados de Huaral, referidas a filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad, entre los años señalados, previo requerimiento y autorización de la autoridad competente.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Antecedentes de la investigación:

El proceso especial de filiación extramatrimonial ha sido polémico desde su instauración, habiendo voces a favor y en contra.

En el ámbito internacional, las opiniones han sido favorables, tales como las de la argentina Catalina Elsa Arias Ronchietto, quien ha manifestado:

En cuanto al resguardo de la garantía constitucional del debido proceso y del derecho a defensa, no los vemos agraviados en absoluto. La Ley N° 28457 reglamenta un bien pensado proceso puesto al servicio del hijo sin padre determinado, empleando un medio que llega desde la ciencia genética: La irrefutable prueba de ADN para determinar el nexo genético filiatorio (Arias, 2007, p. 47).

Por su parte, también desde Argentina, María Victoria Famá se ha mostrado de acuerdo con proceso especial que regula la filiación extramatrimonial, habiendo señalado lo siguiente: "(...) el procedimiento previsto por la Ley N° 28457 no vulnera las reglas del debido proceso, ya que se trata de un procedimiento regular fijado por ley, que otorga al demandado suficiente oportunidad de participar con utilidad en el proceso,

previo traslado de ley, e incluso prevé la doble instancia antes el juez de familia (Famá, 2007, p. 70)".

En doctrina nacional, varios autores se han mostrado a favor de la ley en cuestión, entre ellos Enrique VarsiRospigliosi, quien ha señalado contundentemente: "La ley nos ofrece una solución que no hace más que reconocer la fuerza de los genes por sobre todo el formalismo legal" (Varsi, 2007, p. 18). Así también, Yovar Oven Rodríguez Ávalos ha señalado:

Hablar de la Ley N° 28457 es referirnos al moderno proceso de filiación extramatrimonial establecido por esta, a través de nuestro Derecho ha brindado una respuesta adecuada a un problema no poco frecuente en nuestra sociedad como es la negativa de ciertos padres al reconocimiento de sus hijos concebidos fuera del matrimonio fuera del matrimonio, brindándonos un proceso rápido, eficaz y justo, aquí no hay pretexto que valga, el demandado debe someterse a la pericia del ADN a fin de determinar si es el padre del demandante o de lo contrario el "mandato" se convertirá en una declaración judicial de paternidad extramatrimonial, el proceso es bastante sencillo y eficaz, no así mecánico (...) (Rodríguez, 2008, p. 122).

En el ámbito nacional, la procesalista Eugenia ArianoDeho a la introducción del procedimiento especial de filiación extramatrimonial (a la autora le cuesta llamarlo proceso), son fundamentalmente tres:

1° Existe consenso científico en los niveles de certeza de los resultados de la prueba del ADN, de modo que con su realización (...), si es posible obtener el nivel de certeza adecuado para que los magistrados se pronuncien en las demandas de paternidad.

2° El proceso de conocimiento no es el adecuado para sustanciar el proceso de filiación, por cuanto es el “más lato y prolongado de todos los existentes en nuestro ordenamiento jurídico”, pudiendo tardar “entre tres o cuatro años”, y además “es el más oneroso, dado que los aranceles judiciales aplicables son más altos que los aplicados a otros procesos”.

3° El “excesivo tiempo de su tratamiento genera un alto costo económico que la mayoría de los litigantes no puede cubrir, costos que en muchos casos también ocasionan que una vez iniciado el litigio, esta tenga que ser abandonado en el trayecto por falta de recursos económicos para su prosecución” (Ariano, 2005, p.65).

Sin embargo, la citada autora advierte respecto que, respecto al tratamiento de la prueba en el proceso de filiación extramatrimonial: “(...) el legislador consagro un procedimiento más tendiente a evitarla que ha practicarla” (Ariano, 2005, p.66). Asimismo, la citada autora ha sostenido al respecto que:

No solo se ha eliminado el contradictorio inicial, no solo se ha limitado la posibilidad del demandado de defenderse, no solo se ha eliminado todo rastro de contradictorio en la actuación de la única prueba legal posible, sino que además se ha eliminado toda posibilidad de apreciación crítica del resultado de la “prueba científica”, reduciendo al juez a ser un “elemento decorativo y simplemente protocolizador” de lo que concluya el laboratorio. De allí que sea lícito preguntarnos: ¿realmente esta ley regula un proceso? (Ariano, 2005, p.67).

Asimismo, considerando que en el proceso especial que regula la filiación extramatrimonial, el único medio probatorio que se admite es la prueba del ADN, la cual debe ser pagada por la parte demandada, restringiéndose sustancialmente su derecho a probar y de defensa; cabe preguntarnos si ello puede generar cosa juzgada material, si tiempo después de emitirse la sentencia que declara erróneamente un vínculo filial, se logre practicar una prueba genética que descarte la filiación extramatrimonial.

Por otro lado, la estructura procesal asumida por la ley para las pretensiones derivadas de la reclamación por paternidad extramatrimonial, se encuadra dentro denominado proceso monitorio (sin contradicción y pensados para conceder títulos ejecutivos). Según la doctrina procesal, los procesos pueden ser simples o monitorios. Al respecto Enrique Vescovi, citado por Rolando Martel Chang, nos dice que: “En los primeros el juez resuelve luego de oír a ambas partes, mientras que en otros el contradictorio



se invierte, es decir, el juez resuelve oyendo a una de las partes, la demandante, y solo después oye al demandado, siempre que se oponga” (Martel, 2005, p.67). Somos contrarios a esta estructura procesal en un proceso donde se discute un derecho tan importante como la identidad de un menor de edad, así como sus derechos a la “verdad biológica” y a la filiación (los cuales pueden entenderse como derechos independientes). Al respecto, coincidimos con Carlos Furuken Zegarra cuando señala:

La filiación extramatrimonial ¿debe ser encausada a través de procesos de cognición o monitorios? Consideramos que esta pretensión debe ser encausada dentro de un proceso de cognición, puesto que la inseguridad respecto al derecho fundamental controvertido (filiación) deberá ser resuelta con amplitud de pruebas (y no sobre la base de una sola por más infalible que sea), lo cual supone que el emplazado tenga verdadera y efectiva oportunidad de defenderse y de presentar las aludidas pruebas que acredite sus alegaciones (Furuken, 2007, p.96).

Continuando con las críticas, Erika Céspedes Suzuki hace una apreciación trascendente respecto a la prueba en el proceso especial que regula la filiación extramatrimonial, manifestando: “(...) en este caso la fuerza de los genes no es tal, puesto que no se llega a realizar la prueba genética, sino que tan solo se llega a realizar, sino tan solo se toma en cuenta la

negativa a someterse a ella. No es la prueba genética la que otorga la paternidad, sino la inexistencia de ella” (Céspedes, 2005, p. 7).

El principio de verdad biológica aplicado a la colisión entre los derechos del hijo declarado y los del padre impugnante, el jurista español Hernán Corral Talcini, citado por Juan Jesús Wong Abad, señala que:

El principio de verdad biológica nace, por tanto, como un estándar normativo que va en beneficio del hijo que ha sido procreado, pero que va más allá, por cuanto se entiende al derecho del padre formal a destruir la filiación que no corresponde a la realidad biológica, y ello aunque vaya en contra del interés del hijo, que podrá quedar sin padre legal. También se amplía al interés del padre biológico para impugnar la paternidad formal en beneficio no sólo del hijo sino del mismo progenitor demandante. Pareciera, en consecuencia, que el principio de verdad biológica es valorado no sólo como una expresión del principio de protección al hijo (*favor filii*) sino como una pauta normativa que interesa a toda la regulación de la filiación, con todos sus involucrados: padres e hijos. En suma, el principio de verdad biológica es considerado un elemento que favorece una mejor organización y desarrollo de los lazos familiares que se generan por la filiación. En el fondo, la ley asume que la verdad, incluso aunque inesperada y a veces dura, es mejor que la falsedad y la mentira en la regulación de la familia: *verita libera nos* (la verdad nos hará libres). (Wong, 2016, p. 136). (Énfasis agregado).

Asimismo, Juan Jesús Wong Abad, respecto a los efectos de una sentencia de impugnación de paternidad señala que:

(...) en situaciones e donde haya declarado fundada una impugnación de paternidad de un padre legal, los operadores de justicia deberán desplegar todas sus facultades para que el niño continúe recibiendo su asistencia alimentaria y se ubique a su padre biológico.// Asimismo, los operadores de justicia deberán tener presente para la solución de todo proceso filiatorio no solo el derecho de identidad o verdad biológica, sino también a lo que se conoce como posesión de estado de familia y a las relaciones socioafectivas (Wong, 2016, p. 138).

En el ámbito procesal, el legislador ha previsto dos vías para impugnar una resolución judicial firme que vulnera el debido proceso, una es el amparo contra resolución judicial y la otra es la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. En primer término, consideramos que dado que el proceso de amparo no tiene una estación probatoria, la nulidad de cosa juzgada fraudulenta sería naturalmente la vía idónea para impugnar la sentencia que declara erróneamente la filiación extramatrimonial, en el marco de la Ley N° 28457, sin que se haya practicado la prueba de ADN, cuando posteriormente se haya descartado el vínculo filial con la práctica efectiva de dicha prueba genética; en atención a que se tramita en el proceso de conocimiento, que es la vía procesal con mayor amplitud probatoria.

La nulidad de cosa juzgada fraudulenta se encuentra establecida en el artículo 178 del Código Procesal Civil, en los siguientes términos: "Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por éste y aquellas(...)". (Énfasis agregado).

No obstante, deberemos verificar si la nueva pretensión a plantearse calza dentro del supuesto de fraude procesal que el legislador ha previsto para la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, dado que, en sí, el nuevo proceso planetaria la revisión de lo inicialmente en el fondo de la primera decisión por vulnerar valores fundamentales de nuestra carta Magna y un criterio básico de justicia. Es decir, consideramos que la instauración de un proceso de filiación extramatrimonial sabiendo, o por lo menos, dudando sobre la paternidad que se atribuye, y conociendo de antemano que la parte demandada carece de recursos suficientes para costear una prueba de ADN, va a derivar en una sentencia que no se condiga con la realidad biológica, en perjuicio del menor de edad y del declarado padre, dándose una cosa juzgada aparente, pero no legítima; no habiéndose previsto un medio impugnatorio para revertir dicha situación injusta.

Sustentamos nuestra posición en lo señalado por la magistrada Marianella Ledesma Narváez, quien respecto a la legitimidad de la cosa juzgada ha señalado:

(...) estimo que la cosa juzgada que se debe garantizar desde la Norma Fundamental no puede entenderse de modo absoluto, sino que debe ser interpretada sistemática y armónicamente con otros principios, tales como Estado de Derecho, la tutela jurisdiccional efectiva, la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, entre otros, puesto que solo lo resuelto en una sentencia compatible con tales principios puede ser considerado como una cosa juzgada legítima. (Voto singular, Exp. N° 04617-2012-PA/TC, fundamento 8).

Más adelante la citada magistrada conceptualiza la cosa juzgada aparente de la siguiente forma: "(...) el dictado de una sentencia sin ningún tipo de fundamento jurídico o fáctico pertinente al caso concreto, o cuando, existiendo algún fundamento jurídico o fáctico, éstos resultaban aparentes o falsos, entre otros supuestos" (Voto singular, Exp. N° 04617-2012-PA/TC, fundamento 35).

Finalmente, también se ha señalado lo contraproducente que resulta el mantenimiento del vínculo filial en las circunstancias señaladas, así Elizabeth del Pilar Amado Ramírez manifiesta: "(...) algunos jueces priorizan solo el derecho a la identidad del menor y mantenían sus

derechos frente al padre no biológico, situación que a su vez, suele generar situaciones de violencia familiar”. (Amado, 2016, p. 172).

### **2.1.1. Bases teóricas.**

1. Cosa Juzgada. - Sobre esta institución jurídica Monroy Palacios ha señalado:

(...)la cosa juzgada viene a ser uno de los rasgos característicos de la actividad jurisdiccional, por el cual, cuando se pronuncia la sentencia y están agotados todos los actos procesales de las partes, ella deviene en irrevisable. No se podrá modificar por ningún medio de impugnación ni mediante otro proceso que verse sobre la misma cuestión (Monroy, 1998, p. 12).

Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado:

Mediante la garantía de la cosa juzgada se instituye el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante nuevos medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos

jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó” (STC N.º 4587-2004-AA/TC, fundamento 38).

2. Debido proceso.- En términos generales, puede ser definido como el conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido en el caso “Ricardo Baena y otros”, el 2 de febrero del 2001 que:

(...) cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” derecho sobre el cual dirá que (...)” es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetar en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas (STC de la CIDH, Caso Ricardo Baena y otros, párrafos 124 y 127).

El Tribunal Constitucional ha definido al derecho fundamental al debido proceso como:

(...) un derecho –por así decirlo– *continente* puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, se ha afirmado que: “(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.” (Exp. N° 07289-2005-AA/TC, fundamento 5).

Por su parte, en doctrina nacional, el Dr. César Landa Arroyo, desde una óptica constitucional, respecto al concepto de debido proceso señala:

El debido proceso es un derecho humano abierto de naturaleza procesal y alcances generales, que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales. Este derecho contiene un doble plano, pues además de responder a los elementos formales o procedimentales de un proceso (juez natural, derecho de defensa, plazo razonable, motivación resolutoria, acceso a los recursos, instancia plural, etc.), asegura elementos sustantivos o materiales, lo que supone la preservación de criterios de justicia que sustenten



toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, etc.). (Landa, 2012, p. 59).

3. Derecho a la Identidad: El jurista italiano Adriano De Cupis, citado por Santos Cifuentes, refiere que: "(...) la identidad es el ser en sí mismo con sus propios caracteres y acciones constituyendo la misma verdad de la persona, y pone especial detalle en la identidad filiatoria, paterna o materna que le sirve a la persona para posicionarse en el sociedad, contribuyendo fundamentalmente a su identificación" (Cifuentes, 1995, p. 606). Al respecto el Tribunal Constitucional ha manifestado: "(...)el derecho a la identidad (artículo 2.1º de la Constitución) comprende el derecho a un nombre -conocer a sus padres y conservar sus apellidos-, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica" (STC Exp. N° 004444-2005-AA/TC, fundamento 4).
  
4. Filiación: En doctrina nacional, el Dr. Benjamín Aguilar Llanos ha preciado: "El término filiación alude a los hijos y la ley establece la situación legal de los hijos respecto de sus progenitores, y lo trata a través de lo que se conoce como sociedad paterno filial matrimonial y la sociedad paterno filial extramatrimonial" (Aguilar, 2013, p. 11). Asimismo, el Dr. Javier Rolando Peralta Andía, ha manifestado respecto a la filiación:

“(…) es una institución del Derecho de Familia que consiste en la relación paterno filial existente entre una persona (hijo) con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró. La filiación, sin embargo debe ser entendida como el vínculo jurídico existente entre procreantes y procreados, o producto de la adopción de la cual emergen derechos y obligaciones para padres e hijos” (Peralta, 2009, p. 387-388).

5. Fraude Procesal.- El procesalista Martín Hurtado Reyes ha señalado que: “El fraude es una maquinación engañosa para causar perjuicios a terceros y tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan” (Hurtado, 2009, p. 498). Asimismo, Juan Monroy Palacios entiende por fraude procesal como: “(…) aquel **acto doloso** destinado a desnaturalizar el normal desarrollo de un proceso, **provocando situaciones injustas que afectan los intereses de una o de ambas partes y eventualmente de terceros**” (Monroy, 1998, p. 124). (Énfasis agregado). Por su parte Jorge Carrión Lugo, luego de hacer una comparación con el fraude civil refiere: “(…) el fraude tiene una significación más o menos semejante, en el que el litigante, en unos casos unilateralmente, hace uso del proceso para causar daño a su contraparte o a un tercero” (Carrión, 2001, p. 416).

6. Impugnación: Respecto a este derecho que consideramos fundamental, el procesalista Luis Genaro Alfaro Valverde señala que: “(...) es un mecanismo eficiente para reducir las posibilidades de error de la decisión del juez y de esta manera aumentar el grado de probabilidad y así corresponda con lo que realmente aconteció en la realidad, mediante la obtención de una sentencia lo más justa posible”. (Alfaro, 2015, p. 405). Por su parte, otro procesalista, el Dr. Roberto González Álvarez, señala lo siguiente sobre el mencionado derecho: “(...) la impugnación es el principio fundamental, fundado en la libertad y dignidad de la persona, que permite la corrección de las decisiones jurisdiccionales, consideradas adversas, por revisión o examen procesal, asegurando la efectividad del ordenamiento jurídico y del proceso(...).” (González, 2014, p. 288).

7. Interés Superior del Niño: Según señal Alex Plácido Vilcachagua: “Por este principio se exige armonizar completamente la legislación vigente con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño a fin de ser adecuadamente incorporado en el derecho interno, de manera que puede ser invocado en los tribunales”. (Plácido, 2006, p. 5). Por su parte, profesor chileno Gonzalo Aguilar Cavallo, nos da luces sobre la conceptualización del interés superior del niño, manifestando:

En definitiva, lo que se propone con la idea rectora o con el principio del interés superior del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. En realidad este principio solo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado. (Aguilar, 2008, p. 230).

8. Principio de Proporcionalidad: Sobre esta institución de naturaleza constitucional, el Dr. Pedro Grandez castro ha señalado:

El principio de proporcionalidad vendría a cumplir un rol instrumental de naturaleza principalista de las normas iusfundamentales, en la medida en que permite establecer, con alto grado de corrección, el contenido del mandato establecido en una disposición cuyo cumplimiento no puede realizarse “todo o nada”, sino que más bien invoca un cumplimiento gradual. (Grandez, 2010, p. 340).

Por su parte, la jurisprudencia del TC, también nos ha dado luces sobre la naturaleza y el origen de este principio señalando:

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción debe analizarse en el ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona. (STC. N° 0010-2002-AI/TC, fundamento N° 195).

9. Acción de Revisión: En doctrina argentina, el Dr. Oscar A. Zorzoli, profesor de la Universidad de Buenos Aires, ha denominado la revisión como: "(...) una pretensión autónoma invalidatoria de la acción si ha mediado alguna causa grave extrínseca al proceso y que provoque desequilibrio en la paz social, altere una cuestión de derecho o vea afectado alguno de los principios tutelados por la Constitución Nacional" (Zorzoli, 1998, p. 151).

La doctrina nacional también ha analizado este instituto, fundamentalmente en su vertiente de fraude procesal. Al respecto, el Dr. Juan Monroy Palacios ha señalado:

La revisión es un mecanismo que busca la nulidad de las resoluciones que concluyen el proceso (sentencia o auto), como medio para reprimir la actividad fraudulenta o para subsanar aquellos defectos sustanciales que pervierten la relación procesal y dañan la solución en justicia del conflicto de intereses. (Monroy, 1998, p. 136).

10. Tutela jurisdiccional efectiva.- El magistrado Víctor Obando Blanco ha definido este derecho fundamental de naturaleza procesal en los siguientes términos:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos. Se desea proponer, que el derecho a la tutela jurisdiccional, aún sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el Juez. Es un atributo subjetivo

que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. (Obando, 2012, p. 70).

Por su parte, en doctrina española, el Dr. Joan Pico I Junoy ha delimitado el contenido de este derecho fundamental de naturaleza procesal, en los siguientes términos:

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene en palabras de TC, un contenido complejo que incluye, a modo de resumen, los siguientes aspectos:

- El acceso a los Tribunales;
- El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente;
- El derecho a la efectividad de las resoluciones; y
- El recurso legalmente previsto. (Pico I Junoy, 1997, p. 40).

## **CAPÍTULO III**

### **DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. DISEÑO METODOLÓGICO**

##### **3.1.1. Diseño de la investigación:**

La presente investigación es cuantitativa, dogmática y jurisprudencial, por tanto, cuya finalidad es determinar si la sentencia emitida en base al proceso de filiación extramatrimonial es absoluta frente a una prueba genética realizada extraprocesalmente; asimismo, si resulta constitucionalmente aceptable la impugnación de una sentencia judicial dictada en base a la mera presunción legal, frente a una prueba de verificación científica. Asimismo, se utilizará el método de entrevistas a destacados juristas en Derecho Constitucional, Derecho de Familia y Derecho Procesal, a efectos de recabar su opinión respecto a la propuesta de utilizar la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, o, en su defecto, la revisión, como mecanismo para impugnar la filiación extramatrimonial declarada judicialmente.

##### **3.1.2. Descripción de los instrumentos**

Los instrumentos a emplear en la presente investigación son: análisis cuantitativo local (Huaral) y revisión de doctrina (nacional y extranjera), jurisprudencia y legislación comparada, las mismas que reúnen condiciones de confiabilidad y validez necesaria.



### **3.1.3. Validez y confiabilidad de los instrumentos**

Las técnicas de investigación fueron las siguientes:

- **Material bibliográfico**

El presente trabajo de investigación será realizado en base a consulta diversos libros y artículos de revistas de autores especialistas en Derecho Constitucional, Derecho de Familia, Derecho Penal y Derecho Procesal; asimismo, analizando la jurisprudencia vinculada más relevante del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.

- **Cuestionarios**

Instrumento de evaluación jurídica constituido por una serie de preguntas a diversos especialistas en Derecho Constitucional, Derecho de Familia y Derecho Procesal, a efectos de recabar su opinión respecto a la propuesta de impugnación de una sentencia judicial dictada en base a la mera presunción legal, frente a una prueba de verificación científica como es la prueba genética de ADN.

### **3.1.4. Técnicas estadísticas para el procesamiento de información:**

- **Documental**

Esta información es obtenida de las sentencias emitidas por los juzgados de la localidad de Huaral, Corte Suprema de Justicia de la República y jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

- **Aspectos éticos:**

En el presente trabajo de investigación serán respetadas las ideas originales de los distintos especialistas en Derecho Constitucional, Derecho de Familia y Derecho Procesal, por ello se consignará en las referencias bibliográficas los nombres y apellidos, nombre de la obra, año de publicación y la editorial en la que publicaron los autores de la presente obra.

De igual manera, se registrará toda fuente electrónica consultada, precisándose el nombre del autor y el título de ser el caso, así como el enlace de la página web consultada.

### 3.1.5. RECURSOS Y CRONOGRAMA

#### a. Cronograma.

	<b>A</b>	<b>B</b>	<b>C</b>
1	<b>TAREA</b>	<b>INICIO</b>	<b>DURACIÓN</b>
2	<b>Elección Del Tema</b>	<b>0</b>	<b>10</b>
3	<b>Presentación Proyector Plan</b>	<b>15</b>	<b>5</b>
4	<b>Aprobación Del Plan</b>	<b>20</b>	<b>5</b>
5	<b>Designación Del Metodólogo</b>	<b>30</b>	<b>3</b>
6	<b>Informe Del Metodólogo</b>	<b>35</b>	<b>5</b>
7	<b>Designación Del Asesor</b>	<b>41</b>	<b>5</b>
8	<b>Búsqueda De Información</b>	<b>45</b>	<b>40</b>
9	<b>Desarrollo Del Trabajo</b>	<b>70</b>	<b>60</b>
10	<b>Presentación De La Tesis</b>	<b>140</b>	<b>1</b>
11	<b>Informe Del Asesor</b>	<b>145</b>	<b>10</b>
12	<b>Designación Del Objetante</b>	<b>150</b>	<b>5</b>
13	<b>Informe Del Objetante</b>	<b>145</b>	<b>10</b>
14	<b>Programación De La Sustentación</b>	<b>171</b>	<b>5</b>
15	<b>Sustentación De Tesis</b>	<b>180</b>	<b>2</b>

**Recursos.**

<b>DETALLES</b>	<b>CANTIDAD</b>	<b>PRECIO UNITARIO</b>	<b>TOTAL</b>
<b>RECURSOS HUMANOS</b>			
	<b>1</b>	<b>1500.00</b>	<b>1500.00</b>
a) Asesor (a)	<b>1</b>	<b>350.00</b>	<b>350.00</b>
b) Digitador	<b>1</b>	<b>250.00</b>	<b>250.00</b>
c) auxiliar			
<b>Sub total</b>			<b>S/. 2,100.00</b>
<b>RECURSOS MATERIALES</b>			
	<b>2</b>	<b>35.00</b>	<b>70.00</b>
a) Memoria USB	<b>2</b>	<b>25.00</b>	<b>50.00</b>
a) Papel	<b>4</b>	<b>55.00</b>	<b>220.00</b>
b) Libros	<b>5</b>	<b>3.00</b>	<b>15.00</b>
c) Lapiceros	<b>2</b>	<b>10.00</b>	<b>20.00</b>
d) Libreta De Apuntes	<b>2</b>	<b>2.50</b>	<b>5.00</b>
e) Resaltador			
<b>SUB TOTAL</b>			<b>S/. 380.00</b>
<b>SERVICIOS</b>			
1. Movilidad	<b>10</b>	<b>10.00</b>	<b>100.00</b>
2. Copias	<b>200</b>	<b>0.10</b>	<b>20.00</b>
3. Refrigerio	<b>10</b>	<b>8.00</b>	<b>80.00</b>
4. Impresiones	<b>100</b>	<b>0.20</b>	<b>20.00</b>
5. Anillados	<b>10</b>	<b>3.00</b>	<b>30.00</b>
6. Internet	<b>10</b>	<b>1.00</b>	<b>10.00</b>
<b>SUBTOTAL</b>			<b>S/. 260.00</b>
<b>TOTAL GENERAL</b>			<b>S/. 2,740.00</b>

## **CAPÍTULO IV**

### **EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DERECHO A LA IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS CON CALIDAD DE COSA JUZGADA.**

#### **4.1. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.**

La Constitución Política del Perú (CPP), prescribe:

Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Un primer tema a precisar es si los conceptos que aparecen en el inciso de la norma en comentario son distintos o se trata de una infeliz tautología o, más bien de una necesaria reiteración. Asimismo, creemos que la identidad o diferencia de estas categorías no debe ser producto de un análisis dogmático respecto de lo que tal o cual concepto debe o debería contener, sino más bien debe ser producto de aquello que, desde una

perspectiva científica y práctica, constituya una mejor aportación al sistema. Es decir si la identidad o la diferencia existen, que así sea a partir de la importancia que tal identidad o diferencia producen para concretar los objetivos a obtenerse de la vigencia del ordenamiento jurídico.

El procesalista brasileño LuizGuilhermeMarinoni respecto a la naturaleza jurídica de la tutela jurisdiccional efectiva señala:

Yo entiendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental, de tal modo que lo intento desvincular de la antigua idea del derecho de acción, es decir, del derecho a la resolución de un conflicto y de la implementación de la decisión, lo que para mí es insuficiente. Yo intento situar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la teoría de los derechos fundamentales, de modo que este tiene que ser visto como algo que incide sobre el Estado en su totalidad, es decir, sobre el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Al incidir sobre estas tres esferas de poder, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva crea un deber de prestación de tutela para cada una de ellas. (Marinoni, 2010, p. 321).

Más adelante, el citado jurista brasileño, en opinión que compartimos y resulta relevante para la presente investigación, señala:

(...) yo solo puedo tutelar un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva si tengo técnicas procesales capaces de

permitir la tutela de los otros derechos. Entonces, cuando yo demando la tutela-por ejemplo, del medio ambiente-, pero el legislador no previó una técnica procesal capaz de permitir la tutela del medio ambiente; yo puedo invocar la inconstitucionalidad de todo el procedimiento procesal, inconstitucionalidad por omisión de una técnica procesal. Ahí yo no estoy tutelando directamente el derecho ambiental. (Marinoni, 2010, p. 324).

Siguiendo con la doctrina brasileña, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira tiene una óptica constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, manifestando:

Se trata de un derecho fundamental e inviolable por parte de los poderes estatales, pues asegurado el acceso a la jurisdicción, en caso de lesión o amenaza de lesión al derecho (vale en cuanto afirmada tal lesión, constituiría una evidente incongruencia que no se comprendiera también el ejercicio del derecho a invocar y obtener tutela jurisdiccional adecuada y efectiva. El derecho fundamental de acceso a la jurisdicción se traduce entonces en el poder de exigir al órgano jurisdiccional, en tiempo razonable, el desarrollo completo de sus actividades, tanto decisorias, con emisión de un pronunciamiento procesal o de mérito sobre el objeto de la pretensión procesal, como que pueda ser realizado efectivamente desde el punto de vista material. (De Oliveira, 2009, p. 192).

La doctrina brasileña nos refiere que si bien la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental, con lo cual se pone énfasis en su característica de derecho subjetivo que asiste a toda persona de solicitar justicia, y también en su naturaleza objetiva como una obligación estatal, referida al acceso al servicio público de Administración de Justicia. Pero lo que nos parece más interesante de las definiciones dadas por los citados autores es el énfasis que ponen en el hecho de que las técnicas que debe utilizar el órgano jurisdiccional para resolver el conflicto que se le plantea deben ser idóneas para tutelar el derecho material; y así lograr que, de ampararse la pretensión del demandante, ésta pueda concretarse en la realidad.

De nada sirve transitar por un proceso que finalmente no logrará la protección adecuada del derecho que se reclama, generando desazón y un sentimiento de impunidad en el litigante, quien puede verse tentado a acudir a una acción directa para satisfacer su pretensión; por ello la tutela jurisdiccional efectiva no debe agotarse sólo en el acceso a la jurisdicción ni en la emisión de una sentencia meramente decorativa, sino en la materialización de la justicia solicitada y la tutela efectiva del derecho vulnerado; para ello el juzgador debe contar con las herramientas procesales idóneas para ello, es decir, que el legislador haya previsto técnicas adecuadas de tutela para satisfacer la pretensión planteada, ya que no será lo mismo, por ejemplo, vulnerar un derecho de naturaleza patrimonial, el cual puede resarcirse también con patrimonio, volviéndose a la situación anterior a



la vulneración del derecho, que un derecho de naturaleza extrapatrimonial como la vida o el honor, los cuales no pueden ser cuantificables ni resarcibles, al no poderse volver a la situación original. No obstante, ello no implica que éstos sean derechos imposibles de tutelar, sí lo son, sólo que de una forma distinta al patrimonio, como una disculpa pública, un monumento al fallecido, atención psicológica, e incluso con una reparación económica, que sólo logrará una compensación al daño causado.

El magistrado debe ser capaz de diferenciar el tipo de pretensión que se le solicita satisfacer, para así determinar el tipo de tutela a otorgar; y, en caso de que el legislador no haya previsto una adecuada técnica procesal para ello, será el quien juzgador deberá crearla atendiendo al caso concreto, integrando el ordenamiento jurídico. Es decir, la tutela jurisdiccional debe ser *efectiva*, palabra que omite el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Perú, pero que está implícito en el concepto mismo. Como lo dice Giovanni Priori Posada: “(...) una tutela jurisdiccional que no es efectiva no es en realidad una verdadera tutela”. (Priori, 2003, p. 282).

En doctrina española, el Dr. Joan Pico I Junoy ha delimitado el contenido de este derecho fundamental de naturaleza procesal, en los siguientes términos:

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene en palabras de TC, un contenido complejo que incluye, a modo de resumen, los siguientes aspectos:

- El acceso a los Tribunales;
- El derecho a obtener una sentencia fundada en derechocongruente;
- El derecho a la efectividad de las resoluciones; y
- El recurso legalmente previsto. (Pico I Junoy, 1997, p. 40).

Siguiendo la doctrina española, Ignacio Diez – Picazo entiendo que la tutela judicial efectiva consiste en:

(...) obtener del órgano judicial al que el justiciable se dirige una resolución sobre el fondo de la pretensión formulada, ya sea favorable o desfavorable, o una resolución de inadmisión de la misma. Lo que no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva es el éxito de la pretensión. (Diez-Picazo, 2000, p. 23).

Asimismo, José Garberí Llobregat relaciona el derecho de acción con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, señalando:

La “acción”, el “derecho de acción” y el “derecho a la tutela judicial efectiva” no son pues, sino manifestaciones de un mismo fenómeno, saber: el reconocimiento de la posibilidad que atesoran los ciudadanos de instar al poder público la resolución de los conflictos en que se hallen involucrados, ante la prohibición jurídica que pesa sobre ellos de que los resuelvan por sí mismos, arbitrariamente o mediante el uso de la fuerza. (Garberí, 2008, p. 12).

De las definiciones dadas por la citada doctrina española, observamos que ésta pone mayor énfasis en las facetas de acceso a la jurisdicción y la ejecución de lo resuelto por el juzgador, es decir, se trataría un derecho que garantiza el acceso y salida del proceso, más no el contenido del mismo. Asimismo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no garantiza que la pretensión planteada al órgano jurisdiccional, a través de la demanda, será necesariamente amparada; pero si garantiza una respuesta jurídica al conflicto.

En magistratura peruana, el Dr. Víctor Obando Blanco ha definido este derecho fundamental de naturaleza procesal en los siguientes términos:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos. Se desea proponer, que el derecho a la tutela jurisdiccional, aún sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el Juez. Es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. (Obando, 2012, p. 70).

Por otro lado, el Dr. Juan Morales Godo, en reciente doctrina procesal define la tutela jurisdiccional efectiva en los siguientes términos:

La tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de todo sujeto de derecho de acceder al órgano jurisdiccional en busca de tutela, de que sus peticiones sean atendidas a través de un proceso que reúna las garantías mínimas, tanto desde la perspectiva del demandante como del demandado, y que las pretensiones se hagan efectivas (demandante) o que se libere de ellas al demandado. (Morales, 2014, p. 336).

Asimismo, el procesalista Giovanni Priori Posada define el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, entendiéndola como: “(...) el derecho que tiene todo sujeto de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de garantías mínimas, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho, cuyos efectos deben poder producirse en el ámbito de la realidad”. (Priori, 2005, p. 179).

#### **4.2. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDOPROCESO.**

El jurista Juan Monroy Gálvez, señala las diferencias entre debido proceso y tutela jurisdiccional lo siguiente:

(...) se trata de categorías distintas, aunque entre ellas existe una relación de inclusión (una está comprendida dentro de la otra). Cuando se hace referencia al derecho al debido proceso, se afirma la existencia de un derecho continente al interior del cual existen cierto número de derechos fundamentales que aseguran el reconocimiento y plenitud de un sujeto de derecho dentro de un procedimiento o proceso. Así, serán expresiones de un derecho continente (debido proceso) el de ser juzgado por un juez competente, de ser emplazado válidamente, de poder contradecir en un plazo razonable, de ser procesado en base a un procedimiento previamente establecido legalmente, de poder probar sus afirmaciones o de impugnar las decisiones que no le conformen, entre otras (Monroy, 2008, p. 247).

Por su parte, el magistrado de la Corte Suprema, Víctor Ticona Postigo, propugna una concepción dialéctica entre debido proceso y tutela jurisdiccional señalando que entre ambas instituciones procesales: "(...) debe compatibilizarse y conjugarse su configuración y ejercicio de tal modo que el ejercicio de uno no excluya al otro y, en tal sentido, que siendo derechos que tienen una relación dialéctica, se optimizan en el ejercicio armónico de ellos. El debido proceso en sede judicial está contenido dentro del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva". (Ticona, 2007, p. 47).

Respecto a la relación entre tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso, el supremo intérprete de la Constitución ha manifestado lo siguiente:

(...) que mientras la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia; el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos (STC. N° 08123-2005-PHC/TC, F.J. N° 06, Caso Nelson Jacob Burgman).

En nuestra opinión, cuando empleamos el concepto “tutela jurisdiccional” estamos haciendo referencia a una situación jurídica de protección que el Estado asegura a todo sujeto de derecho con prescindencia de si éste participa o no en un proceso, referido al acceso del mismo y a la efectividad de la decisión que en éste se tome. Observamos que la doctrina peruana no sólo se refiere a la tutela jurisdiccional efectiva como como el derecho de acceso y salida del proceso, sino también que también éste contendría una serie de garantías en el interior del proceso mismo. Ello ha generado confusión respecto a los contenidos de los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso, respecto a si son conceptos equivalentes o distintos. Al respecto, es preciso señalar que la tutela jurisdiccional efectiva es un concepto de raíz eurocontinental, nacido de la redacción del artículo 24 de la Constitución italiana de 1947 y de los artículos 19.4 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn. Por su parte, el debido proceso es un concepto de origen anglosajón que tiene su antecedente más lejano en

la Carta Magna de 1215, dada por el rey Juan “sin tierra”. Según señala Reynaldo Bustamante Alarcón:

El problema se presenta cuando, en un mismo ordenamiento jurídico, se reconoce tanto al debido proceso como a la tutela jurisdiccional efectiva como derechos fundamentales (como ocurre en la Constitución Política de 1993), pues un criterio de coherencia y concordancia práctica de la carta Fundamental nos exigirá darle un sentido o contenido específico a cada uno de estos conceptos que, por las razones expuestas, no será fácil de lograr. (Bustamante, 2015, p. 155).

La principal diferencia entre ambos conceptos, según nos señala el citado autor, en el ordenamiento jurídico anglosajón los elementos que integran la tutela jurisdiccional efectiva (acceso y salida del proceso) también constituyen elementos del debido proceso, diferenciándose, además, en el hecho de que el debido proceso tiene un ámbito de aplicación más amplio, el cual no se limita sólo al escenario de una corte jurisdiccional (procesos judiciales), sino que también se proyecta a los diferentes tipos de procedimientos: administrativo político, militar y particular. Otra de las diferencias entre ambas instituciones es el hecho que mientras el debido proceso es un derecho surgido de una tradición donde ha evolucionado a partir de la jurisprudencia, la tutela jurisdiccional efectiva se ha desarrollado a partir de la doctrina. (Priori, 2003, p. 287).

Finalmente, Bustamante Alarcón, en opinión que compartimos, concluye: "(...) el reconocimiento del derecho a un proceso justo o debido proceso hace innecesario reconocer el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, por la sencilla razón de que los elementos de esta última están comprendidos dentro del primero". (Bustamante, 2015, p. 153).

Consideramos que nuestra adhesión a la postura de Reynaldo Bustamante Alarcón tiene fundamento en el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que establece:

Artículo I. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses, con sujeción a un debido proceso. (Énfasis agregado)

El hecho de que el legislador procesal haya plasmado en el citado artículo el derecho a tutela jurisdiccional efectiva, deba estar sujeta a un debido proceso es señal de que el sólo acceso y salida del proceso estaría vacía de contenido sin un debido proceso. Sería como tener un auto en perfectas condiciones, pero sin combustible para que arranque, o un cañón con una bala, pero sin pólvora que lo active. Ambos derechos se retroalimentan y no pueden ni deben estar separados; por lo que consideramos que el constituyente debió optar por el concepto debido proceso, al tener un contenido más amplio, y que, en las próximas líneas,



desarrollaremos su origen y contenido del debido proceso. Por ahora diremos que coincidimos con Juan Monroy Gálvez cuando señala:

(...) entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia solo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero, es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación. (Monroy, 1996, pp. 248 y 249).

#### **4.3. LA JURISDICCIÓN Y SUS ELEMENTOS.**

No es nuestra intención realizar un trabajo exhaustivo sobre la jurisdicción y el ejercicio de la misma, ello excede largamente el objetivo del presente trabajo, sin embargo pretendemos plasmar como la doctrina procesal nacional y extranjera, así como la jurisprudencia la ha conceptualizado y señalado sus principales características. Ello resulta necesario para poder verificar si la pretensión de impugnar una sentencia con carácter de cosa juzgada, la cual no se condice con la verdad biológica, al no tener una vía impugnativa establecida y por ende negarse el acceso a la justicia, podría constituir una inconstitucionalidad por omisión del legislador, teniendo el juez que darle trámite a la demanda, creando o adecuando una vía idónea.

Respecto al concepto Jurisdicción y su vinculación con el proceso, el jurista español Jaime Guasp ha señalado:

El concepto del proceso exige, pues, que la actuación de la pretensión en que fundamentalmente consiste se verifique por el Estado. El Estado atiende a esta función, indispensable porque constituye un fin primordial de su existencia, mediante la institución de órganos destinados específicamente a realizarla: el conjunto de estos órganos, la función que les corresponde y el poder que para el ejercicio de dicha función les está atribuido es lo que recibe el nombre Jurisdicción.

Jurisdicción y proceso son, por tanto, dos nociones no idénticas pero sí correlativas; el proceso es, en su íntima esencial, una actuación de pretensiones por el Estado; la jurisdicción es la función estatal dedicada a dicha actuación; fuera de la Jurisdicción podrá haber actuación de pretensiones pero éstas no constituyen propiamente un proceso por faltar uno de los elementos indispensables para el concepto; fuera de la actuación de pretensiones podrá haber en la Jurisdicción otras materias que le están legalmente atribuidas pero la actividad que recae sobre ellas no es propiamente tampoco una actividad procesal. (Guasp, 1997, p. 19).

Asimismo, el Dr. Antonio María Lorca Navarrete, sobre la función jurisdiccional ha señalado:

(...) cuando el Derecho procesal hace posible la actuación del ordenamiento jurídico asume un cometido funcional consistente en llevar a cabo la llamada función jurisdiccional. Y definida la jurisdicción en los artículos 117 de la Constitución y 2 LOPJ como potestad, el ejercicio ésta se concreta funcionalmente a través de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por medio de los juzgados y tribunales jurisdiccionales independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la ley. (Lorca, 2008, p. 16).

En sede nacional, el destacado procesalista Juan Monroy Gálvez ha definido la jurisdicción en los siguientes términos:

(...) la llamada función jurisdiccional o más específicamente jurisdicción, es el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses subjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para sus decisiones se cumplan de manera ineludible, t promoviendo a través de ellas una sociedad con paz en justicia. (Monroy, 2009, p. 401).

Por su parte, el profesor Jorge Carrión Lugo entiende a la jurisdicción como:

(...) una función que ejerce el Estado por intermedio de los jueces integrantes de los organismos jurisdiccionales que componen el Poder Judicial, los que utilizando el proceso como instrumento,

dirimen los conflictos de trascendencia jurídica o resuelven las incertidumbres jurídicas que se le somete a su conocimiento y decisión, mediante resoluciones que adquieren la categoría de cosa juzgada, susceptibles de ejecución en los casos que la decisión final dispone el cumplimiento de una prestación. (Carrión, 2001, p. 80).

Así también, el procesalista Giovanni Priori Posada, en un trabajo sobre la competencia en el proceso civil, ha señalado:

La potestad jurisdiccional es aquella función atribuida constitucionalmente a algunos órganos del Estado por medio de la cual se busca la actuación del derecho objetivo al caso concreto a fin de lograr la efectiva tutela de las situaciones jurídicas de los particulares, la sanción de determinadas conductas antisociales y la efectividad del principio de jerarquía normativa por medio de decisiones definitivas y que son ejecutables; logrando con todo ello mantener la paz social en justicia.

De esta manera, la potestad jurisdiccional viene explicada desde el derecho procesal civil como una función del Estado que actúa a solicitud de los ciudadanos cuando aquella tutela jurídica prevista de manera general y abstracta por el derecho objetivo no ha sido actuada espontáneamente por los sujetos a quienes están dirigidas las normas jurídicas, procurando con ello la protección de las situaciones jurídicas de los particulares en aquellos casos en los que se haya producido esa crisis de cooperación. (Priori, 2008).

La palabra jurisdicción deriva de la palabra latina *iusdecere*, que significa “Declarar el Derecho”. Nosotros la definimos como el poder-deber del Estado mediante el cual una autoridad, dotada de atribuciones para administrar justicia de manera independiente e imparcial y previamente establecida, dirime un conflicto intersubjetivo de intereses o una incertidumbre jurídica con calidad de cosa juzgada, teniendo el poder suficiente para tutelar el derecho vulnerado y poder ejecutar sus decisiones, es decir, que éstas se materialicen en la realidad.

En cuanto a los elementos de la jurisdicción, éstos son:

- d) La notio: Es la aptitud del Juez para conocer determinado asunto.
- a) La vocatio: Es el poder del Juez para hacer comparecer a las partes al proceso y establecer cargas ante su incumplimiento.
- b) La coertio: Es la facultad del Juez para emplear la fuerza pública a fin de hacer cumplir sus resoluciones.
- c) La iudicium: Es la potestad del juez para dictar sentencia definitiva, con la cosa juzgada.
- d) La executio: Es la capacidad que tiene el Juez de ejecutar su resolución.

Respecto a los mencionados elementos de la jurisdicción y el grado de importancias de estos, el profesor Martín Hurtado Reyes ha señalado:

(...) La coertio, la iudicium y la executio son elementos esenciales para la jurisdicción, si falta alguno de ellos no podemos hablar en estricto de jurisdicción. Esto quiere decir que se entiende

plenamente la función jurisdiccional cuando el juez tiene la posibilidad de ejercer coerción y fuerza para hacer cumplir sus mandatos, para emitir sentencias con calidad de cosa juzgada (irreversibles) y para ejecutarlas sin admitir oposición alguna. (Hurtado, 2009, p. 31).

#### **4.4. EL DERECHO DE ACCIÓN PROCESAL. CONCEPTO Y TEORÍAS.**

El concepto de acción es uno de los pilares de la ciencia procesal, no unanidad de criterios al respecto acerca del mismo, lo que es preocupante para los procesalistas, existiendo aún diversas teorías que pretenden conceptualizarla.

La primera teoría viene del Derecho Romano que identificaba el concepto acción con el derecho material o sustantivo. Dicha concepción estuvo vigente hasta mediados del siglo XIX, lográndose la independencia y autonomía de la ciencia procesal al señalarse que la acción era una cosa distinta del derecho material. Ello, en mérito a la polémica suscitada entre dos destacados juristas alemanes, Bernard Windscheid y Teodoro Muther, que marcó un hito en la evolución del derecho de acción. En efecto, en el año 1856, publicó su obra “La acción del Derecho Civil Romano desde el punto de vista del derecho actual”. En dicha publicación, el pandectista alemán ratificaba la concepción que sobre la acción se tenía desde el Derecho Romano, lo que le generó un polémica con Muther, quien distinguía la acción de la pretensión. Fue en esa línea que se dieron diversas variantes para

explicar el derecho de acción, las cuales pueden resumirse en teoría concreta de la acción y teoría abstracta de la acción.

Dentro de la primera teoría, el profesor argentino Hugo Alsina, citado por Sergio Cassasa Casanova, nos comenta:

(...) constituye el punto de arranque de las nuevas doctrinas procesales. Lo que nace de la violación del derecho, dice Windscheid, no es un derecho de accionar, como afirma Savigny, sino una pretensión contra el autor de la violación, que se transforma en acción cuando se hace valer en juicio (...) a esa dirección personal o tendencia a someter la voluntad del otro, Windscheid, designa con la palabra Anspruch, que ha sido traducida por pretensión jurídica (...) como lo advierte Chiovenda (...), en esa época existía en Alemania una doble terminología: la actio y klage. La actio romana no era sino el derecho mismo, concebido como potestad inmanente al derecho de reaccionar contra su violación, o como derecho en su tendencia de actuación, un derecho que nace de la violación de del derecho. La klage (Klageretch, derecho de accionar) era un concepto creado por los juristas medievales, sin realidad en el Derecho Romano ni en el moderno, y constituía un derecho contra el Estado (querella, queja), tendiente a provocar la actividad del poder público. (Cassasa, 2014, p. 12).

No obstante, el Juan Monroy Gálvez, nos comenta la tesis de Windscheid fue refutada por Muther, señalando que éste: “concibió el derecho de acción como uno absolutamente independiente del derecho subjetivo material, el que además está dirigido al Estado, a efectos de que le conceda tutela jurídica a través de una sentencia favorable”. (Monroy, 1996, p. 254). Más adelante, Mornroy nos dice: “Adviértase que la tesis de Muther-seguidor de SAVIGNY-considera que solo tiene acción aquella persona a quien le asiste la razón, con más precisión, tiene un derecho subjetivo material, el que además ha sido violado. Esto es, en la tesis de MUTHER, el derecho de acción es *concreto*”. (Monroy, 1996, p. 255).

Posteriormente, aparece en escena Von Bulow, quien desarrolló la teoría del proceso como una relación jurídica procesal, quien señaló:

(...) independientemente de la relación jurídica privada, que se desenvuelve en tres lados, “esto es, que tiene lugar entre las partes y el juez, el esqueleto de la cual está constituido por la obligación del juez de emanar la sentencia (...), por el derecho de las partes a tenerla, y por la obligatoriedad del resultado del proceso para las partes; relación de derecho público, que es fundada por la demanda judicial, y que tiene naturaleza formal, de donde el derecho de las partes en la relación procesal tiende a la sentencia, pero a una determinada sentencia. (Morales, 2014, p. 340).

Wach marcó un momento relevante en evolución de la noción del derecho de acción y del derecho procesal como ciencia autónoma. Respecto



a la postura de Wach, Carlos Alberto Matheus señala: (...) la acción constituye la pretensión o derecho a tutela jurídica, entendida como el derecho al pronunciamiento de una sentencia favorable, preexistente a la proposición misma de la demanda judicial, dirigida contra el Estado y también frente al adversario. (Matheus, 1999, p. 35). Según refiere Matheus, posiciones similares fueron asumidas por Chiovenda, Calamandrei y De Oliva. Sin embargo, dicho autor, en posición que compartimos, no se adhiere a esta teoría por considerarla inconsistente, como considerar que la acción es el derecho a conceder razón incluso cuando no se tenga; asimismo, el proceso podría ser incoado por quien no sea el titular del derecho controvertido, y tal derecho sólo se volvería concreto con la emisión de una sentencia. En similar línea, Juan Morales Godo señala: “Indudablemente, a estas alturas, podemos afirmar que se trataba de un erro, ya que hoy en día, es clara la naturaleza pública del derecho de acción pública y no privada, como podría desprenderse del pensamiento de Chiovenda”. (Morales, 2014, p. 340).

Respecto a la teoría abstracta de la acción, también Morales Godo señala que: “Con Carnelutti se llega a este punto de solidez en la evaluación de la noción del derecho de acción. Reafirma y se consolida el carácter autónomo del derecho de acción; de otro lado, asume decididamente la noción abstracta; también su naturaleza pública, ya que el derecho de acción se dirige al Estado”. (Morales, 2014, p. 341). Micheli, citado Matheus, señala que: “(...) el poder de acción está dirigido a obtener una sentencia por parte

del órgano jurisdiccional, no quedando sin embargo la acción vinculada al resultado del proceso”. (Matheus, 1999, p. 36).

Según esta concepción, la acción es el derecho que se tiene de provocar la función jurisdiccional, con o sin asistimos el derecho material. Tenemos el derecho a una sentencia, con independencia de sí, es favorable o no a los intereses de quien haya iniciado el proceso. Por su parte, Cassasa Casanova resume el derecho de acción en los siguientes términos: “(...) se limita a ser tanto la potestad como actividad provocadora de una función jurisdiccional en abstracto, es decir, de una mera función jurisdiccional que persigue una sentencia, sin que sea dable, en la acción por sí misma, predeterminar si el resultado de ella será o no favorable”. (Cassasa, 2014, p. 12).

Nosotros consideramos el derecho de acción como un derecho fundamental a acudir al órgano jurisdiccional, provocando en éste la obligación prestarnos un servicio de justicia tendiente a dar una respuesta jurídica a nuestro conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, hecho que no implica que sea la respuesta que esperamos, es decir, que se ampare nuestra pretensión, pero sí que se nos otorgue una respuesta fundada en derecho. Como señala Adrián Simons Pino: “No es un derecho a algo concreto, sino tan sólo el derecho a ser escuchado por el órgano jurisdiccional (...)”. (Simons, 1994, p. B-9).

Este derecho fundamental tiene las siguientes características: a) es un derecho autónomo, porque es independiente de cualquier otra institución; b) es un derecho público, al estar dirigido contra el Estado; c) es un derecho subjetivo, al ser inherente a todo ser humano; y d) es un derecho abstracto, independiente del derecho material que se alega.

Dicho derecho fundamental, derivado del derecho constitucional de petición como señala Hurtado Reyes (Hurtado, 2009, p. 37), no puede encontrarse sujeto a condicionamiento al ser el elemento percutor que activa la jurisdicción que debe dictar justicia en el caso concreto, su reconocimiento y posterior condicionamiento nos recuerda a la fábula del zorro y la grulla, en la cual ambas se invitan mutuamente a comer, pero sirven los platos de manera tal que ninguno pueda comerlos. Al respecto nos parece interesante la reflexión hecha por Renzo CavaniBrain sobre las condiciones de la acción, señalando que:

(...) si se considera que la acción viene a ser un derecho fundamental a obtener tutela jurisdiccional efectiva y adecuada por parte del Estado, pues semejante derecho no puede ser “condicionado” bajo ningún punto de vista. Según la concepción que impera en nuestro país, las “condiciones de la acción” son la legitimidad para obrar y el interés para obrar, siendo en realidad requisitos para la expedición de un pronunciamiento válido sobre la cuestión principal de proceso y no “condicionamientos” sobre el derecho fundamental de acción. (Cavani, 2011, pp. 203-204).

No debe confundirse el derecho fundamental de acción con la pretensión, debido a que esta última es un derecho concreto y la primera un derecho abstracto. La pretensión viene a ser el contenido del derecho de acción, es decir, su desarrollo concreto. Mientras que la acción es el derecho a poner en movimiento el aparato jurisdiccional, la pretensión es, en palabras de Rolando Martel Chang: “el derecho a obtener todos los actos procesales necesarios para el reconocimiento del derecho, lo que comprende sentencia y ejecución”. (Martel, 2014, p. 19). Así también, Roberto González Álvarez, profesor de la Universidad Andina del Cusco, nos dice que: “(...) la acción procesal comprende una pretensión procesal, que no es sino la pretensión a tutela jurídica dirigida al Estado. Así, la acción procesal es siempre procedente e independiente de la acción de derecho material”. (González, 2011, p. 212)

El último autor mencionado, considera que el derecho de acción es un principio fundamental, independiente de la tutela jurisdiccional efectiva al que considera una garantía del mencionado derecho subjetivo, es decir un derecho material; asimismo, más adelante, respecto a esta nueva forma de entender el derecho de acción, el citado autor señala:

El nuevo paradigma de la ciencia procesal exige entender que: i) La genética jurídica del derecho fundamental de acción no es la de la *actio romana*, sino de la gesta libertaria del constitucionalismo que se remonta en su primer momento a la Inglaterra de 1215 (*Magna Carta Libertatum*); ii) El contenido del derecho de acción es libertario

y social. No es únicamente un derecho que genera el obrar negativo del Estado (no interfiere con la libertad del justiciable traducida en dispositividad procesal) sino también del obrar positivo estatal (el Estado debe proporcionar a los ciudadanos un servicio estatal de justicia adecuado). El derecho de acción tiene naturaleza mixta: derecho de autonomía y de prestación; iii) La tutela jurisdiccional es una garantía, por eso no solo está demás calificarla efectiva, sino nunca podrá ser derecho porque su ser se da gracias a la vinculación deóntica que tiene con un derecho (la acción) que es el que la genera, iv) Si las garantías de un derecho, que siempre son las condiciones negativa y positiva del obrar estatal, existen porque existe un derecho del que emanan, las garantías de la acción son posteriores y dependientes de ella, v) El derecho fundamental de acción es pieza medular del garantismo en el proceso. No se puede pensar en garantismo procesal al margen del derecho fundamental de acción, vi) El contenido de la garantía del debido proceso es todo él garantías, de ahí que el ejercicio del derecho de acción implica las garantías del juez predeterminado, de la imparcial del juez, a una sentencia motivada, a una tutela diferenciada, etcétera, vii) La acción no es contenido de ningún derecho genérico de petionar ni de otro de instar, es derecho fundamental continente de los derechos de defensa en juicio, de contradicción, de impugnar, de probar alegaciones, etcétera. viii) El principio fundamental de acción se aplica por ponderación y esta es la clave para solucionar el

conflicto entre publicismo y garantismo a través del principio de proporcionalidad. (González, 2011, p. 212).

Finalmente, nuestro Tribunal Constitucional también ha definido el derecho de acción, en los siguientes términos:

Se conoce como derecho de acción a la facultad o poder jurídico del justiciable de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela efectiva, independientemente de que cumpla con los requisitos formales o de que su derecho sea fundado. En ese sentido, toda persona natural o jurídica puede recurrir al órgano jurisdiccional para ejercitar su derecho de acción –plasmado físicamente en la demanda– en forma directa o mediante representante, con la finalidad de que éste dé solución a un conflicto de intereses intersubjetivos o a una incertidumbre jurídica, a través de una decisión fundada en derecho. (STC. N° 02293-2003-AA/TC, F.J. N° 02, Caso Hernán Alberto Gutiérrez Merino).

#### **4.5. EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN.**

La Constitución Política del Perú (CPP), prescribe:

Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

El proceso en sí viene a ser una categoría funcional en relación a la jurisdicción, no pudiendo concebirse a la función jurisdiccional alejada del

proceso, el escenario donde actúa y despliega sus atribuciones: “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Sin embargo existen dos perspectivas desde donde el proceso puede ser visto, el primero como un método que utiliza el Estado para desarrollar su función jurisdiccional y el segundo como mecanismo jurídico que utilizan los sujetos de derecho para conseguir la protección de sus derechos e intereses; pero, no podemos definir al proceso en sí cuando estén ausentes dos partes cuyas pretensiones se enfrenten y contrapongan, debiendo sólo una de ellas ver satisfecha su pretensión al derecho que reclama, o viceversa, viendo defraudada tal expectativa. Mientras que la otra se vea vencida ante el derecho que le reclama satisfacer o satisfecho en su pretensión de desestimación de la demanda interpuesta en su contra; debiendo la parte demandada tener la oportunidad de hacer valer sus alegatos ante la autoridad de dirimirá el conflicto de intereses.

El derecho de contradicción consiste en el derecho del demandado de acudir ante el órgano jurisdiccional para defenderse que ha planteado el demandante en su contra, encontrando su fundamento en la propia tutela jurisdiccional efectiva. Tal como señala Jorge Carrión Lugo: “(...) el demandado, al ser emplazado, tiene también derecho a tutela jurisdiccional para hacer valer igualmente su pretensión procesal, que podría ser, por ejemplo, la aspiración a la desestimación de la pretensión procesal planteada por el actor en su demanda”. (Carrión, 2001, p. 71). Si bien este derecho está pensado fundamentalmente para ser ejercido por el demandado, sin embargo, consideramos que también puede entenderse como un derecho del demandante, quien puede contradecir las aseveraciones hechas por el

demandado al contestar la demanda o reconvenir.

Asimismo, el Juez Supremo Víctor Ticona Postigo define el derecho de contradicción en los siguientes términos:

Consideramos que el derecho de contradicción es aquel derecho público, abstracto y subjetivo que tiene cada persona que ha sido demandada y emplazada en un proceso (o imputada en su caso) para exigir del Estado tutela jurisdiccional (prestación de la actividad jurisdiccional) y, mediante una resolución, e pronuncie sobre la pretensión formulada por el actor en su contra y especialmente sobre los medios de defensa que hace valer. (Ticona, 1994, p. 61).

Al igual que el derecho de acción, el derecho de contradicción también es un derecho fundamental, son dos caras de una misma moneda con la cual comparte características comunes como el de ser un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo. Asimismo, este se vincula estrechamente al derecho de defensa y es efectivizado dándole a las partes la posibilidad real de ser escuchadas bajo un principio de bilateralidad, aunque no necesariamente hagan uso de dicha oportunidad, comprendiendo no nada más el derecho a defenderse, a probar, a convencer al juez de la justicia de nuestra pretensión e interponer los recursos previstos en la ley, respetando siempre la equiparidad, la cual no tiene que ser matemática, pues no se trata de un asunto cuantitativo, sino cualitativo, es decir referido a la calidad de la intervención.



Para valer este derecho es necesario que el demandado sea notificado e informado de la demanda en su contra y de todas las actuaciones procesales trascendentes, formando así una relación jurídica procesal válida. Respecto a este punto, el Dr. Juan Monroy Gálvez nos dice: “El derecho de contradicción se expresa en la imperiosa necesidad de que el demandado sea informado oportunamente-entiéndase, notificado válidamente- de las incidencias que ocurren dentro del proceso en el que se está discutiendo un derecho que le puede afectar”. (Monroy, 2008, p. 266).

Según nos refiere EL Dr. Juan Morales Godo, este derecho se traduce en un doble interés:

(...) el interés individual del demandado, porque es un derecho que le permite hacer valer sus defensas en un proceso (oposición), pero, también, contiene un interés público, de especial importancia para una organización social con pretensiones democráticas y que se traducen en dos principios básicos: uno, el que nadie puede ser juzgado sin ser oído, sin habersele brindado la oportunidad para que se defienda y, dos, el que nadie puede hacerse justicia por sí mismo. (Morales, 2014, p. 344).

Entender tanto a la acción como a la contradicción como derechos fundamentales resulta coherente teniendo en consideración la doble naturaleza de los derechos fundamentales: subjetiva, como derecho

fundamental inherente al ser humano; y, objetiva como obligación por parte del Estado; en tal sentido, éste debe garantizar adecuadamente a través de una organización judicial que brinde condiciones no sólo humanas, sino también logísticas no sólo para que se solicite tutela jurídica, sino también para que se ejerza el derecho de defensa.

#### **4.6. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.**

##### **4.6.1. Antecedentes.**

El debido proceso conocido también como *dueprocess of law* que es conocido en el mundo anglosajón como el debido proceso legal como garantía constitucional a un proceso debido, proceso justo, debido proceso legal, derecho a audiencia, derecho de defensa, etc. no es un concepto nuevo pero pese a su longevidad su estudio sigue interesando a la doctrina.

El antecedente más antiguo del debido proceso se remonta a la Carta Magna de 1215 en la que el Rey Juan de Inglaterra (conocido en la historia como Juan Sin Tierra) otorga a los nobles ingleses entre otras garantías la del *dueprocess of law*, es un temprano ejemplo de una garantía constitucional del debido proceso, incorporando esta garantía ( Capítulo 39) de que nadie sea juzgado sin previo proceso, ante un Juez competente y aplicando las leyes vigentes: “ ningún hombre

libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por ley de la nación". Si bien es cierto en este documento no apareció expresamente la famosa frase inglesa con la que se recuerda al debido proceso (due process of law), esta frase fue incorporada en 1354 en la carta Magna reexpedida por el Rey Eduardo III.

En la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica del año 1787, en su quinta enmienda señaló:

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el *debido proceso legal*; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

Esta prescripción inicial fue luego complementada por la enmienda 14 del texto constitucional norteamericano, adoptada en el año 1868 en donde se señalaba que: “Ningún Estado podrá privar a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el dueprocess of law”.

El profesor Martín Hurtado Reyes al referirse a los orígenes del debido proceso nos dice:

En sus inicios el concepto de debido proceso estaba casi restringido a ser una mera garantía procesal, con él se intentaba frenar las arbitrariedades judiciales como por ejemplo evitar detenciones arbitrarias, confiscación de bienes; de allí que se admitía que nadie podía ser privado de su vida, su patrimonio y su libertad sin debido proceso legal, la jurisprudencia y la doctrina se encargaron de desarrollar este concepto, para llevarlo a constituirse en un derecho constitucional, fundamental y humano de cual no debe estar desprovisto ningún sujeto de derecho en la sociedad contemporánea. (Hurtado, 2009. p. 49).

#### **4.6.2. El tratamiento del Derecho al Debido Proceso en los tratados internacionales de Derechos humanos.**

En cuanto al tratamiento del derecho al debido proceso por parte de lo tratados internacionales de derechos humanos, se observa que la preocupación por asegurar la plena vigencia

de este derecho ha sido constante por parte de los países y también en el quehacer de las instituciones establecidas para asegurar el cumplimiento de dichos tratados.

Este derecho fundamental de cierta manera fue recogido en los artículos 7°, 8° y 9° de la Declaración Universal de los derechos del hombre y el ciudadano del 27 de agosto de 1789; y también se incluyó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 en sus artículos 8°, 9°, 10° y 11°, misma que en el primero de los artículos señalados prescribe: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los *tribunales nacionales competentes*, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”; éste derecho se complementa con el que se encuentra previsto en el artículo 10°, que establece: “Toda persona tiene derecho, *en condiciones de plena igualdad*, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce en su artículo 14°, inciso 1° prescribe que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las

debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, (...) para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

El artículo 8°, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su lado reconoce que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Asimismo el artículo 25°, inciso 1° de la mencionada Convención prescribe lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Siendo conveniente resaltar que estos tratados internacionales

no limitan la protección del derecho al debido proceso solo a los procesos de naturaleza penal, sino que extiende su protección también a procesos que tienden a la determinación de derechos u obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole. Lo más importante es que en las normas internacionales mencionadas se consignan y se reconocen principios trascendentales que constituyen soportes esenciales del debido proceso.

#### **4.6.3. El concepto de Debido Proceso.**

Antes de definir al debido proceso debemos comenzar por definir al proceso mismo. Al respecto, el argentino Adolfo Alvarado Velloso nos refiere que: “La voz *proceso* es una de las tantas que se utilizan de manera multívoca en el lenguaje corriente y, particularmente, en el mundo jurídico.// Castizamente, significa acción de ir hacia adelante y transcurso del tiempo y conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno, etcétera”. (Alvarado, 2016, p. 216). Más adelante, define al proceso de la siguiente manera: “(...) el proceso no es otra cosa que una serie lógica y consecencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad (juez o árbitro). (Alvarado, 2016, p. 218). Asimismo, el destacado procesalista argentino señala las diferencias entre proceso y procedimiento:

(...) en tanto éste constituye el género (ya que es el objeto propio de todas las instancias) aquel es la especie (ya que es el objeto propio y específico de la acción procesal).

De consiguiente, todo proceso supone la existencia de un procedimiento que se cumple mediante la concatenación de muchos actos realizados por las partes y el juez.

Pero la idea de proceso supone algo más que la simple concatenación de actos: supone la bilateralidad de todas las instancias de las partes. (Alvarado, 2016, p. 223).

Por parte de la doctrina española, Jaime Guasp entiende al proceso como: "(...) un conjunto de actividades ligadas entre sí por el vínculo común de una idea objetiva a cuyo servicio se sujetan aquellas: la idea objetiva, en este caso, es la actuación de una pretensión fundada (...)". (Guasp, 1997, p. 42). Prosigue señalando: "El Estado instituye órganos dedicado específicamente a la actuación de pretensiones, recoge estas pretensiones y las actúa, en caso de conformidad con el derecho objetivo, para lograr el mantenimiento de una paz justa en la comunidad. (Guasp, 1997, p. 42).

En sede nacional, respecto al concepto de proceso, el procesalista Juan Monroy Gálvez señala: "(...) *el proceso judicial*, en nuestra opinión, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos, que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de obtener fines



privados y públicos” (Monroy, 2009, p. 268).

Sobre el mismo concepto, el profesor Jorge Carrión Lugo señala: “El proceso, como tal, se caracteriza por constituir una relación jurídica dentro del conjunto de actos, un conjunto de ligámenes o vinculaciones que la ley establece entre las partes y el órgano jurisdiccional recíprocamente y entre las partes entre sí. (Carrión, 2001, 148). Así también, Giovanni Priori Posada señala:”(...) el proceso es un instrumento fundamental para conseguir la tutela efectiva de las situaciones jurídicas particulares, para lo que establecido por el derecho objetivo tenga una real vigencia ya para con todo ello lograr la paz social en justicia”. (Priori, 2003, p. 275).

De los conceptos que acabamos de señalar entendemos que el proceso es un instrumento fundamental de la convivencia humana, un mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico para frenar nuestros instintos naturales de autotutela, disponiendo que un tercero imparcial investido de autoridad, se le presenten nuestras pretensiones contrapuestas (tanto del demandante como del demandado), con la finalidad de que éste nos conceda o no la razón, aplicando el derecho objetivo. Dicho instrumento debe estar previsto de determinadas garantías mínimas hacia la partes para que ellas puedan hacer valer sus derechos dentro del mismo, a fines de alcanzar una decisión materialmente justa. En tal sentido, si la finalidad es llegar a una decisión que contenga estándares de justicia, sería contrario a la dignidad del ser

humano que el medio para llegar a ella este plagado de injusticia; por lo que, para alcanzar la tan ansiada justicia no basta con obtener una decisión justa, sino que el proceso también debe ser justo, es decir, debido.

En el plano internacional, el panameño Arturo Hoyos, citado por Reynaldo Bustamante Alarcón, proporciona su concepto de debido proceso, señalando que se trata de:

(...) una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso –legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas-opportunidad razonable de ser oídas por las partes por un tribunal competente, predeterminado por ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las pruebas aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conforme a derecho, de tal manera que las personas puedan defender sus derechos. (Bustamante, 2015, pp. 178 y 179).

En doctrina constitucional, el ex presidente del Tribunal Constitucional, César Landa Arroyo, sobre el concepto de debido proceso nos señala:

El debido proceso es un derecho humano abierto de naturaleza procesal y alcances generales, que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales. Este derecho contiene un doble plano, pues además de responder a los elementos formales o procedimentales de un proceso (juez natural, derecho de defensa, plazo razonable, motivación resolutoria, acceso a los recursos, instancia plural, etc.), asegura elementos sustantivos o materiales, lo que supone la preservación de criterios de justicia que sustenten toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, etc.). (Landa, 2012, p. 59).

También en doctrina constitucional, el profesor de la Universidad de Piura, Luis castillo Córdova, respecto al concepto de debido proceso nos dice:“(...) se trata de un derecho fundamental cuyo contenido esencial tiene que ver con un derecho de acceso a la justicia, con el conjunto de garantías que aseguran, en la mayor medida de lo posible, que la solución de un conflicto sea a través de una decisión justa, y el derecho a ejecución oportuna de esta decisión”: (Castillo, 2010, p. 24). Con dichas palabras, entendemos que el jurista piurano homologa los conceptos tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso. Por su parte el Dr. Reynaldo Bustamante Alarcón define el derecho fundamental al justo o debido proceso como: “(...) un derecho de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que

impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo el Estado) que pretenda hacer uso abusivo de estos. (Bustamante, 2015, p. 215).

Sobre la naturaleza del derecho al debido proceso, Giovanni Priori Posada, señala que:

(...) la denominación “debido proceso” pone énfasis en el instrumento, antes que en la finalidad; que se preocupa del medio antes que del resultado. Lo trascendente del medio es que se ha adecuado para alcanzar el resultado. No es que el medio se respete sin importar el resultado. Creemos que el énfasis en el instrumento puesto en la propia designación del debido proceso está en el proceso mismo y no en la tutela que brinda. (Priori, 2003, p. 287).

Más adelante, el citado autor deja en claro que se adhiere a la noción de tutela jurisdiccional efectiva y no a la de debido proceso, ya que éste último concepto es una institución jurídica ajena a nuestra tradición jurídica, la cual es sumamente compleja en su propio ordenamiento jurídico, siendo peligroso traerla al nuestro y desconocer la evolución del concepto tutela jurisdiccional efectiva (Priori, 2003, p. 287). No concordamos con la visión de Priori, ya que su adhesión parece responder más a una fidelidad al sistema jurídico romano germánico que

a la utilidad del concepto no sólo en el ámbito jurisdiccional, sino también a otros ámbitos donde se determinen situaciones jurídicas con incidencia en los derechos fundamentales.

Por su parte, el maestro argentino Adolfo Alvarado Velloso define al debido proceso como: “(...) el *debido proceso* no es ni más ni menos que el *proceso* que respeta sus propios principios. // Esta concepción, que no por sencilla es errada (...)”. (Alvarado, 2016, p. 280).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido en el caso “Ricardo Baena y otros”, el 2 de febrero del 2001, respecto al debido proceso ha manifestado que:

(...) cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” derecho sobre el cual dirá que (...) es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetar en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”. (STC de la CIDH, Caso Ricardo Baena y otros, párrafos 124 y 127).

En la jurisprudencia constitucional, el Supremo Interprete de la Constitución ha señalado que el debido proceso es un derecho continente para referirse al debido proceso:

(...) puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, se ha afirmado que: "(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos." (STC 7289-2005-AA/TC, FJ 5).

En definitiva, consideramos que el derecho al debido proceso no nada más tiene un fundamento constitucional, sino también convencional; asimismo, su alcance es más amplio que el de la tutela jurisdiccional efectiva al proteger mayores ámbitos de actuación del ser humano en el que puede afectarse sus derechos fundamentales. Si bien es cierto, los orígenes son distintos y es necesario conocer la historia, las instituciones jurídicas no tienen una vocación de petrificarse en el tiempo, sino de evolucionar y adaptarse a las necesidades humanas que pretende satisfacer, ello es lo que sucede con el debido proceso, que si bien tuvo un origen rudimentario en la Constitución Americana, orientado a defender los derechos de la persona como la vida, la libertad, la

propiedad (Esparaza, citado por Priori, 2003, p. 289), y no un proceso jurisdiccional o administrativo, dicho concepto ha evolucionado desde sus orígenes y hoy nos brinda un amplísimo bagaje para la defensa de los derechos fundamentales, los cuales deben ser concretizados por el operador jurídico en cada caso concreto.

#### **4.6.4. Dignidad Humana y Debido Proceso.**

Proceso y dignidad se encuentran estrechamente relacionados dado que el proceso es un medio para tutelar los derechos de la persona, los cuales se fundamentan en su dignidad, tal como lo señala el artículo 1° de la Norma Fundamental. Sobre esta estrecha vinculación de estos conceptos, el procesalista brasileño Daniel Mitidiero nos dice: “La dignidad de la persona humana impone la necesidad de considerar la tutela de los derechos como el fin del proceso”. (Mitidiero, 2014, p. 186).

Según el profesor Reynaldo Bustamante Alarcón, en una posición que compartimos nos dice que:

La dignidad del ser humano y los valores superiores del ordenamiento jurídico intervienen también-y deben intervenir- en la determinación del contenido y límites del proceso justo o debido proceso, pues así como este no puede vulnerarlos por constituir su base y fundamento tampoco debe ser despojado de

un contenido que le impida desarrollarlos y tutelarlos de forma real y efectiva. (Bustamante, 2015, p. 210).

Asimismo, el profesor Luis castillo Córdova, respecto a la vinculación entre debido proceso y dignidad, señala que:

Se trata, en todos los casos, de satisfacer esa necesidad humana esencial de que los conflictos sean resueltos a través de los cauces de la razón y no a través de las manifestaciones de la fuerza para asegurar en la mayor medida de lo posible la justicia de la decisión. Porque, independientemente de la naturaleza de las controversias, una decisión injusta será siempre una decisión indigna. (Castillo, 2010, p. 30).

Desde la Corte Suprema, la magistrada Silvia Consuelo Rueda Fernández nos habla del vínculo entre dignidad humana y proceso civil: “Conforme a la dimensión objetiva y subjetiva de la primacía de la norma constitucional que reconoce la dignidad humana como un derecho fundamental, en ese contexto las garantías procesales desarrolladas en este trabajo, sirven a la dignidad humana y preservan sus derechos en todos los procesos judiciales, como en el proceso civil”. (Rueda, 2015, p. 381).

Asimismo, el constitucionalista César Landa Arroyo: “(...) los derechos fundamentales se fundamentan en la dignidad humana no obstante su diversa naturaleza, se pueden hacer exigibles de forma inmediata o mediata



en relación a su contenido”. (Landa, 2010, p. 16). Al respecto, el Tribunal Constitucional también ha señalado: “Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. (STC. N° 02273-2005-PHC/TC, F.J. N° 05, Caso Karen Mañuca Quiroz). En tal sentido, al ser la dignidad el fundamento de todos los derechos fundamentales, y siendo el debido proceso un derecho fundamental, resulta evidente que también es fundamento.

#### **4.6.5. El Derecho al Debido Proceso Formal y Sustantivo.**

La doctrina y también la jurisprudencia constitucional la que más ha desarrollado los conceptos debido proceso formal y material, con respecto de ello el Tribunal Constitucional ha manifestado lo siguiente:

El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, *los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación*; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. (STC.

N°0612-1998- AA/TC, F.J. N° 2, Caso Sindicato Pesquero del Perú S.A.).

El debido proceso formal alude entonces, a toda aquella estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de un proceso determinado, que en la mayoría de los casos es jurisdiccional; mientras que por otro lado, el debido proceso material alude al contenido de justicia o razonabilidad que toda decisión formal supone.

Con respecto a la dimensión material o sustantiva del debido proceso, es hacer realidad el valor justicia en el proceso judicial mismo. El proceso, como fue definido anteriormente, se dirige a la consecución de una solución justa al caso que lo ha motivado. Incluso, las exigencias formales del debido proceso tienen como razón de ser el ayudarle al juez en el objetivo de llegar a una solución justa en el proceso que desarrolle.

¿Cuáles son entonces las exigencias, principios o garantías que conforman cada una de las dimensiones del debido proceso? En referencia a la dimensión formal del debido proceso y, como ya se ha dicho, las garantías que la conforman son aquellas propias del trámite del proceso, así como la dación de la decisión. Mientras que las garantías del debido proceso material están dirigidas como la ha señalado el profesor Luis Castillo Córdova “el contenido de la decisión” (Castillo, 2009, p. 171). Y son exigencias tales como el valor justicia, la proporcionalidad o la razonabilidad en el contenido de la decisión a la que se arribe en el proceso. Respecto a esta dimensión del

debido proceso el TC también ha manifestó que: “(...) un proceso judicial resulta tanto irregular si viola el debido proceso formal y la tutela judicial efectiva, como cuando penetra de forma arbitraria o irrazonable en el ámbito constitucionalmente protegido de cualquier otro derecho fundamental” (STC. N° 4853-2004-PA/TC, F. J. N°13, Caso Dirección Regional de Pesquería de la Libertad). En otro pronunciamiento el Tribunal Constitucional nos dice respecto a estas dos facetas del debido proceso:

(...) el derecho fundamental al debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir, su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente, esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva –que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales–, sino también en una dimensión sustantiva –que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular–. En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona no devienen en arbitrarios. (STC N° 03421-2005-HC/TC, Caso Nicke Nelson Domínguez Baylón).

Respecto a la dimensión formal o procedimental del debido proceso, el profesor Luis Castillo Córdova nos dice: "(...) el contenido del derecho al debido proceso viene configurado por el conjunto de garantías que atañen al desenvolvimiento del proceso, desde su inicio hasta la ejecución de lo decidido".(Castillo, 2010, p. 30). Más adelante, sobre la sustantiva o material del debido proceso, el citado autor refiere: "está conformada por el aseguramiento de la consecución del bien humano que subyace al derecho fundamental al debido proceso". (Castillo, 2010, p. 30). Por su parte, Reynaldo Bustamante Alarcón, nos dice respecto al debido proceso sustantivo o sustancial: "(...) exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes constitucionalmente protegidos". (Bustamante, 2015, p. 171). Asimismo, respecto al debido proceso formal o procesal (también llamado proceso adjetivo), nos dice que: "(...) se trata de un derecho complejo de carácter procesal, pues está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o que se vean afectados por cualquier sujeto de derecho-incluyendo el Estado que pretenda hacer uso abusivo de estos". (Bustamante, 2015, p. 171).

Somos de la opinión que de que el debido proceso en sus vertientes procesal y sustantiva representan dos caras de una misma moneda, un todo inescindible que sólo se divide con fines metodológicos en dos vertientes, con

la finalidad de hacerlo más comprensible. Para cumplir con los fines del proceso, aplicar el derecho objetivo y alcanzar la paz social en el caso concreto, se requiere que el instrumento también existan garantías mínimas que hagan confiar al litigante de que se alcanzará una decisión justa, porque el medio para alcanzarlo también es justo. En tal sentido, yo no podría confiar en una persona que, sabiéndome hambriento y sediento, me invita a comer a su casa sabiendo, sin embargo, para llegar hasta allí debo pasar por un campo minado. Del mismo modo, de nada servirá que satisfaga mi apetito si a la comida que se me sirve se le agregó un veneno que me matará, hecha esta analogía, llegamos a la conclusión que para satisfacer la necesidad de justicia el camino a transitar, proceso, debe ser uno que haga viable alcanzar dicho logro, que contenga mínimas garantías para llegar también a una decisión justa.

La resolución del conflicto no podrá ser arbitraria ni caprichosa, deberá tener una base en el derecho objetivo y ser respetuosa de los derechos fundamentales. Si la justicia es entendida como dar a cada quien lo que le corresponde, esta no podrá ser justa si le quito a uno para darle al otro, es decir, no puede causar daños a terceros y tampoco al ordenamiento jurídico. En tal sentido, sólo cuando ambas vertientes se respetan es cuando se logra alcanzar una verdadera decisión justa y acorde a derecho, siendo realidades unidas e inescindibles; por lo que concordamos con el jurista brasileño Humberto Ávila cuando señala: "(...) es equivocado afirmar que hay un "debido proceso legal procedimental", entendido como derecho adecuado o

justo, separado del “debido proceso legal sustancial”, comprendido como exigencia de razonabilidad y proporcionalidad”. (Ávila, 2012, p. 313).

#### **4.7. Concepto Tutela Procesal Efectiva y diferencias entre Tutela Jurisdiccional Efectiva.**

Con la promulgación del Código Procesal Constitucional, (en adelante CP Const.) Ley 28237 de fecha 31 de mayo del 2004 y entrado en vigencia en fecha 30 de noviembre del 2004, se establece en el párrafo tercero de su artículo 4° lo siguiente:

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

El concepto de derecho a la tutela procesal efectiva ha sido plasmado a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, recogido por en la

nueva normatividad procesal constitucional sustituyendo la expresión “procedimiento regular”, dicho término fue expresado por primera vez en la STC. N° 3283-2003-AA/TC, caso TajMahal y otra. A nuestro entender, viene a ser aquél por el cual toda persona, como integrante de una sociedad y participe de ella, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. Consideramos que lo *efectiva* implica añadirle una connotación de realidad a dicha tutela, llenándola de contenido en cuanto a su fin y objeto de existencia; es decir, no existe el término tutela procesal como una simple denominación que sirva teóricamente a nuestro ordenamiento, sino más bien debe implicar una actividad permanente de quienes la realizan y para los destinatarios de ella, como un legítimo derecho.

El profesor César Landa Arroyo considera que: “el derecho a la tutela procesal efectiva se vulnera cuando se afecta el acceso a la justicia y el debido proceso” (Landa, 2005, p. 375); y comprendería, de forma enunciativa, los siguientes principios y derechos:

- b) *Derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional*. Es el derecho que permite acudir ante los jueces y tribunales para obtener de ellos una sentencia o mandato judicial. El derecho a la acción viabiliza este derecho a la jurisdicción, el mismo que también es un deber porque el ciudadano está vinculado al ordenamiento jurídico, conforme lo establece el artículo 38° de la CPP. En consecuencia, “si una ley

incurre en cualquier violación del derecho a la tutela judicial efectiva [...] será una ley inconstitucional”.

- b) *Derecho a la libertad probatoria*. Se parte del supuesto de quien demanda debe probar, judicialmente su pretensión; así como el derecho a poder aportar, oportunamente, las pruebas que considere necesarias en un proceso.
- c) *Derecho de defensa*. Es el derecho de defenderse de la demanda, mediante la asistencia de un abogado. Este derecho, a su vez, se descompone en el derecho a ser informado, inmediatamente y por escrito, de la demanda (artículo 139°.15 de la CPP), a ser oído, a elegir al defensor, y en la obligatoriedad de contar con un defensor de oficio y defensa eficaz, facultades establecidas en el artículo 139°.4 de la CPP.
- d) *Derecho a la igualdad sustancial en el proceso*. En virtud del cual en todo el proceso se debe garantizar la paridad de condiciones entre las partes: los abogados, el fiscal, el abogado de oficio. Ello, en función del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 2°.2 de la CPP.
- e) *Derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley*. Este derecho tiene que ver con que no se pueden crear tribunales ni juzgados de excepción ni para-judiciales. En esa medida, la creación previa de cualquier órgano jurisdiccional debe darse a partir de una ley del Congreso, la que debe establecer la competencia, jurisdicción e investidura del juez o tribunal. De ahí la necesidad de que, por un lado,



no quepa su creación por un acto administrativo del Poder Ejecutivo, y, por otro, que la jurisdicción militar, comunal o arbitral deben estar sometidos, en última instancia, a la justicia ordinaria y constitucional. Es más, dada la especialidad de ellas, sus competencias y resoluciones deben interpretarse restrictivamente y en función de los derechos fundamentales. En definitiva, el derecho al juez natural se expresa, no tanto en el juez competente o lugar, sino como aquel juez ordinario legalmente predeterminado por ley, ello en la medida en que, del juez natural, se infiere el derecho al juez imparcial.

- f) *Derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho.* Es el derecho de todo justiciable a que las sentencias estén motivadas; es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican, según lo dispone el artículo 139°.5 de la CPP.
- g) *Derecho a acceder a medios impugnatorios regulados.* Aquí radica el derecho de recurrir razonablemente las resoluciones judiciales, mediante medios de impugnación suficientes y eficaces previstos en el ordenamiento, ante instancias superiores de revisión final. Para tal fin, se ha consagrado la pluralidad de instancias, en el artículo 139°.6 de la CPP. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional es la instancia de fallo final de las resoluciones denegatorias de los procesos de amparo, según el artículo 202°.2 de la misma CPP.
- h) *Derecho a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos.* Este derecho está reconocido indirectamente en el artículo 139°.2 y 5 de la Constitución. Existe, en nuestro ordenamiento, doctrina, legislación y

práctica judicial que entiende que la cosa juzgada, para que sea válida, tiene que haber sido arreglada y conforme al derecho.

- i) *Derecho a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales.* Este derecho garantiza que una vez que una resolución ha sido expedida, ésta debe ser ejecutada dentro de un plazo razonable. Cualquier dilación indebida que medie entre el momento de la expedición de la sentencia y su ejecución podría traer como consecuencia que la tutela que se pretende otorgar a un derecho carezca de objeto y oportunidad.
- j) *Derecho a la observancia del principio de legalidad procesal penal.* El principio de legalidad procesal penal significa que, para que los tribunales puedan declarar la existencia de un delito e imponer una pena deben ser realizados dentro del proceso penal previsto en las leyes, según dispone el artículo 2°.24.d de la CPP.

Respecto al origen del concepto, el profesor Luis Castillo Córdova ha señalado: “Esta expresión es la novedad con respecto a la legislación anterior que viene a sustituir a la expresión *procedimiento regular*, sin que en uno u otro caso se esté hablando de cosas distintas en la medida que-como se ha dicho- el basamento constitucional es el mismo”. (Castillo, 206, p. 168).

Sobre el significado del término *tutela procesal efectiva* y su diferencia con el de *tutela jurisdiccional efectiva*, el profesor Martín Hurtado reyes ha señalado:

(...) existen absolutas diferencias entre ellos, éste último es propiamente un derecho fundamental (art. 139 inciso 3 de la Constitución), el primero al parecer es un término de naturaleza legal (art. 4 del CP Constitucional) creado por el legislador y que sirve y compete para denunciar irregularidades que se han suscitado en el proceso judicial, por las cuales se convierte en irrita la decisión judicial; por tanto, hace viable su cuestionamiento en el proceso de amparo o habeas corpus según corresponda. Este término contiene en su enunciado la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso. (Hurtado, 2009, p. 94).

Sin embargo, ha sido el propio Tribunal Constitucional quien ha definido los alcances del derecho a la tutela procesal efectiva, señalando: “El derecho a la tutela procesal efectiva no sólo tiene un ámbito limitado de aplicación, que se reduce a sede judicial. Se emplea en todo procedimiento en el que una persona tiene derecho al respeto de resguardos mínimos para que la resolución final sea congruente con los hechos que la sustenten”. (STC. N°03361-2004- AA/TC, F.J. N° 2, Caso Jaime Amado Álvarez Guillén). Concordamos con la interpretación dada por el mencionado órgano de justicia constitucional, al ser más optimizadora de los derechos fundamentales de las personas inmersas en todo tipo de proceso judicial, administrativo, arbitral, parlamentario corporativo, etc.

No obstante, nuestra concordancia con el Tribunal Constitucional, consideramos que no habría sido necesario crear este derecho de carácter

legal, pero con fuertes implicancias constitucionales, de haberse optado por la opción debido proceso, la cual tiene un mayor ámbito de aplicación, tal como fue la intención inicial del constituyente de 1993. (Priori, 2003, p. 283). Es decir, este derecho sería la suma del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, el primero entendido como el derecho de acceso a la justicia y a la ejecución de las resoluciones judiciales; y el segundo entendido como el conjunto de garantías mínimas que deben regir dentro de un proceso judicial o procedimiento donde se estuvieran discutiendo sus derechos.

#### **4.8. TUTELA DIFERENCIADA.**

##### **4.8.1. Concepto.**

El tiempo que puede durar un proceso es una realidad a la que ningún litigante puede escapar, una realidad que puede resultar calamitosa, ante la urgencia que requiere la atención de sus derechos, en especial derechos fundamentales; ya que, de no hacerlo, su derecho no podrá concretarse en la realidad, cabiendo la realidad de que sufra un perjuicio irreparable. Generalmente, en este tipo de situaciones, vulneración a los derechos de la parte agraviada se acredita por el sólo comportamiento dañoso del agresor, no requiriendo mayor complejidad probatoria a efectos de constituir un título de ejecución, es decir, no sigue el esquema del proceso plenario; por lo que, ante la urgencia de la amenaza o la continuación de la violación a

los derechos del recurrente, ello amerita una tutela inmediata por parte del Estado. En el derecho procesal contemporáneo a este tipo de tutela se le ha denominado tutela diferenciada, y es una respuesta a las nuevas formas de amenazar y vulnerar los derechos de las personas en un mundo globalizado; asimismo, constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales en el Estado Constitucional de derecho, protección que no nada más se circunscribe al ámbito de los procesos constitucionales, sino también del proceso civil y otros.

Este tipo de situaciones urgentes de tutela han generado que la doctrina procesal contemporánea haya puesto atención a su estudio, enfocándose en los derechos susceptibles de protección, así como la estructura procesal a seguir para lograr el restablecimiento de los derechos vulnerados. Al respecto, el profesor Martín Hurtado Reyes señala: “La respuesta a estos fenómenos generados por la postmodernidad han tenido una repercusión en el derecho procesal, la ciencia del proceso se encuentra en el camino a una atención inmediata ante el avance del fenómeno social, de ahí que ahora se venga difundiendo el tema de la *tutela diferenciada*. (Hurtado, 2006, pp. 112 a 113). Respecto al concepto de tutela diferenciada el jurista antes citado nos señala: “(...) es el instrumento de respuesta rápida a la exigencia de tutela que no pueda ser resuelta de forma adecuada, oportuna y eficiente por el órgano jurisdiccional utilizando la tutela ordinaria (proceso de cognición plena), pues de someter estos

conflictos a la clásica tutela, puede producir que el interés o derecho que se pretende proteger o hacer efectivo se perjudique de forma inexorable (...). (Hurtado, 2006, pp. 123 a 124).

Por su parte, el profesor Reynaldo Bustamante Alarcón nos dice que: “(...) por tutela diferenciada nos referimos al derecho que tiene todo sujeto de derecho para que dicho órgano le brinde una tutela que resulte adecuada para solucionar o prevenir en forma real y oportuna los diferentes tipos de conflictos o incertidumbres jurídicas que se le sometan a su conocimiento (...). (Bustamante, 2015, p. 174). Sobre los orígenes de esta nueva forma de tutela jurisdiccional, distinta a la clásica, los profesores Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, quienes fueron de los primeros en investigar el tema en el Perú, nos dicen: “(...) la Tutela diferenciada contemporánea surge como un remedio específico para enfrentar el auge y desarrollo de los nuevos derechos-regularmente impersonales, extrapatrimoniales e infungibles-, que empiezan a marcar el nuevo rumbo del Derecho. (Monroy, 2001, p. 164).

#### **4.8.2. Fundamento.**

El mundo actual, globalizado, vertiginoso y tecnológicamente avanzado, es distinto a aquel en el que se crearon las primeras instituciones procesales, durante el siglo XX la humanidad avanzó significativamente respecto a los siglos pasados, logrando el inicio de la era atómica, un gran salto en tecnologías de la electricidad y las telecomunicaciones, el

transporte y la informática. Estas innovaciones, si bien son positivas para la sociedad, al brindarles al hombre nuevas formas para satisfacer sus necesidades humanas, también puede constituir una potencial fuente de daños. Por ejemplo, en el caso del transporte automovilístico y la minería para la satisfacción de estos bienes humanos deben realizarse actividades de explotación de recursos naturales que pueden devenir en perjuicios a la población, dado los niveles de contaminación que pueden generar la actividad minera y petrolera industrializada. Un ejemplo claro de los riesgos a la salud que generan las actividades extractivas lo constituye el derrame de mercurio sucedido en la minera Yanacocha, ocasión en que la citada empresa otorgó una contraprestación económica a los pobladores a cambio de que recolecten el mercurio derramado y se lo entreguen, lo cual les generó un daño irreversible a la salud, que fue materia del lamentable primer pleno castorío civil. Asimismo, en el caso de las tecnologías de la información, un mal uso de ellas puede generar daños irreparables al derecho al honor, la imagen y la intimidad. Al respecto un ejemplo claro, lo constituye la emisión del programa Magaly TV, que en febrero del año 2000 sacó al aire un reportaje denominado “Las Prostivedettes”, presentando a los vedettes de aquellos tiempos sosteniendo relaciones sexuales en un hotel, a cambio de una contraprestación económica. En ambos casos, tanto el derecho a la libertad de empresa como el derecho a la libertad de información, en su ejercicio irregular.

Estas nuevas formas en que se pueden vulnerar los derechos de las personas constituyen el fundamento de la tutela diferenciada, ya que el

Estado, a través del Poder Judicial, debe estar a la altura de las circunstancias y brindar técnicas adecuadas para tutelar efectivamente los derechos, sin que la tutela que se otorgue devenga en tardía, ineficiente y vacía de contenido. Como nos dice el profesor Martín Hurtado Reyes: “la tutela jurisdiccional diferenciada trata de integrar el derecho material con el derecho procesal, garantizando a cada especie, de acuerdo con la necesidad y en la medida de lo posible, una mayor eficacia, a través de la adaptación entre estos”. (Hurtado, 2006, p. 123).

Respecto al fundamento de la tutela diferenciada, el Dr. Omar Sumaria Benavente nos dice: “(...) el surgimiento de nuevas situaciones jurídicas, la inexistencia de técnicas procesales idóneas para la prestación de tutela inhibitoria y de remoción del ilícito, la morosidad del procedimiento común de conocimiento y el uso distorsionado de la tutela cautelar son el sustento de la tutela jurisdiccional urgente y anticipatoria”. (Sumaria, 2014, p. 10). Por su parte Giovanni Priori Posada que la tutela jurisdiccional diferenciada: “(...) busca que el proceso responda con mayor eficacia a la exigencia de tutela que reclaman los ciudadanos, que sea cada vez más adecuado a las nuevas necesidades de tutela de las situaciones jurídicas materiales, se busca un medio de tutela distinto para cada situación particular”. (Priori, 2003, p. 291).

Nosotros consideramos, siguiendo a los Monroy que el fundamento de la tutela jurisdiccional diferenciada radica en los *principios de instrumentalidad y efectividad*, ya que el compromiso del proceso es hacer



efectivos los derechos materiales (Monroy, 2001, p. 163), es decir crear fórmulas procesales más céleres y expeditivas para tutelar un derecho ante la evidencia de su vulneración y el peligro de postergar su tutela.

La tutela diferenciada, también llamada tutela urgente, no sólo se caracteriza por la urgencia que amerita la protección del derecho que se alega se está vulnerando o amenazando, sino también por el hecho de que éste se encuentra en una situación de flagrancia, es decir, verificable en la realidad, por lo que no requiere de una cognición plena al ser visible el ilícito que se alega. Asimismo, la tutela urgente se constituye en la única vía idónea para prevenir o evitar la continuación del daño, ya que de transitarse por un proceso de cognición plenaria la tutela a otorgar sería tardía, y el perjuicio irreparable.

#### **4.8.3. Presupuestos.**

En doctrina procesal reciente el profesor Omar Sumaria Benavente nos dice que los presupuestos para otorgar tutela jurisdiccional diferenciada son los siguientes: a) Interés tutelable cierto y manifiesto; b) Necesidad impostergable de tutela; y, c) única vía eficaz para la tutela del derecho invocado. (Sumaria, 2014, p.14). Respecto al primer presupuesto, este se refiere la acreditación de una fuerte probabilidad de la existencia de un derecho, que tiende a la “exigencia de certeza o convicción suficientes que es atendible lo solicitado” (Eguren, citada por Sumaria, 2014, p. 15). Asimismo, presupone que el actor haya ofrecido instrumentales que

acrediten el derecho que invoca, en un grado cercano a la certeza, que justifican “un trámite mínimo y un contradictorio acotado” (Sumaria, 2014, p. 15). El segundo requisito presupone la lesión efectiva de un derecho y la inminencia de un daño irreparable, de no brindarse la tutela que se solicita. Al respecto Juan Monroy Gálvez nos dice: “(...) estos derechos requieren una cobertura judicial urgente, porque si van a ser resueltos una vez concluido un proceso ordinario-por citar un ejemplo-el agravio a su titular se convertiría en definitivo y el proceso habría significado una actividad infructuosa”. (Monroy, 2001, p. 163). Finalmente, sobre el tercer presupuesto, el magistrado Rolando Martel Chang, refiriéndose a las medidas autosatisfactivas señala: “(...) constituyen requerimientos urgentes (...) con carácter expedito, autónomo y definitivo, la remoción de vías de hecho u otras situaciones coyunturales urgentes que puedan acarrear daño inminente e irreparable, no siendo necesaria la instauración de otro proceso”. (Martel, 2015, p. 126).

#### **4.8.4. Tipos de tutela jurisdiccional diferenciada.**

Respecto a los tipos de tutela jurisdiccional diferenciada el profesor Martín Hurtado reyes señala que estos son: “(...) la tutela preventiva y la tutela de urgencia, dentro de esta última encontraremos la tutela urgente cautelar, tutela urgente satisfactiva, tutela anticipatoria (formando parte de ella el instituto de ejecución anticipada de sentencia apelada), el proceso de amparo, la prueba anticipada”. (Hurtado, 2006, p.126). Por su parte, el profesor Rolando Martel Chang (Marte, 2015, p. 115) considera que la

expresión “proceso urgente” alude a un género que reconoce las siguientes especies: a) La tutela cautelar clásica; b) la tutela anticipatoria; y, c) la tutela satisfactiva autónoma.

Nosotros optaremos por desarrollar brevemente las categorías señaladas por Martín Hurtado Reyes por considerarla de mayor amplitud:

a) Tutela Preventiva: La tutela preventiva es una forma de tutela diferenciada que tiene por finalidad evitar un daño o evitar que este prosiga, tutelando un derecho material. Siguiendo a Aldo Zela Villegas podemos señalar que: (...) la tutela preventiva tiene como finalidad actuar antes que el daño se concrete, evitando que continúela acción dañosa, o evitando que la misma se repita (...), para ello deberá imponerse al demandado una obligación de hacer o no hacer. (Zela, 2010, p. 42). Asimismo, también se le denomina tutela inhibitoria, sobre la cual Renzo CavaniBrain señala que: “(...) es aquella protección del derecho material destinada a impedir la práctica, reiteración o continuidad de un acto ilícito, por lo que, al buscar su prevención, mira hacia el futuro. (Cavani, 2014, p. 182).

b) Tutela Cautelar: La tutela cautelar es un derecho fundamental implícito al debido proceso, el cual tiene por finalidad evitar que el transcurso del tiempo haga que el derecho material devenga en inútil o vacío de contenido al culminar el proceso, por lo cual toma medidas de aseguramiento (cautelares) previstas en el ordenamiento jurídico para

evitar que éste se perjudique hasta la emisión de la sentencia. El profesor Giovanni Priori Posada, señala al respecto: “(...) el derecho a la tutela cautelar es un derecho fundamental que tiene todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional - a través de una cognición sumaria - el dictado y la ejecución oportuna de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia. (Priori, 2005, p. 184). Por su parte, la procesalista Eugenia ArianoDeho señala: “La tutela cautelar se presenta, pues, desde la óptica del sujeto necesitado de tutela (el “justiciable”) como una auténtica garantía de obtener tutela efectiva y definitiva de sus derechos, en todos aquellos supuestos en los que el tiempo necesario para obtener la razón constituye fuente potencial de ineficacia de aquella(...)”. (Ariano, 2014, p. 18).

- c) Tutela Anticipatoria: Esta forma de tutela diferenciada es una innovación de la doctrina brasileña. Según el profesor brasileño LuizGuilhermeMarinoni, su finalidad radica en que: “(...) el tiempo del proceso sea distribuido entre las partes litigantes en la proporción de la evidencia del derecho de actor y la fragilidad de la defensa del demandado” (Marinoni, 2001, p. 138). Asimismo, el profesor Rolando Martel Chang nos dice que: “Son casos “evidentes” en cuanto al grado de convicción emergente de los hechos constitutivos y fundamentalmente de la prueba aportada”. (Martel, 2015, p. 117). Luego nos dice que: “(...) la tutela anticipada es una tutela diferenciada de urgencia que en base en una cognición sumaria y siempre que se

cumplan los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al peticionante otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en una sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material”. (Martel, 2015, p. 119). El profesor Martín Hurtado Reyes nos explica la utilidad y diferencias entre la tutela cautelar y la tutela anticipatoria: “(...) la primera fundamentalmente para garantizar el cumplimiento de lo que se decida en la sentencia, no es admisible su uso para anticipar lo decidido en la sentencia, en tanto la segunda sirve para anticipar total o parcialmente las pretensiones resueltas de manera favorable en sentencia de condena”. (Hurtado, 2006, p. 365).

d) Proceso de amparo: Es un proceso constitucional, el cual tuvo su origen en México, que tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales, frente a la violación o amenaza de éstos por cualquier autoridad, funcionario o particular, exceptuando aquellos derechos que son protegidos por el habeas corpus (libertad individual y derechos conexos) y el habeas data (derecho de acceso a la información pública y derecho a la autodeterminación informativa). Nos resulta interesante la definición que sobre el amparo realiza el magistrado Edwin Figueroa Gutarra:

El amparo resulta, pues, una herramienta de legitimación democrática del Estado Constitucional, así como un instrumento de acción a materializar ante los jueces constitucionales. Sobre ambos caracteres se consolida e identifica un mecanismo que

se hace sólida. Con base en la concesión de tutela de urgencia para demandas constitucionales que persiguen la defensa de un derecho fundamental y que, específicamente, en el amparo, persigue una restitución efectiva del derecho conculcado. (Figueroa, p. 185, 2012).

En el concepto dado, el citado autor nos deja vislumbrar las dimensiones objetiva y subjetiva de los procesos constitucionales; y, en relación al proceso de amparo, su necesidad de tutela de urgencia se justifica en la naturaleza de los derechos fundamentales en conflicto, es decir, tanto para el derecho subjetivo del demandante, pero también para mantener la supremacía y vigencia del ordenamiento constitucional.

- e) Tutela urgente satisfactiva: En doctrina argentina, la magistrada Mabel De los Santos la define como: “(...) son soluciones jurisdiccionales urgentes no cautelares, despachables *in extremis* mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Las mismas que importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de los postulantes, de modo que son autónomas (...)”. (De los santos, 1998, p. 73). Por su parte, en sede nacional, Martín Hurtado Reyes hace la siguiente definición:

Las medidas urgentes satisfactivas son mecanismos de tutela diferenciada más concretamente de tutela urgente,

que buscan dar satisfacción inmediata a quien requiere de tutela jurídica en situaciones de urgencia, la cual no puede ser atendida por la tutela ordinaria, pues colapsaría y se vulneraría irremediabilmente el derecho que busca proteger con una medida de esta naturaleza, esta tutela urgente no es instrumental, ya que no requiere llevar la discusión a otro proceso y se agota en su ejecución. (Hurtado, 2006, pp. 308-309).

- f) Prueba anticipada: Respecto a esta institución jurídica el profesor Martín Hurtado Reyes nos dice: "(...) esta actuación se realiza fuera del proceso, pero con el objetivo de aportarla en una posible y futura relación jurídica procesal, la misma que se entablará entre el sujeto que solicitó su actuación y el sujeto en contra de quien solicitó la misma o contra un tercero". (Hurtado, 2006, p. 443).

### **3.8.5. Tipo de tutela jurisdiccional plasmada en la Ley N° 28457.**

La Ley N° 28457, ley de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, en su artículo 1° establece:

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

En este mismo proceso podrá acumularse como pretensión accesoria, la fijación de una pensión alimentaria, de conformidad con

lo establecido en el último párrafo del artículo 85 del Código Procesal Civil.

En este caso, el juez, además de expedir el mandato declaratorio de paternidad extramatrimonial, correrá traslado al emplazado de la pretensión de alimentos.

El emplazado tiene un plazo no mayor a diez días de haber sido notificado válidamente para oponerse y absolver el traslado de la pretensión de alimentos sujetándose a lo establecido en el artículo 565 del Código Procesal Civil.

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el juez dictará sentencia pronunciándose sobre la pretensión de alimentos.

La estructura procesal de la ley obedece al llamado proceso monitorio, respecto del cual Enrique Vescovi, citado por Rolando Martel Chang, nos dice que: “En los primeros el juez resuelve luego de oír a ambas partes, mientras que en otros el contradictorio se invierte, es decir, el juez resuelve oyendo a una de las partes, la demandante, y solo después oye al demandado, siempre que se oponga”. (Martel, 2005, p. 67). Asimismo, respecto al proceso monitorio, en sede nacional, el profesor Martín Hurtado reyes nos dice: “(...) el proceso monitorio es un proceso especial y célere, sustancialmente documental que puede servir de forma inmediata para el cobro de determinadas acreencia y de forma mediata para lograr un título ejecutivo, en



este último caso, cuando el demandado no formula oposición”. (Hurtado, 2017, p. 285).

El proceso monitorio fue concebido desde sus inicios para tutelar el derecho de crédito, un mecanismo mediante el cual el acreedor pueda cobrar a su deudor su acreencia, no fue pensado para tutelar derechos fundamentales, como el derecho a la identidad. La estructura procesal plasmada en la ley ha sido motivo de elogios y críticas por parte de la doctrina nacional, así Enrique VarsiRospigliosi está a favor de la norma señalando:

La propuesta procura enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más grandes y extendidos en el país. Casi un millón y medio de personas tienen directa o indirectamente problemas de filiación extramatrimonial. La idea ha ido contar con un procedimiento propio que respetando los derechos de los involucrados, pero utilizando medios coercitivos y eficaces, permita alcanzar justicia de manera oportuna. (Varsi, 2010, p. 100).

Por su parte, Carlos Furuken Zegarra es contrario a la misma señalando:

La filiación extramatrimonial ¿debe ser encausada a través de procesos de cognición o monitorios? Consideramos que esta pretensión debe ser encausada dentro de un proceso de cognición, puesto que la inseguridad respecto al derecho fundamental controvertido (filiación) deberá ser resuelta con amplitud de pruebas (y no sobre la base de una sola por más infalible que sea), lo cual supone que el emplazado tenga verdadera y efectiva oportunidad de defenderse y de presentar las aludidas pruebas que acredite sus alegaciones. (Furuken, 2007, p. 85).

Pese a no ser la finalidad de la presente investigación, en sí, cuestionar la estructura procesal del proceso de filiación judicial extramatrimonial, desde ya nos adherimos a la postura planteada por Furuken, al considerar que la ley ha dado una solución extremadamente simplista a una controversia que presenta demasiadas aristas y cuya finalidad es la obtención de una decisión que repercutirá de forma trascendente en dos vidas, la del padre y la del hijo declarados judicialmente. Somos conscientes que la ley obedeció a un deseo de invertir la carga de la prueba, dado lo difícil de su obtención ante la negativa del demandado; sin embargo, se ha pasado de un extremo de abuso de derecho por parte del demandado, a la casi total indefensión de éste, al someterse la declaración de paternidad a una sola prueba, la genética, o, mejor dicho, a la ausencia de la misma. La situación fue tempranamente advertida por Eugenia ArianoDeho, quien respecto a la prueba genética en dicho proceso señaló: “(...) el legislador consagro un

procedimiento más tendiente a evitarla que ha practicarla”. (Ariano, 2005, p. 65).

Dada la estructura procesal de la ley, así como el efecto que se obtiene con la primera resolución, mandato de paternidad, consideramos que éste proceso pretende ser una tutela jurisdiccional diferenciada, en la modalidad de tutela anticipada, en los términos antes expuestos, ya que desde el primer acto procesal se anticipa los efectos de la sentencia final, filiación y alimentos, considerando al mandato de paternidad como una declaración provisional de filiación extramatrimonial, la cual se convertirá en definitiva de no mediar oposición, consistente en el sometimiento a la prueba genética. En relación a este extremo, el profesor Enrique VarsiRospigliosi, señala: “Este es el acto más importante del proceso, además de ser el primero que dicta el juez sin necesidad de escuchar al demandado, *inaudita altera pars*”. (Varsi, 2010, p. 74). Más adelante el citado autor señala: “Es importante llegar a comprender la esencia del mandato de paternidad. Podemos sostener que más que un requerimiento a reconocer la pretensión de la parte, el mandato es una decisión anticipada del juez en mérito de lo alegado por la parte demandante tomando en cuenta la fuerza de la prueba genética, que ofrece la suficiente certeza de lo demandado”. (Varsi, 2010, p. 75).

Finalmente, en relación a esta última aseveración, debemos discrepar con el citado autor porque la naturaleza del mandato de paternidad no puede equipararse a la tutela anticipada, por lo menos en el extremo de ser una declaración provisional de paternidad, ya que en dicha etapa no se cuenta

con una prueba suficiente para llegar a dicha conclusión, ya que dicho valor es el que se le atribuye a la negativa del demandado al sometimiento de la prueba genética, no contándose al emitirse el mandato de paternidad más que con la sola imputación de paternidad que atribuye la demandante, lo cual resulta insuficiente para conceder una tutela anticipatoria, es decir, anticipar los efectos de una declaración judicial de paternidad.

#### **4.9. EL DERECHO A LA IMPUGNACIÓN.**

##### **4.9.1. Concepto y configuración.**

El término “impugnar” o “impugnación” proviene del latín “impugnare” o “impugnatio”, que significa “ataque”, “atacar”, “asalto” o “asaltar”, “combate” o “combatir”. Este concepto tiene multiplicidad de usos en el derecho.

Como nos dice procesalista argentino Adolfo Rivas: “(...) en un primer sentido, “impugnar” no es sino ejercer toda actividad destinada a cuestionar una situación fáctica, un status, un deber, una obligación, con trascendencia en aquel terreno. Se trata de una utilización de un amplísimo espectro, abarcativo del obrar tanto en jurisdiccional como en lo extrajurisdiccional”. (Rivas, 1990, p. 192). Más adelante, el jurista argentino nos dice: “En sentido estricto, impugnar, significa atacar una conducta de autoridad pública-administrativa o jurisdiccional traducida en actos, hechos u omisiones”. (Rivas, 1990, p. 193). Finalmente, este autor señala: “Ya con un tercer sentido, al que denominamos “técnico-procesal”, la impugnación es el ataque

destinado a obstar los efectos o la vigencia de un pronunciamiento jurisdiccional el que realiza en uso de sus facultades decisorias el órgano o magistrado investido del poder de dirimir conflictos de intereses aplicando a tal fin el derecho con virtualidad de cosa juzgada”. (Rivas, 1990, p. 193).

Respecto al concepto del derecho a la impugnación, Mandrioli, citado por Eugenia ArianoDeho, señala: “bajo un perfil generalísimo, la impugnación es un cuestionamiento que puede tener por objeto no solo una resolución (de un juez o de cualquier otro órgano) sino también, más genéricamente, un acto”. (Ariano, 2015, p. 25). Asimismo, Cipriano Gómez, citado por la profesora mexicana Macarita Elizondo Gasperín, señala: “(...) la impugnación es tema que rebasa las fronteras de lo estrictamente procesal y jurisdiccional. La impugnación constituye una instancia reclamadora de la legalidad o procedencia de un acto de autoridad”. (Elizondo, 2013, p. 214).

En sede nacional, el juez superior y profesor universitario Martín Hurtado Reyes define el derecho a la impugnación en los siguientes términos:

El derecho a recurrir o a la impugnación, es un derecho constitucional, es un derecho subjetivo que nace por el solo hecho de ser parte o tercero legitimado en un proceso judicial o procedimiento, brinda la oportunidad a su titular de atacar, cuestionar, alzarse en contra de lo decidido cuando existan decisiones que lo perjudiquen, permitiéndole no dejar firmes las decisiones que pueden contener *errores* o afectadas por alguna

otra situación que no le permitan seguir surtiendo efectos jurídicos. (Hurtado, 2010, p. 840).

Sobre el contenido de este derecho fundamental, el profesor de la Universidad Andina del Cusco, Roberto González Álvarez, nos dice:

El contenido del derecho a impugnar es el mismo que muestra el de acción o el de contradicción, que no es sino libertario y social. No es equivocado, entonces, decir que el derecho a impugnar es una expresión del derecho de acción (o del de contradicción) en escenario procesal impugnatorio. Así, el derecho a impugnar no es únicamente un derecho que se vincula al obrar negativo del Estado (este no interfiere con la libertad del justiciable traducida en dispositividad procesal para impugnar con el medio que más le convenga o simplemente que sea de su elección), sino también al obrar positivo estatal (el Estado debe proporcionar a los ciudadanos un servicio estatal de justicia adecuado o, mejor, efectivo, lo que se traduce en atención estatal a impugnación promovida). (González, 2014, p. 284).

En doctrina argentina, el profesor Oswaldo Gozani nos señala que el fundamento del derecho a la impugnación radicaría en el error: “La categoría unitaria que tiene la impugnación reposa en un presupuesto único: el error”. (Gozani, 2009, p. 12). Más adelante, continúa precisando: “Esta es la

verdadera dimensión del objeto: la impugnación tiende a corregir la falibilidad del juzgador, y con ello, a lograr la eficacia del acto jurisdiccional”. (Gozani, 2009, p. 12). Siguiendo con doctrina uruguaya, el procesalista Enrique Vescovi señala que: “La impugnación aparece entonces con un efecto revisivo natural, que tiende a perfeccionar las decisiones en vasca de la justicia”. (Vescovi, 1988, p. 55).

En doctrina nacional, el profesor Luis Genaro Alfaro Velásquez sostiene: “(...) la impugnación es el derecho de los justiciables, previamente establecido por el legislador, en virtud del cual pueden acceder a un instrumento o medio jurídico que les permita cuestionar u observar la resolución que le causa perjuicio; en otras palabras se intenta tutelar la posibilidad que los justiciables puedan ejercer un verdadero control de la resolución judicial. (Alfaro, 2015, p. 397). Asimismo, nos dice: “(...) el derecho a la impugnación se constituye en un mecanismo eficiente para reducir las posibilidades de error de la decisión del juez y de esta manera aumentar el grado de probabilidad y así se corresponda con lo que realmente aconteció en la realidad, mediante la obtención de una sentencia lo más justa posible”. (Alfaro, 2015, p. 405). Finalmente, este procesalista también nos señala: “(...) en su diseño legal se debe procurar su regulación sin que vulnere otros derechos fundamentales procesales como el derecho de audiencia o contradictorio y el de igualdad procesal”. (Alfaro, 2015, p. 409).

En el caso Alberto Fujimori/Fujimorí, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de desarrollar el derecho a la pluralidad de instancias,

estrechamente vinculado al derecho a la impugnación, como veremos más adelante, señalando lo siguiente: “el derecho a los medios impugnatorios sea un derecho fundamental de configuración legal, implica que “corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir” (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F. J. 5; 0962-2007-PA, F. J. 4; 1243-2008-PHC, F. J. 3; 5019-2009-PHC, F. J. 3; 6036-2009-PA, F. J. 2; 2596-2010-PA, F. J. 5)”. (STC. N°04235-2010- PHC/TC, F.J. N° 10, Caso Alberto FujimoriFujimori).

Estando a las definiciones expuestas, por nuestra parte, nos atrevemos a dar una definición amplia del derecho a la impugnación como aquel derecho fundamental que tiene todos justiciable de atacar, cuestionar, contradecir y rebelarse, por cualquier vía, contra todo acto de poder público o privado que le cause perjuicio por vulnerar sus derechos (fundamentales o legales), y que se encuentra viciado por un error jurídico (procesal o material) o una arbitrariedad. Asimismo, consideramos que el derecho a la impugnación no necesariamente puede hacerse valer en el marco del mismo proceso o procedimiento que nos cause agravio, sino también en otro distinto que tenga por finalidad revertir la situación de injusticia que nos causa agravio.

#### **4.9.2. Derecho a la Impugnación y Derecho a la Pluralidad de Instancias.**

La Constitución Política del Perú (CPP), prescribe:



Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

## **6. La Pluralidad de la Instancia.**

El derecho a la pluralidad de instancias es un derecho fundamental reconocido en nuestra norma fundamental, sin embargo, ella no reconoce el derecho a la impugnación. Ambos derechos no necesariamente tienen la misma configuración y contenido, pese a estar vinculados. Según Eugenia ArianoDeho: “la gran mayoría de ordenamientos no cuentan con una cláusula expresa referida a las impugnaciones procesales, por lo que, sobre todo, a nivel doctrinario, aquellos que las consideran una garantía, se ven precisados a adscribirlas o al derecho a la defensa, o al derecho de acción, o la tutela jurisdiccional efectiva, o a un proceso con todas las garantías (o, si se prefiere, al “debido proceso”), etc. (Ariano, 2015, p. 47).

Siendo así, resulta sumamente preguntarnos sobre el significado del derecho a la pluralidad de instancias. Es así que la propia Eugenia ArianoDeho nos clarifica el concepto diciéndonos:

(...) estoy (ya) absolutamente convencida de que la directiva constitucional de la “instancia plural” no implica en absoluto el que toda resolución a emitirse durante el desarrollo de del proceso sea “impugnable” ante un juez distinto del que la emitió, sino sólo el que una vez cerrada la primera instancia del proceso

con la emisión de la sentencia (de fondo o no), se prevea (al menos) un medio para que pueda *renovarse* ante un juez distinto”. (Ariano, 2010, p. 284).

Resulta evidente que, de lo señalado por Eugenia ArianoDeho, el derecho a la pluralidad de instancia no considera a todas las impugnaciones que puede prever el ordenamiento procesal, como la reposición, la nulidad de cosa juzgada fraudulenta en el proceso civil o de la revisión en el proceso penal, nada más garantiza que lo resuelto por un juez de primera instancia puede ser revisado o reexaminado por una instancia superior, y no todo medio de impugnación pretende ser conocido por otro órgano judicial o procura la apertura de otra instancia, dado que hay recursos que son interpuestos y resueltos por el mismo juez. La apelación, el medio impugnatorio clásico en el que se expresa el derecho a la instancia plural, no es el que inspira todos los recursos, ya que solo considera los recursos verticales, excluyendo a los horizontales. Así, Hernando DevisEchandía considera: “La impugnación es el género y el recurso es la especie”. (Devis, 1997, p. 505). Por otro lado, la revisión del error judicial no es el único fundamento del derecho a la instancia plural, pues hay otros que persiguen uniformidad en la aplicación del derecho objetivo, como lo es el recurso de casación, o la defensa del orden constitucional, como el proceso de amparo.

Existen posturas que equiparan el derecho a la impugnación y el derecho a la pluralidad de instancias, como si fueran el mismo derecho, otras

que incluyen el derecho a la impugnación dentro del derecho a la pluralidad de instancias. Nosotros, por las consideraciones expuestas, coincidimos con el profesor Luis Genaro Alfaro Valverde, al señalar que el derecho a la impugnación se adscribe no dentro del derecho a la pluralidad de instancias, sino dentro del derecho al debido proceso, del cual constituiría un derecho implícito. (Alfaro, 2015, p. 409).

En el proceso de filiación extramatrimonial se garantiza el derecho a la pluralidad de instancias, ya que la Ley N° 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, en su artículo 5°, señala lo siguiente: “La declaración judicial de paternidad, la resolución que ampara la oposición y/o el fallo relativo a la prestación de alimentos podrán ser apelados dentro del plazo de tres días de notificado. // Ingresada la causa al superior jerárquico, el juez señalará fecha para la vista de la causa dentro del plazo de diez días y se emitirá la sentencia en un plazo que no excederá de diez días”.

Del tenor de este artículo se infiere que la apelación, como medio impugnatorio, está reservada solo al demandado a efectos de contradecir la sentencia que declara su paternidad, contrario sensu es inapelable la sentencia que rechaza la declaración de paternidad, es decir cuando la oposición se declara fundada. Por nuestra parte consideramos que en dicho caso también resulta apelable la oposición fundada a pesar de que la norma no lo prevea, porque puede darse el caso que se hayan tomado mal las muestras biológicas sometidas a examen entre otro tipo de defectos formales y/o sustanciales. Con relación a este punto el Dr. Enrique VarsiRospigliosi

señala respecto a esta resolución lo siguiente: “¿Será esta también apelable?. Sin duda que sí – lo afirmamos tajantemente -, en razón de que, se tiene un legítimo derecho al mismo; el hecho es encontrarle fundamento para su procedencia. (Varsi, 2010, p. 94).

Sin embargo, este medio impugnatorio, tal como dijimos en nuestro plan de tesis, resulta ilusorio para el demandado de escasos recursos económicos al que le resultará imposible costear el costo de la prueba genética, ya sea en primera o en segunda instancia; aunado a ello el auxilio judicial resulta una utopía que muy difícilmente se concretará.

#### **4.9.3. Presupuestos.**

El profesor Martín Hurtado Reyes ha señalado que la impugnación, se asienta sobre la presencia de los siguientes presupuestos: a) existencia de un proceso o de un acto procesal susceptible de impugnación; b) se requiere sujetos con interés; c) existencia de agravio; d) voluntad expresa de impugnar; e) existencia de error; y, f) cumplimiento de requisitos.

A continuación desarrollaremos brevemente cada uno de los presupuestos de la impugnación:

Existencia de un proceso o de un acto procesal susceptible de impugnación: “(...) se precisa de la preexistencia de un acto procesal con *vicio o error* para la procedencia de la

impugnación, pues la actividad impugnatoria no se puede realizar sobre actos futuros, ya que la procedencia de los mismos se da respecto de actos procesales futuros, ya que la procedencia de los mismos se da respecto de actos procesales previamente determinados e identificados por el impugnante, quien debe señalar los fundamentos que sustentan su pedido. (Hurtado, 2010, p. 841).

Interés: “Para tener interés en la impugnación es necesario sentirse agraviado o perjudicado con el acto procesal que se impugna”. (Hurtado, 2010, p. 841). Asimismo, DevisEchandía, citado por Martín Hurtado Reyes, señala: “sin interés no procede recurso. Se trata de un interés especial por resultar perjudicado con la providencia”. (Hurtado, 2010, p. 842).

Existencia de agravio: En palabras de Enrique Vescovi: “(...) lo que interesa es el resultado concreto del acto, sus efectos prácticos respecto del derecho invocado y la situación jurídica concreta del interesado”. (Vescovi, 1988, p. 41). Según Osvaldo Gozani: “(...) el agravio es el perjuicio concreto que sufre el sujeto. Difiere del concepto gravamen, que pertenece al terreno estrictamente procesal (presupuesto para recurrir; en cambio, se asocia con el interés, que resulta ser una proyección del daño, o interés insatisfecho o menoscabado. (Gozani, 2009, p. 16). Asimismo, Víctor De Santo, respecto a la relación entre

interés y agravio: “Determina este interés la existencia de un gravamen, o sea un perjuicio concreto resultante del pronunciamiento, al recurrente y consiste, en la disconformidad entre lo solicitado y lo resuelto”. (De Santo, 2004, p. 122).

Voluntad expresa de impugnar: Sobre este presupuesto, el profesor Adolfo Rivas nos dice: “(...) es necesario que la voluntad cuestionadora se exprese de modo de no dejar dudas del deseo impugnativo utilizando las formas que al respecto establezca la ley”. (Rivas, 1990, p. 194). Asimismo, sobre este presupuesto, Martín Hurtado Reyes nos dice: “Ello implica una declaración de voluntad expresa del impugnante para hacer saber en el proceso de manera formal que está atacando o cuestionando un acto procesal determinado, buscando su rescisión o revocación”. (Hurtado, 2010, p. 845). En tal sentido, se elimina la posibilidad de un medio impugnatorio tácito o de oficio, por lo que la consulta no puede considerarse un medio de impugnación.

Existencia de error: Los errores pueden in iudicando (de derecho) o in procedendo (de procedimiento); al respecto, el profesor Enrique Vescovi nos dice: “(...) el *“error in iudicando”* es un error sobre el fondo (contenido) y consiste normalmente en una violación a la ley desaplicándola erróneamente. Dicho en otros términos: el error *in iudicando* puede consistir sea en la

aplicación de una ley inaplicable, la no aplicación de la que fuere aplicable; o en la errónea aplicación de ella. // El “*error in procedendo*”, en cambio, es la desviación de los medios que señala el Derecho Procesal para la dilucidación del proceso. Son los vicios que afectan a los diversos actos procesales que componen el proceso. (Vescovi, 1988, p. 37). Por su parte, Adolfo Rivas señala: 1. Error del órgano jurisdiccional, sea en lo referente a la apreciación de las pruebas reunidas, sea en cuanto al derecho aplicado, o ambos aspectos a la vez. Es el error in iudicando. // 2. Vicios formales en el procedimiento seguido o en la resolución en sí capaces de invalidarlos. Es el error in procedendo”. (Rivas, 1990, p. 195).

Cumplimiento de requisitos: La actividad impugnatoria está sujeta a requisitos formales que determinan su ejercicio. Relacionado a estos requisitos, el argentino Osvaldo Gozani nos indica como requisito objetivo: “b.2.) Lugar tiempo y forma: como todo acto jurídico que necesita formalizarse para lograr los efectos estipulados, la impugnación debe adecuar su tránsito hacia el modelo que cuestiona”. (Gozani, 2009, p. 17).

#### **4.9.4. Principios.**

A continuación, revisaremos brevemente los principios que rigen la impugnación, siguiendo la clasificación del profesor Adolfo Rivas, estos son:

Principio de legalidad: No hay impugnación sin ley previa que defina el acto impugnado, la causal respectiva debe estar taxativamente prevista en la norma objetiva. En palabras de Martín Hurtado Reyes: “No se pueden ejercitar medios impugnatorios que no se encuentren señalados taxativamente en el Código. (Hurtado, 2010, p. 851). Asimismo, en doctrina española, el catedrático de la Universidad de Barcelona, Sergi Guash Fernández indica: “(...) el legislador puede configurar libremente el sistema de recursos, estableciendo los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización. (...) no pueden ser fijados arbitrariamente sino que deben responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su existencia (...). (Guash, 2003, p. 171).

Principio de legitimidad: No puede haber impugnación sin interés protegible de la parte impugnante. Al respecto, profesor argentino Osvaldo Gozani señala: “(...) se afirma que la legitimación para interponer recursos incumbe a la parte y no a los terceros cuya situación no encuadra en ninguna de las modalidades de intervención previstas en el Código, salvo que se trate precisamente de la providencia que le niega el carácter de tal, en cuyo caso por su gravitación esencial es susceptible del recurso de apelación”. (Gozani, 2009, p. 22).



Principio de temporalidad: Los recursos, medios a través de los cuales se hace valer el derecho a la impugnación, pero estos no pueden hacerse valer por tiempo ilimitado luego de que se produzca el acto que se alega que causa agravio, ya que de ser así, decae el interés para impugnar. El profesor Adolfo Rivas señala: “Así y como principio, debe concretarse en los plazos marcados por la ley, como ocurre en materia recursiva o incidental; de lo contrario se producirá la caducidad o decaimiento del derecho a recurrir”. (Rivas, 1990, p. 200). Por su parte, el colombiano Hernando DevisEchandía nos dice: “La impugnación debe hacerse valer oportunamente, hasta cierto momento, llegado el cual adquiere firmeza, pues de lo contrario sería imposible concluir un proceso y se pecaría contra la seguridad jurídica”. (Devis, 1997, p. 505).

Principio de agotamiento de impugnación: Cuando se intenta un vía de cuestionamiento y esta se frustra por deserción, desistimiento, declaración de improcedencia, queda cerrada la posibilidad de un nuevo intento en esa misma vía, pero no necesariamente en otra, como podría ser la vía constitucional.

Principio de limitación: El órgano revisor de resolución impugnada no puede ir más allá de los temas planteados por el impugnante, lo que constituye una limitación formal. Según Martín Hurtado Reyes: “(...) implica avocarse sólo a resolver cuestiones propuestas por quien impugna, salvo se trate de temas vinculados a la indefensión o

atentado contra el debido proceso, en los que pueda involucrar temas no vinculados por quien impugna”. (Hurtado, 2010, p. 853).

Principio de prohibición de reformatio in pejus: Este principio prohíbe que la sentencia impugnada ante un tribunal superior, pueda ser modificada en su perjuicio del recurrente, salvo que medie impugnación de la parte contraria. Según el profesor Martín Hurtado Reyes: “la sentencia de grado no puede ser modificada en perjuicio del apelante; no puede serle desconocido o impuesto nada que no le haya reconocido o no la haya impuesto la sentencia impugnada (salvo claro está que haya mediado apelación de la parte contraria y haya solicitado una modificación en ese sentido)”. (Hurtado, 2010, p. 859). Asimismo, Adolfo Rivas señala: “Si bien este principio se vincula de manera habitual con los recursos, pensamos que como en realidad del de congruencia y del dispositivo, es aplicable a todo medio impugnativo. (Rivas, 1990, p. 202).

#### **4.9.5. Efectos.**

Son varios los efectos de la impugnación, sin embargo, ellos no se dan en la misma medida; esto implica que, algunas veces se dan unos, pero no todos ellos. Con relación a los efectos de la impugnación, la doctrina ha señalado como los más relevantes al efecto suspensivo y devolutivo, aunque también se habla de un efecto extensivo.

Efecto Suspensivo: Según Gozani: “El efecto suspensivo genera la inejecución de la sentencia o del acto impugnado hasta que se resuelto el recurso que contra ella se interpone. (Gozani, 1999, p. 49). En palabras de Rivas: “la no efectivización del mandato contenido en el decisorio atacado”. (Rivas, 1990, p. 206). Constituye la aplicación del principio romano “*appellatione dependente nihil innovarum*”. Sin embargo, existen excepciones a esta regla, como la actuación de la sentencia prevista en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, que es una forma de tutela anticipatoria.

Efecto Devolutivo: El profesor uruguayo Enrique Vescovi, lo define como: “(...) el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dictó el acto y, frente a la impugnación, entre la jurisdicción (facultad de juzgar) al superior. Proviene de la época en que, por derivar la facultad de juzgar del emperador y éste la delegaba en los jueces, por lo que al recurrir ante aquel se producía realmente una devolución de dicho poder”. (Vescovi, 1998, p. 55). En sede nacional, el juez superior Martín Hurtado Reyes nos dice que: “(...) toda impugnación abre la competencia para hacer un reexamen de lo decidido y cuando esta nueva evaluación la tiene que hacer una autoridad judicial jerárquicamente superior al que la emitió, entonces se produce el efecto devolutivo, pues la competencia del juez que conoce el principal *se traslada, se transfiere* a otro juez (superior) para que resuelva la impugnación. (Hurtado, 2010, p. 870).

Efecto Extensivo: También es llamado efecto comunicante o de realidad, respecto del cual Osvaldo Gozani nos dice: “(...) consiste en extender a la parte que no recurre los beneficios tomados de quien impugna, por cuanto aquel se encuentra en idéntica situación a la del recurrente”. (Gozani, 1990, p. 50). Es decir, que los beneficios que obtenga el impugnante se extienden a las partes y terceros legitimados que no ha realizado dicha impugnación, pero que se encuentre en la misma situación material que el recurrente, como en el caso del litisconsorcio necesario. Así lo indica Enrique Vescovi: “(...) cabe admitir dicho efecto extensivo cuando la relación sustancial, objeto del proceso, resulta inescindible, en los casos de pluralidad de titulares de ella que han sido partes en el proceso”. (Vescovi, 1988, p. 59).

#### **4.9.6. Fines.**

La impugnación puede tener diversos fines, bien busca la “destrucción” o la “modificación” de la resolución judicial que causa agravio. Asimismo, la impugnación puede tener por finalidad la defensa de intereses privados, como públicos.

Fin rescisorio: Busca destruir la resolución judicial que causa perjuicio a la parte impugnante. Nos dice Martín Hurtado Reyes: “La finalidad de la impugnación en este caso, es, destruir el acto procesal, acabar con él y desaparecerlo del proceso, que deje de producir efectos jurídicos”. (Hurtado, 2010, p. 872).

Fin revocatorio: Con respecto a este fin impugnativo, el autor citado en las líneas anteriores nos dice: “Encontramos también como fin de la impugnación al fin *sustitutivo* o denominado también *revocatorio*, por el cual el impugnante no sólo busca la destrucción del acto procesal, sino que su objetivo (por economía procesal) es que dicha decisión se sustituya por una nueva, es decir, el acto procesal originario (destruido) es sustituido por un nueva acto procesal”. (Hurtado, 2010, p. 872). El recurso de reposición, consagrado en el artículo 355 del Código Procesal Civil, es un claro ejemplo de esta finalidad, por el cual se solicita al mismo juez que emitió.

Protección intereses privados: Aquí la impugnación busca mejorar la situación del impugnante en el proceso, es decir, la parte que se siente agraviada ataca la resolución o sentencia que le es desfavorable a través del recurso respectivo, con la finalidad de lograr su destrucción o modificación, acción que responde a un interés individual, que se aprecia con más apreciable en el recurso de apelación.

Protección intereses públicos: Aquí la impugnación trasciendo a un mero interés individual, como lo sería el cobro de una acreencia, cuando la demanda de obligación de dar suma de dinero es declarada infundada y se interpone apelación. Sin embargo, la protección de intereses públicos se aprecia con claridad en el recurso de casación, o en los procesos constitucionales, como el de inconstitucionalidad.

## 4.10. EL DERECHO A LA COSA JUZGADA.

### 4.10.1. Orígenes de la Cosa Juzgada y su tratamiento en los tratados internacionales de Derechos Humanos.

Por el término “cosa juzgada” se hace referencia a una cualidad especial que tienen las decisiones judiciales; al investigar sus orígenes, nos damos cuenta que como casi todo en el Derecho esta institución nos lleva a la antigua Roma. En efecto, aparece en el proceso formulario romano en el cual la cosa juzgada tenía un fin puramente negativo: impedir el ejercicio de una nueva acción, lo que resultaba imperfecto como mecanismo de seguridad y certeza jurídica. La superación de esta imperfección se da cuando la *exceptio “rei iudicatae”* se transforma y nace no solo cuando se obtiene la sentencia, sino en función del contenido de la misma, de tal manera que el principio puramente negativo se convierte en uno de los pasos de los años en este otro: “Ninguna sentencia puede infringir las disposiciones de una sentencia anterior”, acepción última que se refiere a la cosa juzgada en sentido positivo.

En el proceso formulario, luego de que el demandado se ponía a derecho después de haber sido notificado de la demanda, tenía lo que se denominaba efecto novatorio, que implicaba una suerte de transformación del derecho en discusión, esto es, del derecho material, sobre el cual existía un conflicto de intereses, el que se convertía en un derecho procesal: *actio*. De la

misma forma una vez que el proceso había dado inicio no era posible que se iniciase otro sobre el mismo tema, toda vez que ya no había más derecho sobre el cual discutir, al haberse convertido en una *actio* que estaba siendo conocida en otro proceso.

Analizando los orígenes históricos de la Cosa Juzgada la profesora Ana María Arrarte Arisnabarreta señala que:

(...) una vez que se había dado inicio a un proceso, se afirmaba que existía una “*res in iudicio*” o “cosa en juicio”. Luego de la sentencia, como el derecho material había desaparecido, habiéndose creado un derecho nuevo, no quedaba más opción de que el proceso concluyera de manera definitiva- lo cual era lógico porque ya no existía “cosa” respecto de la cual seguir discutiendo-, por ello se indicaba que un efecto era la “*res iudicata*” o cosa juzgada. Como vemos, en se entonces se trataba de una consecuencia natural ante la imposibilidad jurídica y material de cuestionar. (Arrarte).

Por su parte el profesor Juan Monroy Gálvez, se refiere a este tema señalando que: “Por el efecto novatorio, al producirse esta especie de contrato procesal entre las partes para someterse a la jurisdicción (*litiscontestatio*), los derechos materiales de los litigantes –para decirlo en términos contemporáneos- se extinguían pasando a convertirse en acciones o, si se quiere, en un derecho a la sentencia. Precisamente esta adquisición por parte de la función judicial del conflicto- *res in iudicium deducta*-

determinaba el otro efecto de la *litiscontestatio*, el *consuntivo*. Según este al someterse a las partes a la decisión judicial, no había posibilidad de que se inicie otro proceso sobre el mismo conflicto o derecho. Como se advierte, estamos ante el antecedente histórico de lo que ahora conocemos como *cosa juzgada*. (Monroy, 1996, p. 25). Los romanos justificaron esta postura con razones prácticas de utilidad social. Para que la vida se desenvuelva lo más segura y pacíficamente posible, es necesario asegurar el goce de los bienes de la vida y garantizar el resultado del proceso

A modo de conclusión de este antecedente histórico podemos indicar que en sus inicios se concibió a la cosa juzgada como un efecto de la sentencia. Ello se debió justamente a la concepción del Derecho Romano y a este efecto novatorio de la *litiscontestatio* del que se ha hecho mención. No obstante en la actualidad este criterio ya ha sido claramente superado.

Con respecto al tratamiento de la institución de la cosa juzgada en los tratados internacionales sobre derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14°, inciso 4° el cual establece: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado dos veces por un delito por el cual haya ido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de cada país”; y en el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8°, inciso 4°, denominado Garantías Judiciales consagra: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.



Los antecedentes de la institución de la cosa juzgada en el ámbito nacional a nivel constitucional se remontan a las constituciones de 1821 (artículo 161°), 1834 (artículo 127°), 1839 (artículo 129°), 1856 (artículo 130°), 1860 (artículo 129°), 1867 (artículo 127°), 1920 (artículo 155°) y de 1933 (artículo 228°). Todos ellos establecen “la prohibición de reabrir procesos fenecidos”.

En la Constitución de 1979, artículo 2°, inciso 20° se consagro el derecho a la libertad y seguridad personal, estableciendo en su literal II) que: “La amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos de cosa juzgada”. Además, en el inciso 11° del artículo 233°, denominado garantías de la administración de justicia, estableció como una de ellas: “La prohibición de revivir procesos fenecidos. Nadie puede ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado por sentencia firme”.

#### **4.10.2. La Cosa Juzgada y su regulación actual en la Constitución.**

La actual Constitución Política regula la Cosa Juzgada en los artículos 139°, incisos 2° y 13° como un principio y un derecho de la función jurisdiccional. En el inciso 2° se establece lo siguiente: “La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni

modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno”. Más adelante el inciso 3° del citado artículo establece lo siguiente: “La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.

#### **4.10.3. Concepto, naturaleza y elementos de la Cosa Juzgada.**

La seguridad jurídica es uno de los principales baluartes del estado moderno, aún más es uno de los enunciados elementales del Estado Social de Derecho, aunque su origen data del estado de tipo liberal donde primaba la importancia del sistema procesal por sobre la persona. Bajo el esquema actual, debemos entender a la seguridad jurídica como la idea de certeza sobre el sistema jurídico que rige a determinada sociedad, sistema jurídico expresado en disposiciones normativas, que necesariamente son interpretadas por los entes que administran justicia. Desde la doctrina española, Juan Montero Aroca nos refiere: “El fundamento de la cosa juzgada es pues, la seguridad jurídica y aquella es la fuerza que el ordenamiento jurídico concede al resultado del proceso, es decir, a la sentencia que se dicta al final del mismo. Esa fuerza atiende a un efecto del proceso, efecto que se resuelve en la irrevocabilidad de la decisión final”. (Montero, 1995, p. 364).

La cosa juzgada es una de las herramientas procesales que buscan la consecución de la idea de certeza y convencimiento en el sistema jurídico y puede ser entendida como la inatacabilidad de una sentencia jurisdiccional una vez que ha quedado firme. Esta es una institución jurídica procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras resoluciones, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.

No se trata solo de un efecto de la sentencia sino de una cualidad y un modo de ser y de manifestación de sus efectos. La expresión tiene más de una acepción. *Res iudicata* es, en realidad el *litigio juzgado*, o el litigio después de la decisión. En palabras de Carnelutti citado por Martín Hurtado Reyes es: “el acto y a la vez el efecto de decidir, que realiza el juez en torno al litigio”. (Hurtado, 2010, p. 482).

Los vocablos cosa juzgada provienen del latín *res iudicata* y significan en su acepción corriente lo que ha ido juzgado o resuelto. Procesalmente atañe a las consecuencias o efectos, que es donde reside su esencia, los cuales se contraen a dotar a ciertas resoluciones (autos o sentencias), de una calidad especial que tiende a evitar que entre las mismas partes, por los mismos hechos y sobre una idéntica pretensión se instaure un nuevo proceso judicial.

Las resoluciones judiciales y los procesos que le dieron origen, adquieren la calidad de cosa juzgada cuando el proceso, como un todo, ha terminado por la falta de impugnación oportuna o por el agotamiento de todos los medios impugnatorios y todas las instancias. Dicho de otro modo, las resoluciones consentidas y/o ejecutoriadas adquieren la calidad de cosa juzgada.

La eficacia de la cosa juzgada radica en sus elementos los cuales son los siguientes:

- 1) Inimpugnabilidad: Está vedada la posibilidad de revivir procesos fenecidos.
- 2) Inmutabilidad: Una vez producida la conclusión del proceso no es posible dejar sin efecto la resolución que hubiera adquirido el carácter de cosa juzgada.
- 3) Coercibilidad: Permite a la parte cuyo derecho ha sido objeto de tutela a través de una sentencia favorable, contar con la posibilidad concreta de exigir del obligado el cumplimiento de lo dispuesto en ella.

Siguiendo esta orientación el Artículo 123° del código procesal civil ha establecido que una resolución judicial adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando no proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o las partes renuncian expresamente a interponerlos, o dejan transcurrir los plazos sin formularlos, se le agrega el imperium que es el atributo de la sentencia que emana de un órgano jurisdiccional, cuando ha adquirido carácter definitivo.

El Tribunal Constitucional se ha referido a la cosa juzgada como garantía de la función jurisdiccional manifestando que:

(...)mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó. (STC. N°04587-2004- AA/TC, F.J. N° 38, Caso Santiago Martín Rivas).

#### **4.10.4. La Cosa Juzgada, sus tres identidades y su relación con el NE BIS IN IDEM.**

Para que se determine si un nuevo proceso es idéntico a uno anterior ya fenecido hay que determinar tres identidades, la identidad de partes, identidad de petitorios derivados de las pretensiones procesales y la identidad de interés para obrar.

Habrá identidad de partes cuando una misma persona es parte demandante y una misma persona es parte demandada en los dos procesos, precisándose que la identidad física no necesariamente supone la identidad de los sujetos en el proceso. El demandante y demandado deber ser los mismos en ambas causas, la persona jurídica, es una identidad legal y no física, se trata más bien de una identidad legal de parte, es así, como puede suceder que una misma persona actúe en dos procesos en calidades jurídicas distintas, no produciéndose la identidad legal de personas, o por el contrario, puede suceder que dos personas físicas distintas actúen en dos procesos bajo una misma calidad jurídica, produciéndose en ese caso la identidad legal. Con respecto a este punto el Dr. Jorge Carrión Lugo señala que: “También hay que advertir que para calificar la identidad jurídica de los sujetos debemos examinar la posición jurídica que han adoptado las personas en el proceso; hay que analizar lo que en la doctrina se denomina *legitimatío ad causam*, es decir la titularidad por la cual se ha demandado y contra quien se ha demandado”. (Carrión, 2000, p. 480).

En relación a la identidad de petitorio el autor antes mencionado señala que:

Habrá identidad de petitorio cuando en una primera demanda de petición concreta como elemento constitutivo de la pretensión procesal es la misma que la segunda demanda. Hay que señalar que el petitorio no puede desligarse de su pretensión procesal. Para establecer esta identidad hay que examinar el fundamento inmediato de hecho y de derecho de las pretensiones procesales y

su consecuente petición. Aquí hay que examinar la motivación fáctica y jurídica con la que se plantea la pretensión procesal y su respectivo petitorio en cada demanda. (Carrión, 2000, p. 481).

Finalmente, este autor señala con relación al interés para obrar como elemento integrante de esta triple identidad que:

(...) en cuanto al interés para obrar se requiere para la identificación de los procesos es el mismo que se exige para la procedencia de la demanda conforme al artículo 427°, inciso 2° del CPC. El interés para obrar será el mismo en los procesos cuando se constate que exista la misma necesidad ineludible del titular de la pretensión procesal de acudir al organismo jurisdiccional para exigir el cumplimiento de la pretensión. (Carrión, 2000, p. 482).

Existe una relación intrínseca entre cosa juzgada y ne bis in idem, la cual ya ha sido debidamente desarrollada por el TC que ha expresado lo siguiente:

La eficacia negativa de las resoluciones que pasan con la calidad de cosa juzgada, a su vez, configura lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado el derecho a no ser juzgado 2 veces por el mismo fundamento (ne bis in ídem).

En relación a este derecho, el Tribunal tiene declarado que, si bien el ne bis in ídem no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, sin

embargo, al desprenderse del derecho reconocido en el inciso 2) del artículo 139° de la Constitución (cosa juzgada), se trata de un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. (STC. N°04587-2004- AA/TC, F.J. N° 46, Caso Santiago Martín Rivas).

#### **4.10.5. Cosa Juzgada Formal y la Cosa Juzgada Material.**

La doctrina ha desarrollado dos tipos o modalidades de cosa juzgada, la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material. Cuando nos referimos a la cosa juzgada formal hablamos de una resolución, auto o sentencia, firme emitida dentro de un proceso. Cuando hablamos de la firmeza de una resolución, estamos hablando definitivamente firme desde el punto de vista formal. Formal en el sentido de que no puede ser objeto de un nuevo pronunciamiento que lo contradiga dentro del mismo proceso. En el caso de los juicios de interdicción, en los cuales la persona es declarada interdicta, es decir; incapaz de realizar ciertos actos de disposición y de administración de sus bienes, por incapacidad mental, esas sentencias son de índole formal, no material. ¿Por qué formal? porque esta sentencia, juicio o proceso, puede ser objeto de un nuevo litigio, o que convalide esta sentencia anterior, o definitivamente la anule. ¿Pero esto por qué? Porque este nuevo proceso, la parte interesada, es decir; el interdicto va a demostrar que la incapacidad no existe. Y al no existir la incapacidad, el Juez debe fallar restituyéndole todas las facultades, tanto jurídicas como administrativas. Por esta razón se les denomina sentencias de índole formal, porque aceptan revisión a futuro, que puede modificar la anterior o puede crear una nueva situación.



Respecto a esta figura el profesor Juan Montero Aroca nos dice que:

“(…) la cosa juzgada formal a la calidad de inimpugnable que alcanza a una resolución judicial dentro del proceso en que se dicta, si bien a esa calidad en nuestro derecho positivo se denomina firmeza, palabra mucho más expresiva y menos llamada equívocos”. (Montero, 1995, p. 364). Asimismo, en doctrina nacional, Reynaldo Mario TantaleanOdar señala: : “La cosa juzgada formal se presentaría cuando, pese a que no caben ya contra ella medios impugnatorios en el mismo proceso en que se dictó, su eficacia es meramente transitoria porque la misma cuestión jurídica debatida puede ser nuevamente sometida a otro proceso”. (Tantalean). Por su parte, Karla Vilela Carbajal indica: “(…) puede concluirse que la cosa juzgada formal puede ser definida como la imposibilidad de que una cierta decisión procesal sea recurrida: el cierre de los recursos contra la misma. (Vilela, 2010, p. 312).

En cambio cuando hablamos de cosa juzgada material nos estamos refiriendo a aquella que implica la inatacabilidad de un resultado procesal mediante el inicio de un nuevo juicio, al cerrarse toda posibilidad de que se emita una decisión que se contradiga o se oponga a lo antes dictado. Sus efectos se producen en el proceso en que se dictó la sentencia y en otros futuros, por lo que se considera estable y permanente (porque es eficaz dentro y fuera del respectivo proceso). Asimismo, el profesor español Juan Montero Aroca nos dice:

La cosa juzgada material, la verdadera cosa juzgada, no la producen todas las resoluciones jurisdiccionales, sino, en principio, únicamente las sentencias sobre el fondo la cosa juzgada parte de la irrevocabilidad de que ostenta la decisión contenida en la sentencia y supone la vinculación, en otro proceso, de lo decidido en la sentencia, es decir, a la declaración de la existencia o inexistencia del efecto jurídico pretendido. (Montero, 1995, p.p. 367-368).

Respecto a la cosa juzgada material, en sede nacional, Reynaldo Mario TantaleanOdar nos dice: “En cambio, la cosa juzgada material o sustancial, por el contrario, sería la autoridad que asume la sentencia judicial cuando reúne no sólo el carácter de inimpugnable en el mismo proceso, sino que, además, a ello, se agrega el carácter inmutable o inmodificable. Es la cosa juzgada propiamente dicha. (Tantalean). A su vez, Karla Vilela Carbajal señala: “La cosa juzgada material significa la normativa del contenido de la sentencia, es decir, la afirmación de la existencia o inexistencia de la consecuencia jurídica pretendida por las partes, y expresada en ella, para todo procedimiento en que cuestione la misma consecuencia jurídica”. (Vilela, 2010, p. 315).

#### **4.10.6. Límites a la Cosa Juzgada.**

Los límites de esta institución se clasifican en objetivo y subjetivo, no siendo más que un contrapunteo doctrinal que en el fondo, sirve para aclarar algunas cosas sobre lo que es la cosa juzgada. En relación a estos límites el profesor Juan Monroy Palacios ha señalado lo siguiente:

El primero constituye la parte de la sentencia que deviene en inmodificable. Nos explicamos. Es sabido que la sentencia tiene una parte descriptiva, otra considerativa y finalmente una decisoria, pues bien será inmutable solo la parte decisoria, es decir, aquella que se pronuncia y otorga un juicio de valor sobre la materia en conflicto. Antiguamente se pensaba que los considerandos también estaban afectados por la autoridad de cosa juzgada, pero ello se comprobó erróneo ya que se observó que sólo constituyen elementos que coadyuvan a la formación del fallo definitivo y que por tanto no deben confundirse con éste.

El límite subjetivo de la cosa juzgada es el que determina a aquellos sujetos de derecho que se encuentran afectados por la sentencia y su carácter inmutable. En esta medida, se tiene en cuenta el principio de que la sentencia sólo se referirá a quienes se hayan constituido como parte. Sin embargo puede ocurrir, y de hecho ocurre muy seguido, que los fallos afecten a terceros. Estos últimos no podrán intervenir en el proceso para

defenderlos a menos que no muestren un interés jurídicamente relevante. Por ello, la importancia de regular la intervención de terceros radica en la necesidad de proteger a todos los que de alguna manera puedan ver afectado su interés sin tener oportunidad de ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional. (Monroy Palacios, 1998, p. 119).

Por su parte la Dra. Ana María Arrarte Arisnabarreta considera que la hablarse de límites subjetivos se hace referencia: “(...) **a quienes alcanzan los efectos de la decisión que adquirió la autoridad de cosa juzgada**, en especial que influencia puede tener frente a terceros” (Arrarte). También nos dice respecto a los límites objetivos lo siguiente: La referencia a los límites objetivos de la autoridad de cosa juzgada tiene relación directa con dos aspectos: a) Que temas adquieren la autoridad de cosa juzgada en un proceso judicial, esto es, refiriéndonos al conflicto de intereses o incertidumbre jurídica que es materia de decisión por el Órgano Jurisdiccional, y, b) Que, partes de la sentencia tienen dicha autoridad, es decir, si la cosa juzgada recae sobre el íntegro de la resolución que pone fin al proceso, lo que incluye los considerandos o motivaciones que dieron lugar a la parte resolutive, o únicamente al fallo. (Arrarte).

#### **4.10.7. La autoridad y los efectos de la Cosa Juzgada.**

Sobre la autoridad de la cosa juzgada, el profesor Juan Monroy Palacios, ha sostenido:

La **autoridad de la cosa juzgada** cuyo origen es producto de una opción política constituye una de las cualidades que conforman la naturaleza de la sentencia. No la confundamos, como nos enseña Liebman con los efectos, sino por el contrario, ubiquémosla como un elemento de la estructura interna de dicha resolución. Por eso es que no existe sentencia que no esté encaminada a obtener la autoridad de cosa juzgada. Esta cuestión es de vital importancia, pues sobre la base de ella se hace posible entender la problemática de la NCJF. La cosa juzgada no siempre gozó de la fortaleza con la que estamos acostumbrados a conocerla. (...) Para precisar la información, preferimos afirmar que con la con la sentencia se sobreentiende la existencia de la autoridad de la cosa juzgada en lugar de decir que la sentencia tiene **efecto de cosa juzgada**, ya que dichos efectos son elementos accesorios que pueden variar. Contrario a ello, la cosa juzgada sugiere una inmutabilidad del derecho declarado al caso concreto, sus efectos sobre las circunstancias pueden devenir en inútiles e ineficaces, pero la cosa juzgada es permanente. (Monroy Palacios, 1998, p. 129).

Respecto a los efectos de la cosa juzgada, la profesora Ana María Arrarte Arisnabarreta, los explica de forma muy didáctica, señalando: “a) Efecto negativo: Este efecto implica la imposibilidad de dar inicio válido a un

nuevo proceso entre las mismas partes y sobre la misma pretensión, es decir se limita al *principio non bis in ídem*". Más adelante, señala: "b) Efecto negativo: Cabe mencionar que en nuestra opinión, un juez debe tomar en cuenta lo dispuesto en la sentencia anterior al momento de resolver el nuevo proceso, de oficio, es decir, con prescindencia de la actividad realizada por las partes en ese sentido". (Arrarte).

#### **4.10.8. La llamada Cosa Juzgada Constitucional.**

Nuestro Tribunal Constitucional, en una histórica sentencia recaída en el Exp. N° 006-2006-PC/TC en el marco de la demanda de conflicto de competencias interpuesta por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) contra el Poder Judicial, en relación con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas. En esta demanda lo que pedía el MINCETUR era que el TC determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables –a través de medidas cautelares en procesos de amparo- normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya inconstitucionalidad había sido ratificada por el TC en reiterados pronunciamientos. También pedían los demandantes, se declare la nulidad de las resoluciones judiciales dictadas que contravienen dichos pronunciamientos.

El MINCETUR sostuvo que el Poder Judicial a través de sus diferentes instancias, estaba adoptando decisiones que afectaban las esferas de las

competencias y atribuciones del Poder Ejecutivo, específicamente del MINCETUR.

Por su parte, el demandado (El Poder Judicial) afirmaba que no había adoptado decisiones que lesionen las atribuciones del MINCETUR, que su actuación fue la de dar solución a un conflicto intersubjetivo suscitado en cada caso particular, donde el MINCETUR salió desfavorecido, lo cual en modo alguno puede afectar sus competencias y atribuciones.

Sobre el particular, la sentencia señala que frente a la fuerza vinculante de los fallos dictados -sea a través de precedentes constitucionales y/o doctrina jurisprudencial -, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía y a la independencia que la Constitución les reconoce, porque si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía. Asimismo, indica con firmeza que autonomía no es autarquía. Y es que, en un Estado Constitucional Democrático, los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella, tal como lo ha señalado en su fundamento jurídico 44.

Según el Tribunal Constitucional, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta.

Es también importante recordar, que la independencia, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos, ello lo ha plasmado en su fundamento jurídico 45.

Muy relacionado al punto anterior, otro tema que la sentencia desarrolla, es el relacionado con el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional. Como podemos apreciar, las sentencias de dicho organismo constitucional no son sólo resoluciones que ponen fin a una controversia constitucional -es decir, con efectos solo entre las partes-, sino son también fuente de Derecho, al constituir la jurisprudencia constitucional interpretación de la Constitución hecha su Supremo Intérprete; ello ha sido plasmado en su fundamento jurídico 61.

Para concluir, el tribunal ha desarrollado el concepto de la “la cosa juzgada constitucional” al amparo del artículo 139º, inciso 2, la que se configura como: “aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales”, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado éste de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente, ello ha sido referido en su fundamento jurídico 70.



La consecuencia práctica derivó en que las resoluciones judiciales que se dictaron contraviniendo la interpretación jurídica de este Colegiado y los efectos normativos de la sentencia 009-2001-AI/TC y del precedente vinculante sentado a través de la sentencia 4227-2005-AA/TC, nunca adquirieron la calidad de cosa juzgada constitucional y, por ende, no puede afirmarse que su nulidad constituya una afectación de la garantía de la cosa juzgada y del derecho fundamental al debido proceso, ambos principios reconocidos en el artículo 138°, incisos 2° y 3° de la Constitución, respectivamente, con ello el TC justifica la decisión que adopta en su fundamento jurídico 71.

Este fallo ha sido histórico por varias razones, en primer lugar, porque puso fin al problema del uso abusivo de procesos constitucionales de amparo, interpuestos por los dueños de casinos y tragamonedas, con el objeto de desarrollar sus actividades a pesar de no contar con la autorización de funcionamiento del MINCETUR.

Sin embargo, consideramos no se ha creado ninguna nueva institución jurídica; y que la cosa juzgada ya cuenta con estas características, solo que muchas veces son olvidadas por los magistrados, los abogados y la comunidad en general (poderes públicos y particulares), no haciéndose cumplir con lo que se ordena en una resolución judicial por ignorancia, negligencia, ocio o falta de autoridad por parte del magistrado, pero no por insuficiencia de la cosa juzgada para exigir su cumplimiento. De dar por cierto que el Supremo Interprete de la Constitución ha creado una nueva clase de

cosa juzgada, estaríamos hablando de una cosa juzgada de segundo nivel para cada tipo de proceso tanto civil, penal, laboral, administrativo, etc; interpretación que sí socavaría gravemente los cimientos de dicha institución. Por tal motivo coincidimos con la doctora Cynthia Vila Ormeño cuando manifiesta que:

Evidentemente, no tendrá la calidad de cosa juzgada aquellas resoluciones que se emitan en contra de lo que dispone el ordenamiento jurídico (también la Constitución y la jurisprudencia constitucional), cuyo remedio ha sido previsto por figuras como la nulidad de cosa juzgada fraudulenta en el proceso civil. (...) Finalmente, consideramos que no existe realmente una cosa juzgada constitucional distinta a la otra, solo falta insertar en la mentalidad jurídica una obligación olvidada o desconocida que debe cumplir toda la judicatura al momento de emitir una resolución judicial para que goce verdaderamente de firmeza: el respeto a las disposiciones y normas constitucionales y a la interpretación que haga de ellas el TC. (Vila, 2009, p. 74).

#### **4.10.9. La Cosa Juzgada en materia de filiación extramatrimonial.**

En la sentencia recaída en el Expediente N° 00550-2008-PA/TC, caso René Quenta Calderón, en dicho proceso el actor manifestó que había logrado vencer en tres instancias el proceso de declaración de paternidad que se le instauró, imputándosele la paternidad de un menor de edad. En tal sentido, se

le entabló un nuevo proceso, a lo cual dedujo excepción de cosa juzgada. Allí el Tribunal Constitucional tuvo que ponderar entre el derecho a la cosa juzgada y el derecho a la identidad del menor de edad, haciendo un deslinde entre ambos derechos teniendo como parámetro el interés superior del niño. Así el Colegiado Constitucional argumentó:

Ningún esquema constitucional donde se reconoce la justicia como valor esencial y se le rodea de garantías de seguridad puede, a la vez de proclamarse legítimo, operar en forma contraria a los mismos derechos que pretende proteger. Ello significaría que una parte de la Constitución quedaría invalidado so pretexto de otra, lo que resultaría no solo paradójico sino abiertamente irrazonable e irracional. En dicho contexto, considera este Colegiado que, aun cuando la cosa juzgada es importante, esta institución no puede superponerse al *derecho a la identidad*, por lo que en el presente caso debe ampararse la pretensión de quien exige conocer a su progenitor, así como, de ser el caso, de conservar su apellido.(STC. N°00550-2008- AA/TC, F.J. N° 18, Caso René Quenta Calderón).

En el caso citado se tuvo en cuenta que, en los procesos de filiación previos, no estaba vigente la Ley N° 27048, que posibilitaba la prueba ADN. Y más bien, cuando se le demandó nuevamente ésta si se encontraba vigente, solicitándose la actuación de la mencionada prueba genética.

En el Expediente N° 00227-2011-PA/TC, caso Renzo Fabrizzio Mariani Secada, el demandado en el proceso de filiación extramatrimonial interpuso demanda de amparo por vulneración del debido proceso y al derecho a probar, contra la resolución del juez ordinario que ordenó la de oficio la actuación de la prueba de ADN. La demanda de amparo fue declarada infundada, señalando:

Este Colegiado considera que la prueba de ADN, como tal, es pertinente e indispensable para resolver la pretensión de declaración judicial de paternidad y, más aún, para resolver los puntos controvertidos fijados en el proceso judicial. De esta manera, se evidencia que la prueba de ADN cumple, pues, el requisito de pertinencia respecto a lo que constituye el objeto del proceso de declaración de paternidad, por lo que atendiendo a la especial consideración del caso (...). (STC. N°00227-2011- AA/TC, F.J. N° 4, Caso Renzo Fabrizzio Mariani Secada).

Más adelante, el Supremo Interprete de la Constitución señala la relación estrecha entre derecho a la identidad y prueba de ADN:

(...) éste que encuentra concretización y operatividad judicial en la actuación –de parte o de oficio– de la prueba de ADN; razón por la cual la actuación de esta prueba no puede estar circunscrita o limitada en su uso a un único y específico proceso judicial (como alega el recurrente), sino que, por el contrario, su actuación

corresponderá ser ordenada en todo tipo de proceso judicial cuando esté de por medio el derecho a la identidad de las personas (declaración judicial de paternidad), pues el ordenamiento procesal preconiza un sistema abierto de pruebas (típicos y atípicos), los cuales tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones (artículo 188° del Código Procesal Civil). Por ello, resultaría un despropósito, y constituiría un acto vulneratorio del derecho a la prueba, restringir el uso de ciertos medios de prueba, como, por ejemplo, el de ADN a un solo proceso judicial, y excluir la posibilidad de su uso en otros procesos judiciales, aun a sabiendas de la pertinencia, idoneidad, utilidad y licitud para resolver la pretensión demandada. Y es que en el ordenamiento procesal la competencia judicial por la materia viene establecida por las pretensiones que se plantean en la demanda, y no por la cualidad de los medios probatorios que se ofrecen en ella. De modo tal que, en el caso de autos, la orden de actuación de la prueba de ADN no vulnera derecho constitucional alguno (...).(STC. N°00227-2011- AA/TC, F.J. N° 5, Caso Renzo Fabrizio Mariani Secada).

En otra sentencia recaída en el Expediente N° 01179-2011-PA/TC, caso Edwin Calla Tinajeros, el demandante haberse declarado fundada su pretensión de exclusión de nombre y negación de partida de nacimiento, en

un proceso anterior; por lo que al habersele declarado padre de en un proceso de filiación extramatrimonial se vulneró su derecho a la cosa juzgada. El Tribunal señaló acertadamente:

no existe la triple identidad requerida para acreditarse la afectación del derecho a la cosa juzgada, puesto que en el primer proceso sobre **exclusión de nombre y negación de paternidad**, la norma cuyo cumplimiento se invocaba era la señalada en el artículo 28° del Código Civil referida a la *usurpación de nombre*, lo cual fue acreditado, pues no se verificó declaración alguna de reconocimiento por parte del recurrente en la partida de nacimiento de la menor, declarándose fundada la demanda de exclusión de nombre y consecuentemente la negación de la paternidad, sin meritarse alguna otra prueba adicional. Sin embargo en el proceso sobre **filiación judicial de paternidad extramatrimonial**, las causas determinadas para promover dicha acción se encuentran contenidas en los supuestos previstos en la Ley 27048, donde a diferencia del proceso anterior la ley prevé la posibilidad de la realización de una prueba contundente e irrefutable como es el ADN, la cual efectivamente condujo a la acreditación del vínculo parental de la menor, cuestión probatoria inexistente en el primer proceso, verificándose de este modo que los petitorios y hechos en ambos casos son distintos. Es lógico, y obvio, concluir entonces que la sentencia del primer proceso no ha resuelto la pretensión planteada en el posterior proceso. (STC. N° 01179-2011-PA/TC, caso Edwin Calla Tinajeros, fundamento 4).

Analizadas las tres sentencias constitucionales antes señaladas, se observa claramente un razonamiento uniforme del Tribunal Constitucional, el cual no ha sido explícito, pero que se deduce de cada una de las situaciones resueltas en los tres casos, lo siguiente: **“Para que exista cosa juzgada (material) en materia de filiación extramatrimonial, debe haberse practicado la prueba de ADN, que confirme o descarte la paternidad que se atribuye”**; sin embargo, cabe precisar que dicha argumentación siempre estuvo destinada a proteger el derecho a la identidad del niño y del adolescente. Todos los demás argumentos esgrimidos por los demandados, referidos a la inmutabilidad de la cosa juzgada recaída en los procesos anteriores, caen saco roto porque en dichos procesos no se practicó la prueba genética.

Por otro lado, pese a tratarse otra rama del derecho, tal como lo advertimos en nuestro proyecto de tesis, resulta importante señalar que la jurisdicción penal ha establecido como precedente vinculante la Casación N° 242-2014- ANCASH, la obligatoriedad de la prueba del ADN cuando fruto del delito de violación sexual que se atribuye se hayan procreado hijos. Más recientemente, en la Revisión de sentencia NCPP N.° 312-2015 Lambayeque, la Primera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República ha absuelto a un condenado por el delito de violación sexual, al haberse acreditado mediante una nueva prueba de ADN que no es el padre de la criatura procreada a consecuencia del delito de violación sexual.

Ya en el plano local consideramos sumamente relevante la Resolución N° 14 de fecha 22 de agosto de 2016. Recaída en el Expediente N° 01249-2015-01302-JP-FC-01, emitida por el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaral sobre filiación extramatrimonial, el demandado alegó que existía cosa juzgada y que carecía de objeto que se someta a la prueba de ADN, dado que previamente fue denunciado penalmente por el delito de violación sexual, fruto del cual habría nacido en menor de edad del cual se atribuye su paternidad; proceso penal en el que fue absuelto porque al realizársele la prueba genética, ésta descartó el vínculo filial con el niño fruto de la presunta violación sexual.

El demandado alegó la cosa juzgada fuera del plazo de ley exigido para oponerse a la prueba de ADN (único medio probatorio admitido), remitiéndose al mérito de la respectiva carpeta fiscal y expediente judicial (los cuales adjuntó parcialmente), razón por la cual se declaró infundada la oposición y se declaró la paternidad. Asimismo, argumenta, en su fundamento 18, citando a la magistrada del Tribunal Constitucional Marianella Ledesma Narváez que: “no importa de qué materia provenga la prueba, importa que la prueba haya sido públicamente contradicha y formalmente practicada. En el presente caso el demandado se limitó a aludirla, presentándola de forma extemporánea y sin acreditar que dicho medio probatorio haya pasado por principio de contradicción por otra prueba de igual o similar naturaleza”.



En el razonamiento del magistrado del citado juzgado, en posición que compartimos, no basta una sentencia absolutoria por violación sexual para descartar la paternidad que se atribuye, ya que ésta, no es en sí la prueba determinante, sino la prueba genética, la cual para trasladarse su valor probatorio debe realizarse con todas las garantías del caso. En nuestra opinión, el argumento del demandado hubiera prosperado si hubiera deducido excepción dentro del término de ley, así como si hubiera ofrecido copia certificada del expediente judicial o carpeta fiscal, en el que obre el acta de toma de muestras y las respectivas notificaciones a las partes.

Asimismo, estamos de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en las tres sentencias mencionadas, ya que no podía predicarse cosa juzgada material respecto de ellas; sin embargo, ello nos lleva a concluir que tampoco tienen esta condición las sentencias recaídas en procesos de filiación extramatrimonial en los que la declaratoria judicial de paternidad se ha dado en ausencia de la prueba de ADN, constituyendo nada más una cosa juzgada formal; y pudiendo ser atacadas en un proceso posterior, de evidenciarse la ausencia del vínculo filial. Por lo que coincidimos con Jordi Nieva Fenoll, profesor de la Universidad de Barcelona, cuando señala:

(...) el concepto de juzgada queda libre de estructuras teorizantes, y se nos presenta a nosotros como algo que tiene muy poco de mítico. Cuando un juez ha fallado sobre un asunto concreto, nadie más debe fallar después, ni siquiera él mismo, en ninguna circunstancia, salvo

que se produzcan gravísimas circunstancias que las legislaciones **suelen** recoger como motivos de revisión de una sentencia, o de oposición de tercero. Esa es la única realidad que deberían de recoger las leyes como punto básico de partida. (Nieva, 2016, pp. 119 y 120).

En conclusión, siendo coherentes con la jurisprudencia constitucional (e incluso penal) citada, y utilizando un argumento *a pari*, “donde hay igual razón hay igual derecho”, consideramos que **las sentencias recaídas en los procesos de filiación extramatrimonial en las que no se logrado realizar la prueba de ADN, no constituyen en sí cosa juzgada material, sino tan solo formal, pudiendo ser cuestionada en un proceso posterior por el declarado hijo biológico, sin serlo, pero también por el declarado padre, sin serlo, pero la solución a dicha controversia no puede darse sin ponderar los derechos fundamentales en conflicto.** En tal sentido, pasaremos a analizar si el ordenamiento jurídico otorga un proceso idóneo para dilucidar un conflicto de esta naturaleza.

## **CAPÍTULO V**

### **INSTRUMENTOS DE TUTELA PROCESAL QUE OTORGA EL ORDENAMIENTO JURÍDICA PARA IMPUGNAR UNA SENTENCIA FIRME QUE DECLARA LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL, QUE NO SE CONDICE CON LA VERDAD BIOLÓGICA**

#### **5.1. EL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES.**

El primer párrafo del artículo 4° del Código Procesal Constitucional establece: “El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo”.

Haciendo un poco de historia sobre el amparo contra resoluciones judiciales, diremos que, en una primera etapa, la Constitución de 1979, en su artículo 295, estableció que el proceso de amparo procedía contra cualquier autoridad, funcionario o persona. Con arreglo a dicha normativa constitucional, fue dictada la Ley N° 23506, en la cual se estableció que, en este tipo de amparos, solo se permitiría la evaluar el derecho al debido proceso.

En una segunda etapa, ya con la Constitución de 1993, la norma constitucional fue mucho más clara y expresa, estableciendo en el artículo

200, inciso 2 que el amparo no procedía contra resoluciones judiciales “emanadas de procedimiento irregular”. Ello generó que no se varié mucho respecto de la anterior Constitución, ya que por el término “procedimiento regular” se entendió debido proceso formal.

Finalmente, el Código Procesal Constitucional habilitó el amparo contra resoluciones judiciales solo cuando estas afecten la tutela procesal efectiva, “que comprende el acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales”.

Existen dos sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional que, en su momento, reconfiguraron el esquema legislativo sobre la materia, realizando una lectura del señalado artículo 4°, a partir de la Constitución. Dichos pronunciamientos son la STC Exp. N° 01209-2006-PA/TC (caso Ambev) y la STC Exp. N° 03179-2004-PA/TC (caso Apolonia Ccollca). El primero de ellos, de forma experimental, avanzó en la definición de un amparo contra resoluciones judiciales en defensa del “debido proceso sustantivo”, para lo cual establecía un canon de razonabilidad. En el segundo momento, el cambio fue más drástico, cuando afirmó que el amparo contra resolución judicial procedía contra la vulneración de cualquier derecho constitucional.

#### **5.1.1. Diversas tesis en torno a la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales.**

En la doctrina hay diversas posiciones en torno a la procedencia o improcedencia del amparo contra resoluciones judiciales. En tal

sentido, un sector doctrinario postula la tesis permisiva, la cual acepta el cuestionamiento de una resolución judicial a través del proceso constitucional de amparo, ello con la finalidad de garantizar la vigencia del orden constitucional y el respeto de los derechos fundamentales.

Esta tesis presenta las siguientes variantes:

- a) Tesis permisiva amplia: Según Carlos Mesía Ramírez refiriéndose a esta tesis: “(...) se pueden invocar amparos contra todo tipo de resoluciones judiciales siempre que su expedición haya estado sujeta a la violación o amenaza de un derecho constitucional”. (Mesía, 2012, p. 26). Por su parte, José Miguel Rojas Bernal, refiriéndose a la sentencia recaída en el caso Apolonia Ccollcca, señala respecto a esta tesis a la que denomina “fuerte”: “sería más rotundo, procedía en defensa de “todos los derechos fundamentales”. Con lo cual la tesis permisiva fuerte, que no fue acogida por el legislador, lo fue a través de la sentencia de Tribunal Constitucional”. (Rojas, 2012, p. 202).

- a) Tesis permisiva moderada: En relación a esta tesis, el profesor Carlos Mesía Ramírez señala que procede una demanda de amparo contra resoluciones judiciales:

“(...) cuando está en juego la violación de los derechos a la tutela judicial y al debido proceso, y solo si el agraviado no ha dejado consentir la resolución judicial que lo lesiona, que siempre debe ser la última, ya que hay que agotar todos los

medios impugnatorios al interior de un proceso judicial ordinario, sea civil, laboral, penal, administrativo, tributario, etc. (Mesía, 2012. P. 26). Asimismo, José Miguel Rojas Bernal refiere que el legislador plasmó en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional la denominado “tesis débil”, al habilitar el amparo contra resoluciones judiciales solo cuando estas afectan la tutela procesal efectiva, “que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso”. (Rojas, 2012, p. 202).

Inicialmente, el Tribunal Constitucional acogió la tesis permisiva moderada, acogida expresamente por el legislador, la cual permitía la interposición de un proceso de amparo contra resoluciones judiciales solo respecto de derechos de naturaleza procesal, posteriormente, varió su postura a una tesis permisiva amplia. Al respecto, el profesor Luis Sáenz Dávalos nos señala:

En la sentencia recaída en el Expediente N° 3179-2004-AA/TC, el supremo intérprete de la Constitución se sustentó en la característica de vinculatoriedad absoluta que ofrece la norma fundamental para abogar en pro de una tesis permisiva amplia. A su entender, como la totalidad de los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, siendo el Poder Judicial uno de los mismos, no existe razón jurídica ni menos constitucional que condicione la procedencia de los amparos contra resoluciones judiciales a los supuestos que estos vulneren derechos

estrictamente procesales. Por consiguiente, y si todos los derechos fundamentales vinculan a los jueces, la eventual lesión de cualquiera de ellos legitima el régimen del amparo como mecanismo protector. (Sáenz, 2008, p. 66).

Por su parte, el profesor Luis Castillo Córdova señala que las razones que sustentaron el cambio de criterio por parte del Tribunal Constitucional son: 1) El modelo constitucional del proceso de amparo, el cual procede para asegurar la protección de todos los derechos fundamentales, salvo el habeas corpus y el habeas data; y, 2) la eficacia vertical de los derechos fundamentales, los cuales no solo vinculan en su vertiente procesal, sino también material. (Castillo, 2006, p. 5).

#### **5.1.2. Contenido constitucionalmente protegido en el amparo contra resoluciones judiciales.**

Respecto al fundamento constitucional del amparo contra resoluciones judiciales, nos resulta interesante el esbozado por la magistrada Katherine Onofre Enero ha señalado:

El control constitucional de las resoluciones judiciales se fundamenta en el principio de interdicción de o prohibición de la arbitrariedad, ya que en un Estado Constitucional de derecho no existen ni pueden auspiciarse zonas exentas de control constitucional; por lo que constituye deber primordial del Estado peruano prohibir cualquier forma de arbitrariedad con la finalidad

de garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política del Perú. (Onofre, 2012, p. 202).

Nosotros consideramos que el amparo contra resolución judicial procede frente a la vulneración del derecho al debido proceso en todas y cada una de sus manifestaciones, tanto procesal como sustantiva, es decir, en un sentido de justicia material. El derecho al debido proceso constituye un derecho fundamental continente el cual lleva contenido a otros derechos fundamentales, las de carácter procesal ha sido plasmada de forma enunciativa en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional; sin embargo, consideramos que el derecho a una resolución fundada en derecho tiene un contenido más material que procesal, porque se refiere a la justicia misma de la decisión, y para que ello se logre ésta debe guardar coherencia no nada más con el caso en concreto visto de forma aislada, sino también con demás los derechos fundamentales, principios y valores previstos en la Norma Suprema.

A efectos de lograr que una decisión auténticamente justa, es decir, en congruencia con los principios, derecho y valores consagrados en la Constitución, dicha decisión debe darse respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Esta posición también es compartida por el asesor del Tribunal Constitucional Berly Javier López Flores, quien, analizando este tema, ha señalado: "(...) con relación al debido proceso sustantivo se deberá aplicar el principio de proporcionalidad



para evaluar la constitucionalidad de la decisión cuando se alegue la vulneración de un derecho fundamental, que no sea de orden procesal. Asimismo, se aplicará el principio de razonabilidad para descubrir la arbitrariedad de una resolución judicial, y por último el principio de decisión justa. (López, 2013, p. 33).

Finalmente, expresamos nuestra coincidencia con la posición asumida por el Tribunal Constitucional, al considerar que la misma se realiza de una lectura texto constitucional desde el principio de unidad de la Constitución, la cual no nada más se conforma de derechos fundamentales de naturaleza procesal, sino también material. Dicha opción interpretativa optimiza y tutela de mejor manera los derechos fundamentales, además, de que consideramos que haciendo una lectura más minuciosa del artículo 4° del Código Procesal Constitucional, advertiremos que la tutela procesal efectiva también comprende el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, desde el cual también puede ingresarse a tutelar los derechos fundamentales de naturaleza material.

### **5.1.3. La inexistencia de una vía igualmente satisfactoria.**

En un inicio, durante la vigencia de la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, el Perú optó por un sistema alternativo respecto al proceso de amparo, lo cual estuvo vigente desde 1982 hasta el año 2004, cuando el Código Procesal Constitucional trajo consigo la subsidiaridad o residualidad del proceso de amparo, situación que también resulta

aplicable al amparo contra resoluciones judiciales. En tal sentido, el artículo 5, inciso 2 del citado Código estableció que no procede el amparo cuando existan vías igualmente satisfactorias, para la tutela del derecho fundamental vulnerado o amenazado. Ello se debió fundamentalmente al abuso que se suscitó a consecuencia de la alternatividad del proceso de amparo, situación que fue utilizada por los litigantes para amparizar cualquier tipo de controversia, incluso aquella que careciera de un real sustento constitucional, o simplemente cuando se perdía el litigio en la vía ordinaria, hecho al que el legislador debía poner coto. En tal sentido, coincidimos con Gerardo Eto Cruz cuando señala: “(...) la opción asumida por el Código a favor de carácter residual del proceso de amparo es una medida necesaria, a fin de hacer frente al problema de la desnaturalización de este proceso en el país”. (Eto, 2013, p. 163).

Respecto a la existencia de una vía igualmente satisfactoria el profesor Luis Castillo Córdova, ya desde el año 2006 nos dijo:

(...) lo *igualmente satisfactorio* se define tanto desde un punto de vista material, es decir, atendiendo al objeto de protección (la *igual* protección del derecho constitucional que se obtendría a través del amparo), como desde un punto de vista formal, es decir, atendiendo al mecanismo procesal previsto para lograr el objeto de protección (la previsión de un proceso que asegure *igual* protección). De la combinación de ambos criterios, el formal y el material, pueden concluirse algunos criterios que permitan definir a

una vía específica como igualmente satisfactoria (...). (Castillo, 2006, p. 293).

El Tribunal Constitucional, en el caso “Elgo Ríos Núñez”, STC eXP. N° 02383-2013-PA/TC, ha emitido un precedente que tiene con el objetivo responder a una pregunta que durante mucho tiempo se planteó la doctrina nacional, sin que se encuentre una respuesta definitiva: ¿Cuándo se está frente a una vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo? El objetivo fue ambicioso, y para afrontarlo el Alto Tribunal diseñó un análisis de la pertinencia de la vía constitucional.

Anteriormente, el Tribunal Constitucional había aludido al tema de la residualidad del proceso de amparo, en materia laboral, a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 00206-2005-PA/TC, caso “César Baylón Flores”, en el cual se fijaron reglas para que los litigantes puedan acceder a una tutela idónea, de acuerdo a los fines que buscaban por medio del proceso, el análisis de procedencia pasó por alto que debía entenderse por una “vía igualmente satisfactoria”, siendo recién en la sentencia recaída en el caso “Elgo Ríos Nuñez” donde comienza dilucidarse su implicancia.

En la referida sentencia se sostiene que existen dos perspectivas para determinar cuándo una vía puede considerarse igualmente satisfactoria: la primera objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha y la segunda, subjetiva, relacionada con el examen de afectación del derecho invocado. Desde la perspectiva objetiva, corresponde tomar en cuenta: 1)

Si la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho fundamental, si resulta célere y si cuenta con la posibilidad de solicitar medidas cautelares; y, 2) que la protección que se pueda alcanzar por dicha vía resulte idónea, es decir, de la misma naturaleza a la que alcanzaría en un proceso de amparo. Y desde la perspectiva subjetiva corresponde evaluar si: 1) El trámite de la vía ordinaria no presenta riesgo de que se produzca la sustracción de la materia por irreparabilidad; y, 2) la no existencia de una afectación iusfundamental de especial gravedad. Solo cuando las mencionadas condiciones se presenten en forma copulativa se podrá decir que la vía ordinaria resulta igualmente satisfactoria.

La carga de fundamentar que la vía ordinaria no resulta adecuada para tutelar el derecho fundamental que se considera amenazado o vulnerado recaería en la parte demandante, tal como lo han señalado Rosa Valeria Osorio Véliz y Diego Castillo Fuentes, quienes señalan: “(...) la parte demandante tendría que demostrar que la vía ordinaria sería menos célere, a pesar de tener una estructura idónea, por errores de los mismos operadores judiciales, o por la carga procesal con la que contarían las cortes”. (Osorio y Castillo, 2015, p. 321). Asimismo, el constitucionalista argentino Omar Sar Suárez, también en esta línea señala: “Entendemos que a partir de este precedente ya no bastará con una simple referencia a que existe una indeterminada vía igualmente satisfactoria, se requerirá que la judicatura analice específicamente cada uno de esos aspectos” (Sar, 2015, p. 73).

#### **5.1.4. La cosa juzgada en el amparo contra resoluciones judiciales.**

El artículo 6 del Código Procesal Constitucional establece: “En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo”. En palabras del constitucionalista Berly Javier López Flores: “(...) la autoridad de cosa juzgada respecto del proceso constitucional se generará cuando, ya sea el juez o el Tribunal Constitucional, emita un pronunciamiento de fondo que tenga la calidad de firme, con carácter de fundado o infundado de la demanda, decisiones que darán cuenta de la existencia o no de la vulneración de un derecho fundamental”. (López, 2013, p. 79).

Por su parte, analizando el referido artículo del Código Procesal Constitucional, Luis Castillo Córdova nos señala un hecho evidente: “No está claro que debe entenderse por la exigencia de “pronunciamiento sobre el fondo””. (Castillo, 2006, p. 389). Según Castillo Córdova: “En principio el juez se pronuncia sobre el fondo del asunto cuando el pronunciamiento atañe a la pretensión de la demanda, es decir, hay un fallo que atañe a la controversia planteada. (...) habrá pronunciamiento sobre el fondo cuando el juez o sala constitucional, emite un fallo referido a si hubo o no afectación de un derecho de rango constitucional (...)”. (Castillo, 2006, p. 389).

Para llenar este vacío de la norma procesal constitucional, en aplicación del Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, bien podemos recurrir al artículo 322 del Código Procesal Civil, que establece:

“Concluye el proceso con declaración sobre el fondo cuando: 1. El Juez declara en definitiva fundada o infundada la demanda; 2. Las partes concilian; 3. El demandado reconoce la demanda o se allana al petitorio; 4. Las partes transigen; o 5. El demandante renuncia al derecho que sustenta su pretensión”. En cuanto a estas causales, Castillo Córdova señala: “Todas ellas son igualmente aplicables al proceso constitucional, con precisión de que los concretos derechos constitucionales no pueden ser renunciados, salvo tengan contenido patrimonial”. (Castillo, 2006, p. 389).

#### **5.1.5. La actividad probatoria en el amparo contra resolución judicial.**

El Art. 9º del Código Procesal Constitucional señala lo siguiente: “En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa”. Al respecto, el profesor Luis Castillo Córdova señala:

La inexistencia de etapa probatoria que dispone la ley, significa simplemente que con carácter general, en los procesos constitucionales a los que se se refiere el Título I del CPConst. no se pueden ofrecer pruebas que puedan actuarse, por la sencilla razón que en este tipo de procesos sumarios no se prevé la existencia de una etapa procesal de actuación de pruebas, ya del demandante, ya del demandado. // En estos casos , las pruebas

que las partes tengan que aportar, deberán ser incluidas con sus respectivos escritos de demanda o contestación de demanda. (Castillo, 2006, p.396).

El ámbito probatorio del proceso de amparo se circunscribe a las alegaciones y contradicciones de las parte demandante y demandada respecto de los actos lesivos que se atribuyen o niegan haberse cometido, es decir, la actividad probatoria solo tiene por objeto los hechos vinculados o no al derecho constitucional vulnerado, mas no las normas jurídicas, dado que el juez constitucional es conocedor del Derecho. En palabras de Berly Javier López Flores: "(...) la prueba únicamente puede versar sobre los hechos de los que dependa la estimatoria o desestimatoria de la demanda constitucional, es decir, sobre los hechos relacionados con la vulneración o no del derecho constitucional, con la existencia del acto lesivo reclamado y, en algunos casos, con la titularidad del derecho fundamental vulnerado". (López, 2013, p. 85).

Respecto al tipo de pruebas a actuarse en el proceso constitucional el profesor Luis Castillo Córdova señala: "(...) las pruebas que deben presentar tanto el demandante como el demandado, deberán ser pruebas de actuación inmediata, especialmente pruebas instrumentales y respecto de las cuales no exista sombra alguna de duda y que logren crear convicción en el juez". (Castillo, 2006, p.396).

Por otro lado, respecto al canon interpretativo para el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias, este fue desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 3179-2004-PA/TC Caso Apolonia Ccolcca, en cuyo fundamento jurídico 23 señaló:

Dicho canon interpretativo que le permite al Tribunal Constitucional realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias, está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia.

a) Examen de razonabilidad.– Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.

b) Examen de coherencia.– El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.

c) Examen de suficiencia.– Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de



la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

En relación a los supuestos de procedencia del amparo contra resolución judicial desde una perspectiva material, el profesor Mijail Mendoza Calderón señala que estos pueden ser:

- Comisión de la aplicación de un derecho fundamental, exigido por la naturaleza de la controversia (error de exclusión).
- Error en la delimitación del ámbito de protección del derecho fundamental (error por exceso –determinación excesivamente amplia del ámbito de protección- o error por defecto –determinación restrictiva del ámbito de protección del derecho fundamental-);
- Error en la resolución del conflicto (error en la aplicación del principio de proporcionalidad);
- Aplicación de una norma incompatible con la Constitución, relevante en la resolución de la controversia (omisión de control difuso); y,
- Aplicación errónea de control difuso. (Mendoza, p. 4).

#### **5.1.6 El requisito de la firmeza de la resolución impugnada.**

El artículo 4 del Código Procesal Constitucional ha establecido que el amparo contra resoluciones judiciales es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo. Según Juan Montero Aroca: “La firmeza es un efecto propio de todas las resoluciones judiciales, y no sólo de las sentencias, en cuanto todas

pueden convertirse en firmes, esto es, en cuanto contra ellas puede no haber recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario, ya sea por su propia naturaleza ya por haber sido "consentidas" por las partes". (Montero, 1995, p. 365). Desde la óptica procesal civil la profesora Eugenia ArianoDeho nos dice:

He aquí el tema de fondo: el que la ley establezca que los defectos de una resolución judicial sólo se hacen valer a través de los medios de los medios de impugnación previstos por la misma ley misma, trae una consecuencia: si no se utilizan en el modo y en los tiempos previstos por la propia ley, los defectos se "curan" (o si se prefiere: se subsanan, se convalidan). En pocas palabras, la resolución judicial *impugnable* más no *impugnada* deviene *firme*: inatacable por las partes y vinculante para el propio juez. (Ariano, 2015, p. 33).

Por su parte el Tribunal Constitucional, respecto al concepto de resolución firme, en la resolución recaída en el Expediente N° 02233-2011-PA/TC, fundamento 3 señaló:

(...) este Colegiado ha establecido que una resolución adquiere el carácter de firme cuando se han agotado todos los recursos que prevé la ley para impugnarla dentro del proceso ordinario, siempre que dichos recursos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución impugnada (Cfr. STC N.º 2494-2005-AA/TC, fundamento 16). En el mismo sentido, también ha dicho

que por “(...) resolución judicial firme, debe entenderse a aquella contra la que se ha agotado los recursos previstos por la ley procesal de la materia” (Cfr. STC N.º 4107-2004-HC/TC, fundamento 5).

Asimismo, en la sentencia recaída en el Expediente N° 02494-2005-PA/TC, fundamento 16, nos habla de los tipos de conceptos de resoluciones firmes:

En nuestro ordenamiento no se tiene un concepto uniforme de lo que debe entenderse por resolución judicial firme, ya que existen dos tipos de conceptos: uno formal y otro material. La concepción formal establece que la firmeza de una resolución se adquiere simplemente con el agotamiento de los recursos que la ley prevé para el cuestionamiento del acto con el cual se está en desacuerdo. Por su parte, la concepción material completa la postura anterior señalando que la calidad de firmeza de una resolución se adquiere cuando se han agotado todos los medios impugnatorios legalmente previstos, pero siempre que estos tengan posibilidad de revertir los efectos de la resolución que se impugna.

En tal sentido, de la jurisprudencia constitucional citada, podemos concluir que una resolución firme es aquella contra la cual ya no procede ningún medio impugnatorio, bien sea porque estos han sido agotados por las partes, habiendo ya un pronunciamiento final por

parte de la instancia superior; o bien sea porque las partes no han hecho uso de los medios impugnatorios previstos en la legislación procesal; asimismo, que el Tribunal Constitucional ha adoptado una concepción material de resolución judicial firme. Por su parte Carlos Mesía Ramírez señala: “(...) solo procede si el agraviado no dejó consentir la resolución judicial que lo lesiona, que siempre debe ser la última, ya que hay que agotar todos los medios impugnatorios al interior del proceso judicial ordinario, sea civil, laboral, penal, administrativo, tributario, etc”. (Mesía, 2012, p. 26). Pero, no cualquier impugnación que se realice al interior del proceso ordinario implica que el demandante amparista no dejó consentir la resolución que alega le vulnera un derecho fundamental, ya que, como lo ha dicho el propio Tribunal Constitucional, ello solo se dará: “(...) siempre que dichos recursos hayan tenido la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución impugnada”. (STC. N° 0252-2009-PA/TC, caso Máximo Valeriano Llanos Ochoa, fundamento 18).

Sin embargo, pese a la regla de la exigencia de la firmeza de las resoluciones judiciales recaídas en el proceso ordinario para la interposición de la demanda de amparo, también existen excepciones a la indicada regla, las cuales han sido señaladas por el profesor Luis castillo Córdova:

Los criterios de no exigibilidad del carácter de firme de la resolución judicial para ser cuestionada a través de una demanda constitucional, que ha destacado el Tribunal Constitucional, han

sido los siguientes: “a) que no se haya permitido al justiciable el acceso a los recursos que contempla el proceso judicial de la materia; b) que haya retardo injustificado en la decisión sobre el mencionado recurso; c) que, a causa del agotamiento de los recursos, pudiera convertirse en irreparable la agresión; d) que no se resuelvan los recursos en los plazos fijados; consideraciones que resultan acordes con el artículo III, párrafo 3, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (Castillo, 2006, p. 16).

#### **5.1.7. El plazo de prescripción en el amparo contra resolución judicial.**

Respecto al plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo, el artículo 44 del Código Procesal Constitucional establece:

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles

después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas:

- 1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.
- 2) Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.
- 3) Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.
- 4) La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.
- 5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.
- 6) El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda.

Conforme al artículo antes citado, el plazo para interponer una demanda de amparo contra resolución judicial, que es de 30 días, debe contarse de la siguiente manera: a) a partir del momento en que la resolución judicial (auto o sentencia) queda firme; o b) desde que se notifica el cúmplase lo decidido.

Respecto al fundamento del plazo de prescripción para interponer un proceso de amparo, en términos generales, el Tribunal Constitucional ha señalado:

(...) el plazo de prescripción previsto como requisito de procedibilidad para la utilización de la acción de amparo se sustenta, entre otras causas, en la naturaleza sumaria y urgente del proceso y en privilegiar la seguridad jurídica que deben revestir a las diversas situaciones que se generan como consecuencia de un determinado acto, de ahí que dicho plazo sea de interés al orden público, por lo que la exigencia de cumplimiento debe primar sobre cualquier situación particular (STC. N° 02889-2003-AA/TC, caso Juan Miguel Tejada Fernández, fundamento 1).

El plazo prescriptorio para plantear una demanda ha generado varias interpretaciones por parte de la doctrina y la jurisprudencia, criterios que fueron unificados con la emisión de la sentencia recaída en el Expediente N° 0252-2009-PA/TC, en la que se plasmó que:

(...)el demandante tiene la facultad de interponer la demanda de amparo desde que conoce de la resolución firme emitida en un proceso judicial que considera agravante de sus derechos constitucionales hasta treinta días después de notificada la resolución que ordena se cumpla lo decidido (...)

Para tal efecto y atendiendo al principio *pro actione*, debe interpretarse que el legislador, al considerar el inicio del plazo para interponer la demanda en la fecha de notificación de la resolución que queda firme, simplemente ha dispuesto que el justiciable está facultado para interponer la respectiva demanda de amparo sin necesidad de esperar que se notifique la resolución que ordena se cumpla lo decidido, mas no está postulando que el computo de los 30 días hábiles a que se refiere la norma comienza a partir de la fecha en que se notifica la resolución que queda firme. (STC. N° 0252-2009-PA/TC, caso Máximo Valeriano Llanos Ochoa, fundamentos 9 y 12).

Asimismo, cabe señalar que hay resoluciones firmes que, por su propia naturaleza, no necesitan de la emisión de una resolución que disponga su cumplimiento. En dichos supuestos, el plazo previsto en el artículo 44 se computará desde el día siguiente de la notificación de la resolución firme. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que para efectos de que se compute el plazo prescriptorio para interponer demanda de amparo contra resolución judicial, debe adjuntarse la cédula de notificación de la resolución firme que se alega se causa agravio, criterio adoptado en la resolución



recaída en el Expediente N° 05590-2015-PA/TC, en cuyo fundamento 9 se consignó:

A pesar de ello, en algunas ocasiones no es posible verificar el momento en que se notificó la decisión judicial. Eso es lo que sucede con las resoluciones supremas casatorias, o cuando solo se consigna como dato en el sistema de consulta de expedientes la devolución de la cédula de notificación al juzgado sin indicarse la fecha de su recepción. Por tanto, se hace necesario precisar que los abogados litigantes se encuentran obligados, bajo sanción, a adjuntar la cédula de notificación de la resolución firme que pretenden impugnar; caso contrario, se inferirá que el amparo ha sido promovido fuera del plazo de los treinta días hábiles que el Código establece, y tendrá que ser desestimado.

#### **5.1.8. Análisis Crítico.**

En el presente caso, dada la temática de la tesis, no estamos refiriendo a una sentencia que se cuestiona por el fondo, no por vulneración de derechos fundamentales procesales, sino por carecer de un contenido de justicia material que la sustente (concordancia entre la verdad biológica y la filiación atribuida). En tal sentido, observamos tres inconvenientes para que sea el proceso de amparo el mecanismo para cuestionar la sentencia que declara erróneamente una filiación por paternidad extramatrimonial: 1) La firmeza de la resolución que se impugna, ya que, generalmente, bien sea por

carencia de medios económicos, o bien sea por otra causa (dejadez o creencia real temporal de la paternidad que se atribuye) no se apela la resolución que declara paternidad extramatrimonial sin prueba de ADN, no siendo posible acceder al proceso de amparo; 2) La inexistencia de actividad probatoria en el proceso de amparo, en el caso de acreditarse la falta de vínculo filial entre padre e hijo legal, a través de una prueba de ADN hecha con posterioridad al proceso de filiación extramatrimonial, la impugnación de la sentencia en un proceso posterior debe hacerse con la realización de una práctica efectiva de ADN, la cual debe hacerse en presencia de juez.

También consideramos que, previo a la misma la ratificación de los biólogos que participaron en el examen de ADN de parte, así como un informe detallado del laboratorio en el que se realizó, respecto a la forma en que se hizo la indicada prueba, por lo que el proceso de amparo no resulta idóneo en este extremo; finalmente, 3) el plazo de prescripción, ello en el caso de haber impugnado y aún así no haberse realizado la prueba genética en segunda instancia (entendemos que en este caso debería ser por razones ajenas a la voluntad del impugnante), pasado el plazo de 30 días hábiles previsto en la norma procesal constitucional tampoco cabría impugnación en un proceso ulterior.

Sin embargo, consideramos que, de demostrarse la inexistencia de vínculo filial entre padre e hijo legal, este plazo de prescripción y la firmeza de la resolución no debería servir de obstáculo para impugnar la sentencia que declara la paternidad extramatrimonial, que no se condice con la verdad

biológica del hijo legal afectado, en forma continuada, en su derecho a la identidad, el cual es imprescriptible, como lo analizaremos en el próximo capítulo; por lo cual no sería idóneo en este último supuesto, al requerirse también estación probatoria.

## **5.2. EL PROCESO DE NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTA.**

### **5.2.1. Generalidades.**

La cosa juzgada, ampliamente tratada en el primer capítulo, constituye una de las finalidades principales de un proceso, ella es indispensable a efectos de lograr la tan anhelada paz social en justicia, generando certeza y seguridad jurídica, es decir, la cosa juzgada no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para lograr una convivencia social armónica y sin conflictos, siendo una de las garantías de la administración de justicia, como nos señala Roxana Jiménez Vargas Machuca:

Esta protección se basa en el derecho de toda persona de que las resoluciones judiciales sean ejecutadas o alcancen su plena eficacia en los propios términos en que fueron dictadas, respetando la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, base de la paz y seguridad jurídica. La sentencia que ha quedado firme contiene, en principio, las características de

inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad. (Jiménez, 2016).

Pero esta pretensión de seguridad jurídica, certeza y paz social armónica al que se aspira a través de la cosa juzgada, no puede lograrse si en su configuración no se han respetado los derechos fundamentales de la persona, el debido proceso y las garantías básicas de la administración de justicia.

Es por ello que el proceso civil cuenta con un mecanismo para impugnar las decisiones que han generado cosa juzgada inobservando los principios y valores previstos en la Norma Fundamental, agraviando el valor justicia, estamos hablando de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. La pregunta central que plantea la existencia del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta es: ¿Sí es posible mantener la eficacia de una sentencia con la calidad de cosa juzgada si posterior a su emisión se descubren hechos que acreditan que la misma fue expedida con manifiesta agravio al valor justicia?. Sobre el particular, el argentino Juan Carlos Hitters nos dice: “Desde la perspectiva axiológica la mira apunta a dos valores fundamentales del plexo jurídico como sin duda lo son la justicia y la seguridad, ya que la revisión impone la exaltación del primero sacrificando el segundo, particularmente para aquellos que consideran que en esta problemática estos valores se

ponen en pugna”. (Hitters, 2001, p. 90). Llegando a la conclusión que: “(...) en el proceso de revisión es preciso balancear equilibradamente ambos valores, para llegar a una solución armoniosa”. (Hitters, 2001, p. 90).

También en doctrina argentina Oscar A. Zorzoli, sobre la inmutabilidad de la cosa juzgada, nos dice: “la autoridad de la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales en que se asienta la seguridad jurídica, pero no es menos cierto que la institución es aquella que supone la existencia de un juicio regular, fallado libremente por jueces pues no puede convertirse en inmutable , una decisión que derive de un proceso no dotado de elementales garantías de justicia”. (Zorzoli, 1998, p. 154).

En sede nacional, respecto a esta contraposición entre seguridad jurídica y justicia material, han existido básicamente dos posiciones: la primera que sostiene la inmutabilidad de la cosa juzgada más allá de los agravio que ésta podría producir al valor justicia; y, la segunda que se presentó en la Alemania nazi de 1941, la cual nos cita Ana María ArrarteArisnabarreta, citando a Peyrano y Chiappini: “En esa época fiscal del Tercer Reich podía solicitar la reapertura de una causa fenecida con sólo sostener que “existían motivos racionales contra justicia de la sentencia por razón de los hechos o el derecho, o si estimaba que el nuevo juicio y resolución estaban exigidos por la

importancia que el fallo tenía para la comunidad popular”.  
(Arisnabarreta, 1996, p. 173).

Al final, según nos indica la la citada autora: “En esa lucha de valores, entre ambas tendencias primó una tercera posición, aquella que busca un justo medio, es decir, la que admite la necesidad de una certeza y seguridad; pero advierte que ésta no puede prevalecer ante la presencia de situaciones fraudulentas, que al fin y al cabo constituyen el mayor agravio a la cosa juzgada”. (Arisnabarreta, 1996, p. 173).

### **5.2.2. Pretensión Impugnatoria.**

Del tenor del artículo 178 del Código Procesal Civil, primer párrafo, se desprende que el objeto del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta es la impugnación de la sentencia con calidad de cosa juzgada y el acuerdo homologado por el Juez que pone fin al proceso (conciliación o transacción, que cuentan también con la autoridad de cosa juzgada).

El objetivo consiste en que se declare la nulidad de la sentencia que se encuentra viciada por dolo fraude o colusión, como nos dice Martín Hurtado Reyes: “(...) tiene por objetivo primordial la rescisión de una decisión judicial afectada por fraude procesal”. (Hurtado, 2009, p. 502). Más adelante, el citado autor nos dice: “El presupuesto previo que se requiere

para hacer uso de esta pretensión impugnatoria es la presencia determinante del elemento fraude en la decisión judicial que se pretende impugnar, es decir, es un presupuesto material que distorsiona los fines mismos del proceso". (Hurtado, 2009, p. 503).

Por parte, la procesalista Eugenia ArianoDeho nos dice: "Del artículo 178 del CPC se infiere que nuestra impugnación puede dirigirse contra cualquier acto productor de cosa juzgada. En rigor, la ley señala que su objeto es que se declare la nulidad de una "sentencia" o (en obvia referencia a la transacción y a la conciliación, ambas judiciales) de un "acuerdo homologado por el juez que pone fin al proceso"". (Ariano, 2015, p. 320). Asimismo, respecto a la pretensión impugnatoria en el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, la profesora Ana María ArrarteArisnabarreta señala: "La pretensión principal será la anulación de la sentencia y eventualmente del proceso o de parte de él, por haberse demostrado la existencia de fraude". (Arrarte, 1996, p. 181).

Nuestra Corte Suprema ha señalado que no es objeto de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta: "No es objeto de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta revivir un proceso fenecido, sino establecer si durante su procedimiento se incurrieron en

causales que la invalidan". (Casación N° 1169-99-Lima, p. 4608).

Finalmente, Juan Monroy Palacios haciendo un poco de historia nos dice que la citada institución jurídica se remonta al derecho romano, señalando:

El elemento trascendental y que acompañará desde esa época a la teoría general de los medios impugnatorios, viene a ser sin lugar a dudas la división en dos fases al procedimiento encaminado a dejar sin efecto las resoluciones afectadas por defectos sustanciales. Ellas son la rescissoriae (rescisoria) y la restitutoriae (restitutiva). Se trata de etapas fácilmente deducibles mediante un proceso lógico elemental: cuándo y cómo sujeto perjudicado impugno una sentencia viciada, lo primero que debo conseguir es que el juez declare su nulidad, que la rescinda.

Esta decisión retrotrae las cosas hasta el momento previo a la comisión del acto que originó la desviación. Luego una vez que el perjuicio ha cesado, es necesario restituir la situación de obtener un pronunciamiento libre de vicios, que solucione de manera definitiva la (s) pretensión (es) del proceso primario. (Monroy Palacios, 1998, p. 113 y 114).



### 5.2.3. Concepto.

La profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Roxana Jiménez Vargas Machuca define a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta como:

“(…) un remedio excepcional y autónomo, de naturaleza residual y extraordinaria, que permite efectuar un nuevo examen de la sentencia definitiva-en realidad del proceso entero-, estos es, la que adquirió la autoridad de cosa juzgada, obtenida en base a un engaño o a una simulación que agravie a tal punto el espíritu de justicia que mantener la cosa juzgada sería una aberración”. (Jiménez, 2016). Por su parte Martín Hurtado Reyes la define a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta como: “(…) un instrumento que hace viable el cuestionamiento de sentencias que fueron engendradas por fraude”. (Hurtado, 2009, p. 499).

Por su parte, siguiendo con la doctrina nacional, el magistrado Omar Toledo Toribio define el instituto que venimos estudiando en los siguientes términos:

La Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta tal como se concibe en nuestro ordenamiento procesal civil, artículo 178,

constituye un remedio de carácter extraordinario, excepcional y residual, que tiene por objeto rescindir (declarar la nulidad) una sentencia o auto definitivo por haberse seguido el proceso primigenio con fraude o colusión cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por éste o aquellas, siempre que ambos casos, implique violación del debido proceso. (Toledo, 2005, p.8).

Nosotros consideramos que la nulidad de cosa juzgada fraudulenta implica la descalificación de un acto concluyente del proceso que ha adquirido la calidad de cosa juzgada en base a graves violaciones de procedimiento (fraude o colusión), que impiden que el acto logre su finalidad, es por ello que se le priva de efectos jurídicos que, en tales circunstancias, sería reprobable para el derecho y contrario a un elemental sentido de justicia.

También puede ser visto como un estado de grave e intolerable anormalidad que afecta a un acto que pone fin al proceso y al que indebidamente se le ha concedido la autoridad de cosa juzgada, pues se ha llevado a cabo dentro de un proceso fraudulento, lo que motiva que dicho acto procesal sea revisado y declarado invalido por medio de una acción autónoma y extraordinaria prevista legalmente para dicho objeto.

#### 5.2.4. Características.

El proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta presenta, en palabras del procesalista Martín Hurtado reyes, presenta las siguientes características:

- 1) Es excepcional: Sólo procede su utilización procede frente a alguna causal específica prevista en el ordenamiento jurídico, no siendo posible la interpretación extensiva o integración analógica. Asimismo, se excluye la causa referida al debido proceso. En relación a este punto, Martín Hurtado Reyes es de opinión que: "(...) todas las causales del ordenamiento se deberían resumir en una sola instancia: el fraude procesal". (Hurtado, 2009, p. 504).
- 2) Es Residual: No puede ser utilizada si el recurrente previamente no ha utilizado los mecanismos internos y ordinarios previstos en el proceso primigenio, que hayan tenido oportunidad para subsanar el vicio o error que alega en el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. En relación a este punto, Ana maría ArrarteArisnabarreta da una opinión interesante: "Para la procedencia de esta demanda será imprescindible haber agotado previamente todos los mecanismos de impugnación previstos dentro del proceso, o en su defecto, demostrar **no haber estado en aptitud para hacerlo**". (Arrarte, 1996, p. 178). (Énfasis agregado).
- 3) Es extraordinaria: Sólo cabe cuestionar la autoridad de cosa juzgada recaída en una sentencia judicial (auto que pone fin al proceso o sentencia) cuando esta decisión ha sido obtenida sobre la base del

fraude, de tal manera que agravie el propio sentido de justicia, al punto tal que mantener la calidad de cosa juzgada devenga en una aberración.

- 4) Es de extensión limitada: En caso de que la demanda resulte fundada, su extensión nada más alcanzará a los actos viciados por fraude, declarándose la rescisión de la resolución emitida, pero sin afectar a los actos procesales válidos que no afecten el derecho de las partes (o terceros de buena fe y a título oneroso), reponiéndose las cosas al estado anterior a la producción del vicio y el consecuente reenvío.
- 5) Con esta pretensión no será posible propiciar un nuevo examen de derecho del asunto sentenciado: En este tipo de proceso se impone la prohibición de reexaminar el fondo de la cuestión dilucidado en el proceso original, como ocurre con los medios impugnatorios ordinarios. Según Martín Hurtado Reyes: “Por ello no es admisible la denominación recurso de revisión, pues **con la revisión se permite discutir nuevamente el asunto en controversia, revivir lo decidido y pronunciarse sobre él desde el punto de vista sustancial**”. (Hurtado, 2009, p. 507). (Énfasis agregado). En tal sentido, entendemos que se trata meramente de un análisis formal, a efectos de establecer si el proceso original estuvo afectado por una situación fraudulenta que afecta su validez.
- 6) No es posible argumentar como pretensión impugnatoria el criterio jurisdiccional: Ello resulta lógico por el criterio jurisdiccional del juez forma parte de la autonomía de la función jurisdiccional, en tal caso ha debido utilizar los medios impugnatorios que tuvo a su disposición en

el proceso ordinario.

- 7) No es admisible utilizar esta pretensión impugnatoria para pretender una nueva valoración de la prueba actuada y apreciada de manera razonada e integral que se impugna: Insistimos en este proceso no se puede cuestionar el fondo de la cuestión discutida originalmente, ello resulta lógico debido a que el recurrente ha tenido opción de cuestionar el razonamiento y valoración del juzgador a través de los respectivos medios impugnatorios, pretender hacerlo a través de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, lo que desnaturalizaría su finalidad.

#### **5.2.5. Legitimación.**

- a) Legitimación Activa: Conforme al artículo 178 del Código Procesal Civil, tiene legitimidad activa para demandar en el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia o por el acuerdo conciliatorio o transaccional homologado por el Juez. Cabe señalar que la norma en cuestión no hace referencia a los terceros intervinientes, pero se colige de una interpretación sistemática como sujetos activos del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. En palabras de Ana María Arrate Arisnabarreta, la legitimación activa corresponde a: “todo aquel que se siente agraviado con la decisión fraudulenta” (Arrarte, 1996, p. 180).

Asimismo, el profesor Jorge Carrión Lugo, en opinión que compartimos, señala: “

Consideramos que el Ministerio Público y las instituciones y asociaciones sin fines de lucro que conforme al Código Procesal Civil están autorizados para patrocinar o defender intereses difusos (Art. 82° CPC), también están autorizados para promover demandas de nulidad de cosa juzgada fraudulenta contra sentencias que, además de ser el resultado de una actividad fraudulenta, perjudican a un conjunto indeterminado de personas titulares de intereses difusos. (Carrión, 2001, p. 422).

- b) Legitimación Pasiva: Esta legitimación reposa en los sujetos procesales que cometieron el “fraude” (partes o terceros intervinientes), lo que también incluye al Juez que dirigió el proceso viciado, siempre que le pueda ser atribuido un comportamiento fraudulento; según Carrión Lugo: “(...) deben ser emplazados todos los que son imputados con la irregularidad procesal”. (Carrión, 2001, p. 422).

Por su parte, Eugenia ArianoDeho, respecto al emplazamiento a los autores del fraude, señala:

La postura es en mi concepto equivocada, pues si objeto de nuestra impugnación es que se declare la nulidad de la sentencia (o del acto equiparado), a estar a quienes

podría afectarse, los “demandados” no deben ser más que aquellos para los cuales la sentencia produce (hasta el momento) efectos “inmutables”: las partes originarias y/o quienes de ellos hayan derivado sus derechos. Nadie más (y nadie menos). (Ariano, 2015, p. 326).

#### **5.2.6.Efectos de la sentencia.**

Conforme a lo previsto en el artículo 178, penúltimo párrafo del Código Procesal Civil, si la decisión (sentencia o acuerdo homologado por el Juez que pone fin al proceso: conciliación o transacción) fuese anulada, al declararse fundada la demanda incoada, se repondrán las cosas al estado que corresponda (para la renovación, esta vez sin defectos, de los actos procesales afectados con algún vicio). En tal sentido, la calidad de cosa juzgada que haya ostentado el acto procesal impugnado deviene en ineficaz, vale decir, que queda invalidado. Sin embargo, la decisión no afecta el fondo de la cuestión debatida en el proceso fraudulento, únicamente retrotrae éste al estado inmediato anterior al que se produjo el vicio (produciéndose el denominado reenvío).

Respecto al efecto de la sentencia nulificante, la procesalista Ana María ArrarteArisnabarreta sostiene: “La sentencia que declara fundada una demanda en este proceso, levanta la autoridad de cosa juzgada de la decisión definitiva,

creando condiciones para una nueva revisión”. Más adelante, la citada autora concluye: “(...) lo que corresponde es retrotaer las cosas al estado anterior en que se produjo el fraude procesal, procediéndose a anular todos los actos afectados por tal conducta”. (Arrarte, 1996, p. 182).

Por su parte, Eugenia ArianoDeho sostiene que con “reponer las cosas al estado que corresponda”: “(...) lo que persigue nuestra impugnación es “rescindir la resolución (o sea eliminarla) y que tal situación sustancial “regrese” a como estaba antes de la existencia de esa resolución (...)”. (Ariano, 2015, p. 330).

Posteriormente, respecto a la naturaleza de la sentencia nulificante, la destacada procesalista refiere:

Lo que a mí me resulta claro es que nuestra impugnación da lugar solo-si se estima- a un “juicio rescindente” (tal como la revisión civil española), vale decir, que acaba con la sentencia estimatoria de la demanda, sin que ello implique una reapertra (o una continuación) del proceso primigenio a efectos de que se emita la resolución sustitutiva de la resolución impugnada ya anulada. (Ariano, 2015, p. 330-331).



Asimismo, la profesora Roxana Jiménez Vargas-Machuca, sobre los efectos de la declaración de fundabilidad de una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, señala:

De declararse fundada la nulidad de una sentencia por causa de fraude procesal, se levanta la autoridad de cosa juzgada de la decisión definitiva, lo que crea condiciones para una nueva revisión en dicho proceso. La nulidad alcanzará hasta el acto fraudulento, incluyéndolo, por lo que los efectos de ese proceso se retrotraerán hasta ese estado, debiendo procurarse afectar el menor número de actos posibles, dada la naturaleza excepcional y restringida de la nulidad procesal. (Jiménez, 2016).

La nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso. Así está establecido en el penúltimo párrafo del artículo 178 del Código Procesal Civil.

En caso de que la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta no fuera amparada, el demandante deberá pagar las costas y costos doblados y una multa no menor a 20 unidades de referencia procesal. Conforme se advierte del último párrafo del artículo 178 del Código Procesal Civil.

Ante el rechazo de la demanda y la consideración de un ejercicio irregular o arbitrario de la misma, el interesado puede demandar una indemnización por daños y perjuicios, conforme lo autoriza el artículo 4 del Código Procesal Civil.

#### **5.2.7. Medidas cautelares.**

Según el artículo 178 del Código Procesal Civil, en el proceso de nulidad de cosa juzgada solo pueden concederse medidas cautelares inscribibles (embargo o anotación de demanda).

#### **5.2.8. Análisis Crítico.**

Este proceso tampoco resulta idóneo para impugnar la sentencia que declara erróneamente la paternidad en la filiación extramatrimonial, al ser, al igual que el proceso de amparo, un proceso excepcional, siéndole aplicable muchas de las observaciones realizadas al amparo, tales como: 1) El plazo prescriptorio que es de seis meses ejecutado la sentencia que causa agravio de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, palicando en este punto los mismos criterios analizados en el proceso de amparo; 2) debe haberse agotado todos los medios impugnatorios que ofrece el proceso ordinario, tal como lo establece el principio de residualidad. Consideramos que ello no necesariamente es admisible para impugnar la sentencia errónea que declara la paternidad extramatrimonial, bien sea porque en su momento no se contaron con medios económicos para la respectiva prueba genética, como por el hecho de que el conocimiento de la falta de

correspondencia del vínculo filial puedan surgir por causas posteriores e incluso imprevistas (confesión de la madre que inicialmente demandó, examen sanguíneo casual que denota imposibilidad de compatibilidad entre los grupos sanguíneos, aparición del verdadero progenitor que reclama la paternidad, etc); y, 3) en el caso de fraude o colusión, la idea de fraude está más ligada a que la interposición del proceso este destinada a causar deliberadamente un perjuicio a un tercero, obteniéndose un provecho ilícito a través de la sentencia. El medio idóneo para probar la atribución de paternidad en el proceso sub examine sería la prueba genética al interior del mismo, pero como hemos advertido, en muchas ocasiones no se realiza debido a diversas causas. Asimismo, la colusión implica un accionar delictivo por parte de un juez o trabajador judicial (asistente de juez o especialista legal) que se colude con una de las partes para emitir una resolución que le causa un agravio. Consideramos que ambas figuras al ser de difícil probanza dificultarían más un proceso en el que se pretenda impugnar una sentencia que declaró erróneamente la paternidad extramatrimonial, optando por una prueba más objetiva para acceder a los tribunales y se revierta la situación descrita, como es una prueba de ADN, así sea hecha de parte (pero que deberá acreditar con recibos, consignarse el procedimiento, nombre de peritos, acreditación del laboratorio, fotografías y vídeos la presencia del padre y el hijo legal al momento de la toma de muestras), la cual podrá ser repetida ante el órgano jurisdiccional con las debidas garantías.

### **5.3. El proceso de impugnación de paternidad.**

#### **5.3.1. Nociones.**

Sobre la noción sobre la impugnación de paternidad (o maternidad), el especialista en Derecho de Familia, Javier Rolando Peralta Andía, señala: “El reconocimiento que efectúan los padres, ya sea en forma conjunta o separada, implica emplazar al hijo en la categoría de extramatrimonial, Pero si este reconocimiento no coincide con la realidad biológica, cabe impugnación por el propio hijo, por el padre o la madre que no intervino en dicho acto o por cualquier persona que tenga interés para hacerlo”. (Peralta, 2009, p. 473).

Por su parte, el profesor de Pontificia Universidad Católica del Perú, Benjamín Aguilar Llanos, sobre la invalidez del reconocimiento nos dice lo siguiente: “En lo que se refiere a la impugnación, ésta puede basarse en razones sustantivas o de fondo, como podría ser la verdad o falsedad de la relación paternal declarada, o pueden ser en argumentos de orden formal, de validez del acto jurídico, como serían la carencia de condiciones básicas de existencia para el acto jurídico referidas a la capacidad, objeto y forma”. (Aguilar, 2013, p. 272).

#### **5.3.2. Forma de impugnar la paternidad.**

En este punto, tocaremos las que consideramos las dos principales formas para impugnar el reconocimiento de un hijo, a

efectos de determinar si, por analogía, pueden utilizarse para impugnar una sentencia que declara erróneamente la filiación extramatrimonial, estas son las que proceden contra el reconocimiento previsto en el artículo 395 del Código Civil, la legislación peruana no establece concretamente las causales en las que puede fundarse la impugnación, pero rigen las normas previstas en el Título IX del Libro II del Código Civil, nulidad y anulabilidad; y la prevista en el artículo 399 del Código Civil.

Pues bien, El artículo 395 del Código Civil establece: “El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable”. Cabe señalar que el reconocimiento hecho por un progenitor, padre o madre tiene las siguientes características: 1) Es un acto puro y simple, es decir que, como acto jurídico, no admite modalidades como condición plazo o modo; y, 2) es irrevocable, no es posible retractarse del reconocimiento efectuado, a fines de desconocer sus propios actos; pero ello no restringe la negación o la impugnación.

Por su parte el artículo 399 del Código Civil, que establece: “El hijo reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395”.

El profesor Enrique VarsiRospigliosi, citando a Mazeud, nos ilustra al respecto y señala: “Doctrinariamente la acción de impugnación de reconocimiento tiene por finalidad establecer el vínculo de filiación afirmado por reconocimiento, mientras que la acción de nulidad de reconocimiento tiene por finalidad probar que no ha sido cumplido uno de los requisitos exigidos por la ley para la validez del reconocimiento (Varsi, 2010, p. 549).

### **5.3.3.Causas de impugnación de paternidad.**

Nuestro Código Civil no señala específicamente la causales en las que se funda la impugnación de paternidad, pero, a criterio de Javier Peralta Andía estas son:

- a) Razones que se refieren al fondo mismo del reconocimiento, como podría ser la verdad o falsedad de la relación paterno filial (acto nulo o anulable), para cuyo efecto se exige se produzca la prueba correspondiente.
  
- b) Causales que aluden a los elementos esenciales del acto jurídico o vicios que igualmente suponen debate y prueba, salvo casos de allanamiento con la demanda. (Peralta, 20019, p. 474).

#### **5.3.4. Titulares de la acción.**

Respecto a las personas legitimadas para impugnar efectuar la impugnación del reconocimiento, el Código Civil vigente prescribe que este puede hacerlo: 1) El padre o la madre que no intervino en el reconocimiento; 2) el propio hijo o sus descendientes si hubiera fallecido; y, 3) quienes tuvieran legítimo interés económico o moral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395, excluyéndose al padre o la madre que realizó el reconocimiento.

#### **5.3.5. Plazo para ejercitar la acción.**

En el derecho de Familia los plazos son fijados teniendo en consideración los derechos de los hijos, consignando el código los siguientes:

- 1) Para cualquier interesado, el plazo es de 90 días a partir del día en que tuvo conocimiento del acto, luego del vencimiento del mismo la acción caduca, tal como lo indica el artículo 400 del Código Civil;
- 2) El plazo es más amplio al ser quien impugna el propio hijo reconocido, el cual si es un menor de edad o un incapaz, puede negar el reconocimiento efectuado a su favor dentro del año siguiente a su mayoría de edad o, en su caso a la cesación de dicha incapacidad.

En tal sentido, advertimos que los plazos son muy largos cuando las acciones tienden a favorecer al hijo y muy breves no es así. Además, observamos que los plazos son de caducidad y no de prescripción.

### **5.3.6. Análisis Crítico.**

En el presente caso, advertimos que un grave problema de legitimación procesal, ya que el supuesto de hecho, en ambos casos no tiene conexión con la impugnación de la sentencia que declara erróneamente la filiación extramatrimonial, al tratarse, en el primer caso, de un reconocimiento, es decir, de un acto jurídico voluntario que no proviene de una negativa del progenitor al reconocimiento del hijo que asume como suyo, y luego, ha incurrido en un error (engaño), decide impugnar dicho acto jurídico a través de una demanda, generalmente de anulabilidad de acto jurídico (artículo 221, numeral 2 del Código Civil). En el segundo caso, el impugnante no interviene en el reconocimiento, por lo que resulta viable su impugnación al carecerse de vínculo filial; al respecto el profesor Alex Plácido Vilcachagua indica: “La acción de impugnación del reconocimiento es la que tiende a atacar el reconocimiento, no por vicios del acto, sino por no concordar con la realidad biológica, es decir, no ser el reconociente en verdad el padre del reconocido. Es una acción



declarativa, de contestación y de desplazamiento del estado de familia”. (Plácido, 2010, p. 561).

No obstante, en mi experiencia como Fiscal de Familia en la ciudad de Huaral, he tenido ocasión de constatar que este último supuesto es uno de los mecanismos por los cuales se ha optado para cuestionar dicha sentencia judicial, pese a que en puridad se cuestiona un acto jurídico unilateral hecho por uno de los progenitores, con lo cual válidamente puede declararse fundada una excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva, la cual, generalmente, es deducida oportunamente, al igual que en el primer supuesto señalado; por lo que consideramos que ambos mecanismos no son idóneos para impugnar eficazmente la sentencia que declara erróneamente la filiación extramatrimonial, al surgir de actos jurídicos unilaterales y no de un acto de autoridad como lo es una sentencia judicial.

#### **5. 4. PROCESO AUTÓNOMO. LA REVISIÓN CIVIL.**

##### **5.4.1. Antecedentes.**

Los antecedentes de la mencionada institución la podemos encontrar en el derecho romano, allí se instituyó las figura de *exceptiodoli o replicatiodoli*, de contenido procesal, y la *restitutio in integrum*, en la cual se podía discutir la decisión emitida por el órgano jurisdiccional a través de un nuevo proceso, solo en casos excepcionales, como lo son aquellos que implicaban la presencia de

dolo o violencia. Su finalidad era retrotraer las cosas al estado anterior al que se produjo el vicio. Asimismo, también existía la *supplicatio*, la cual, como nos dice Juan Monroy Palacios: “(...) abarca todo tipo de sentencias consideradas injustas por el perjudicado, a pesar de ello, su uso era muy restringido porque consistía en dirigir el pedido de revisión a las siempre lejanas-para el hombre común. autoridades políticas, en este caso al emperador”. (Monroy Palacios, 1998, p. 113).

En cuanto a su origen en el ordenamiento jurídico español, la profesora Mercedes Llorente Sánchez-Arjona nos ilustra en cuanto a su recepción, señalando que: “(...) el antecedente más inmediato de nuestra revisión civil ha de hallarse en las Siete Partidas en donde se dictaban las leyes XIII y XXIV de su título XXII, y leyes I y II del título XXVI. Sustancialmente en estas leyes se establece que se puede dejar sin valor la sentencia dada en el primer juicio si lo fue en virtud de falsos testigos, falsas cartas **o por otra falsedad cualquiera**”. (Énfasis agregado). (Llorente, 2007, p. 585).

En nuestro país, el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, en la sección séptima, Título II, se regulaba las sentencias injustas y nulas. Eran denominadas sentencias injustas a las que se pronuncian contra el derecho probado por una de las partes o las que vayan contra lo señalado expresamente en la ley, a su vez las sentencias nulas se referían también a supuestos de inexistencia. En el Título III se encontraba la *restitutio in integrum*, mediante el cual, las partes podían pedir la rescisión de común acuerdo, hecho que obligaba al

juzgador a fallar en esa línea. Asimismo, existía la posibilidad de deducirse como una pretensión autónoma (demanda) o a través de una excepción perentoria. En esta normatividad también existió el recurso extraordinario de nulidad, el cual nada más era procedente contra sentencias firmes, bajo supuestos que también estaban previstos en el recurso de apelación, lo que tenía efectos dilatorios pese a ser concedido sin efecto suspensivo.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912 eliminó cualquier recurso para impugnar sentencias firmes que hayan pasado a atener autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, al expedirse el Código Procesal Civil de 1993, este cuerpo normativo reguló la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, figura que ya ha sido analizada en líneas precedentes.

#### **5.4.2. Nociones.**

Consideramos que la figura de la revisión, vista desde la teoría general del proceso es una institución que puede ser aplicada a todos los ámbitos procesales, con independencia de su finalidad, por tanto no nos centraremos en una definición estrictamente vista desde el ámbito del proceso civil. Sin embargo, desde ya dejamos claro que nuestra intención es centrar la figura no específicamente desde su óptica formal, sino sustancial, es decir, desde el valor justicia.

En doctrina argentina Osca A. Zorzoli entiende a la revisión como: "(...) pretensión autónoma invalidatoria de la acción si ha

mediado alguna causa grave extrínseca al proceso al proceso y que provoque un desequilibrio en la paz social, altere una cuestión de derecho o se vea afectado alguno de los principios de la Constitución Nacional”. (Zorzoli, 1998, p. 151).

Siguiendo con la doctrina argentina, la profesora Clara Olmedo, citada por el autor antes mencionado, señala respecto a la mencionada institución jurídica: “(...) la revisión es una demanda impugnativa de carácter extraordinario y especial, que procede por motivos taxativamente fijados para atacar las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. Lo extraordinario de los motivos fundadores se debe materializar en circunstancias extrínsecas al proceso donde recayó la sentencia, por ello no se trata de violaciones de hecho o de violaciones a la ley”. (Zorzoli, 1998, p. 150).

El profesor español Manuel Díaz Martínez conceptualiza la figura de la revisión, pero su análisis parte del nuevo proceso penal peruano, figura que se encuentra prevista en el artículo 439 del Código Procesal Penal, señalando que se trata de : “(...)una acción de impugnación autónoma, de naturaleza excepcional, que resulta admisible únicamente en aquellos supuestos legalmente tasados en que se ponga en evidencia injusticia de una sentencia firme de condena, cuya finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre dicha resolución judicial, la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la formal”. (Díaz, 2005, p. 565).

En doctrina nacional, el profesor Juan Monroy Palacios nos dice que: “La revisión se entiende como el instrumento procesal por el cual es posible efectuar un nuevo examen de la sentencia firme. En el Perú se ha regulado una de sus formas: la nulidad de cosa juzgada fraudulenta”. (Monroy Palacios, 1998, 112).

Respecto a la diferencia de la revisión con la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, el profesor Martín Hurtado Reyes nos señala:

“(…) la revisión implica un nuevo análisis del pleito sostenido por las partes, una reevaluación de lo decidido, lo cual no ocurre con la pretensión nulificante, pues con ella no se revive el conflicto, se busca simplemente detectar aquellas situaciones que afectan la cosa juzgada, la verificación es meramente formal, no sustancial”. (Hurtado, 2009, p. 500). Por su parte, sobre el mismo punto, la profesora Eugenia ArianoDeho precisa: “Lo que a mí me resulta claro es que nuestra impugnación da lugar -si se estima- a un “juicio rescindente” (tal como la revisión civil española), vale decir, que acaba con la sentencia estimatoria de la demanda, sin que ello implique una reapertura (o una continuación de proceso primigenio a efectos de que se emita una resolución sustitutiva de la resolución impugnada ya anulada”. (Ariano, 2015, p. 331).

Finalmente, incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la figura de la revisión, según nos señala el profesor Paolo Aldea:

Con respecto a los recursos de revisión, esta Corte ha establecido en otras oportunidades que “la doctrina se ha referido en forma reiterada al recurso de revisión como un **recurso excepcional** con el fin de **evitar que la cosa juzgada mantenga una situación de evidente injusticia** debido al **descubrimiento** de un hecho que, de haberse conocido al momento de dictarse la existencia de un vicio sustancial en la sentencia”.

En ese sentido, este Tribunal entiende que el recurso de revisión **constituye una excepción** al principio de cosa juzgada y está **orientado a enmendar errores, irregularidades o violaciones al debido proceso**, cometidos en determinadas decisiones judiciales, para que, en aplicación de la justicia material, se profiera una decisión que resulte acorde al ordenamiento jurídico en su cuando sea evidente que en esas decisiones se cometieron errores o ilicitudes que las vuelven contrarias a derecho. (Aldea, 2017, p. 245).

#### **5.4.3. Fundamento.**

La revisión supone un choque entre la seguridad jurídica y el valor justicia material, ellos suponen un serio dilema en la administración de justicia y la sociedad misma, ya que la verdad absoluta que nos lleva a emitir una decisión materialmente justa muchas veces resulta imposible o de muy difícil consecución, por lo que debe arribarse a un fallo desprovisto de certeza absoluta, y por ende, de justicia absoluta. El operador de justicia, juez o fiscal, deberá decidir con los actuados que tiene a la mano, siendo consciente que tendrá que hacerlo con versiones contrapuestas de una misma realidad, tratando de aproximarse lo más posible a una resolución justa con los elementos con los que cuenta, en lo cual, como toda obra humana, cabe la posibilidad de error. La gran pregunta radica en qué hacer al detectarse que se ha cometido un error con la emisión de un fallo judicial que resulta vulneratorio al valor justicia, ¿nos conformamos con dejar las cosas tal como están?, ¿nos basta una indemnización?, o preferimos revertir los efectos de una decisión que nos causa perjuicio y la consideramos injusta.

Somos de la opinión que, sin lugar a dudas, debemos elegir la segunda opción, por lo que coincidimos con Mercedes Llorente Sánchez-Arjona cuando señala que:

**“(..) el llamado recurso de revisión tiene por fundamento hacer prevalecer la justicia sobre la seguridad jurídica que proporciona la firmeza de la cosa juzgada obtenida por una sentencia firme que pudiera ser ilegal o errónea”.** (Llorente, 2007, p. 586-587). (Énfasis agregado). Más adelante la citada

autora nos dice que la revisión: “(...) ha de fundarse en circunstancias anómalas que hagan pensar que la sentencia pueda ser injusta o errónea. Ante la aparición de nuevas circunstancias, el ordenamiento jurídico podría optar por cerrarse en consideración de la seguridad jurídica de la cosa juzgada, pero ha optado por el valor justicia”. (Llorente, 2007, p. 587).

Por su parte, en sede nacional, respecto al fundamento de la revisión Eugenia ArianoDeho nos dice:

“(...) ningún sistema jurídico admite en absoluto la irrevisibilidad de las decisiones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, sino que en todo caso **la oscilación se da en cuán relativa es esa posibilidad de revisión: si será por motivos tipificados o más bien por una “atípica” alegación de la manifiesta injusticia de la sentencia**”. (Ariano, 2015, p. 308). (Énfasis agregado).

De las opiniones de los juristas mencionados hasta el momento nos queda claro que el fundamento principal de la revisión radica el propio valor justicia, el cual no puede ser soslayado en aras de la tan mentada seguridad jurídica que descansa en una falacia, es decir, en una injusticia demostrada, o por lo menos con gran probabilidad de certeza, y que manda un nefasta mensaje a la sociedad: Que los órganos que administran justicia anteponen las formalidades a los hechos concretos, lo cual genera desconfianza en nuestras



autoridades. En tal sentido consideramos que el valor de la cosa juzgada se fundamenta en que la misma se condiga con la realidad material que pretende tutelar y no nada más en una mera formalidad. Al respecto, coincidimos con lo señalado con el maestro argentino Oswaldo Gozani cuando señala que:

La res judicata no se puede transformar en custodia de irrealidades, o en salvaguarda de ficciones. Recordemos que el famoso dístico de Scaccia que cita a Calamadre, que dice que la cosa juzgada tiene la virtud de hacer de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero. Hoy francamente es imposible pensar que una institución procesal tenga tamaña dimensión. (Gozani, 2015, p. 81).

#### **5.4. 4. Naturaleza jurídica.**

En relación a este punto debemos señalar que la revisión es una institución de carácter procesal que comparte gran parte de las características de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta (que es una de las formas de revisión de la cosa juzgada), pero mientras esta figura que sí está prevista en nuestro ordenamiento jurídico se basa en razones taxativas, y de naturaleza procesal, la revisión que planteamos, y como la entendemos tiene una naturaleza sustantiva y

se fundamenta en el respeto a los derechos fundamentales, por lo que si bien tiene un origen procesal, su fundamento es sobretodo de orden constitucional, vinculado al derecho a la impugnación que fue tratado en el primer capítulo. Sin embargo, al igual que en la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, consideramos que se trata de una acción autónoma destinada a revertir calidad de cosa juzgada plasmada en una resolución cuya esencia contraviene valores esenciales del ordenamiento jurídico, en este caso, el valor justicia.

El principal problema para el ejercicio de esta acción es su ausencia de regulación específica en materia civil, como si lo hay en materia penal, para lo cual hemos de remitirnos al artículo 439 del Código Procesal Penal, que establece: “La revisión de las sentencias condenatorias firmes procede, sin limitación temporal y solo a favor del condenado, en los siguientes casos: 4. Si con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solo o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado”.

No obstante, la falta de regulación específica de la revisión por una causal de injusticia material, coincidimos con Juan Carlos Hitters cuando señala que: “La acción autónoma, no es óbice para la viabilidad de este sendero impugnatorio, pues como lo hizo ver Couture, ciertos principios generales del derecho no necesitan estar

impuestos por una norma expresa, porque hacen a la esencia del ordenamiento jurídico donde se insertan. (Hitters, 2001, p. 96). Asimismo, el indicado autor nos ilustra magistralmente sobre la forma de hallar una solución al problema:

“(…) la ausencia de tratamiento legislativo puede ser suplida sin mucho esfuerzo por una interpretación integral, dado que en caso de una laguna de ley, como es ésta sin duda, es preciso y posible una solución *praeterlegem*, en razón de que el espacio libre que deja la norma no es, según afirmaba Reichel, un vacío jurídico, sino meramente legal”. (Hitters, 2001, p. 96).

#### **5.4.5. Plazo y ámbito de aplicación.**

Para los casos de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, una de las formas de revisión, el artículo 178 del Código Procesal Civil establece que el plazo para interponer la respectiva demanda corre “hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuera ejecutables”.

Dado que la revisión, en sentido material, a la que estamos haciendo alusión no se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco se encuentra establecido un plazo legal para el mismo. Sin embargo, respecto al plazo para interponer la pretensión

de nulidad de la sentencia firme, el jurista argentino Jorge Peyrano ha señalado:

Si-como principio general-todo derecho es prescriptible en homenaje a la seguridad jurídica, no hay duda de que la pretensión de marras también debe ser prescriptible. El intringulis se plantea cuando no existe una regulación legal sobre el tema. Todos coinciden en que prescribe. Ahora bien, ¿Cuál plazo prescriptivo deberá endilársele?

A la espera de que el legislador despeje la incógnita, nos parece prudente acudir al derecho civil-habida cuenta de su categoría de derecho común-y aplicar al caso la prescripción bienal prevista por el art. 4030 de Cód. Civil. Adviertase que dicho plazo prescriptivo es usual en materia de nulidades, y que estamos ante un supuesto de nulidad. (Peyrano, 1994, 181).

Por su parte, la procesalista peruano Eugenia ArianoDeho, en opinión que compartimos, señala:

(...) de querer establecer un plazo, éste inevitablemente debería correr desde que se toma efectivo conocimiento de tal conducta que, por lo general, como ya se dijo, permanece oculta, vale decir, que no se desprende de la sentencia misma como si lo puede ser, p.e., cualquier error in iudicando e improcedendo.

Cuando una impugnación como la nuestra se funda en un hecho noconocible al momento de la formación de la cosa juzgada, es del todo irracional hacer correr el plazo de nuestra impugnación tal como lo hace el artículo 178 CPC. (Ariano, 2015, p. 329).

Nosotros coincidimos con la postura de la última autora, ya que consideramos que una decisión judicial que no se condiga con una justicia material (respeto a derechos fundamentales) no puede generar cosa juzgada, más aun si es obtenida de mala fe y aprovechándose de la debilidad de una de las partes y de las falencias de nuestro sistema procesal. Asimismo, si contrastamos las posturas antes citadas queda claro que el plazo de seis meses para impugnar las sentencias firmes, luego de descubrirse que fueron emitidas con fraude, colusión o con vulneración de derechos fundamentales es excesivamente corto, dado que el vicio muchas veces es descubierta mucho tiempo después de que pasan a tener autoridad de cosa juzgada; por lo que somos de la opinión que este plazo debe ser modificado.

Hay supuestos en los cuales el derecho de impugnación no debería tener plazo de prescripción, como en los cuales involucra una vulneración constante de derechos fundamentales, tales como el honor, la imagen, la identidad (o cual incluye el nombre y el conocimiento de la filiación biológica), etc; pero en el caso del derecho a la identidad y al nombre, derechos que se ven involucrados en el proceso de filiación extramatrimonial, el plazo mínimo para impugnarse

una sentencia en un proceso posterior (plenario) debería ser mínimo de dos años, tal como sucede en el proceso de nulidad de acto jurídico del reconocimiento de un hijo, del cual luego se descubre que no se tiene vínculo filial. Dicha solución resulta justa dada la similitud de ambas situaciones, y resulta un plazo adecuado para no causar un daño psicológico irremediable al menor de edad involucrado.

#### **5.4.6. Procedimiento.**

Siendo coherente con lo expresado hasta el momento, nos resulta claro que el proceso a seguirse es uno de conocimiento, por el cual puedan actuarse todas las pruebas necesarias para demostrar la injusticia de la decisión emitida en el proceso anterior, así como la vulneración a valores esenciales del ordenamiento jurídico.

La estructura procesal que el legislador ha dado a las pretensiones derivadas de la reclamación por paternidad extramatrimonial, conforme nos hemos referido ya en el primer capítulo, se encuadra dentro denominado proceso monitorio, un proceso de época medieval pensado para tutelar derechos patrimoniales (relaciones crediticias), que no se condice con la tutela de derechos fundamentales. La doctrina nos enseña que según su estructura estos procesos pueden ser simples o monitorios. Al respecto Enrique Vescovi, citado por Rolando Martel Chang, nos dice que: “En los primeros el juez resuelve luego de oír a ambas partes, mientras

que en otros el contradictorio se invierte, es decir, el juez resuelve oyendo a una de las partes, la demandante, y solo después oye al demandado, siempre que se oponga”. (Martel, 2005, p. 67). En tal sentido, siendo un proceso de cognición sumaria, somos de opinión que las decisiones que se tomen en este tipo de procesos bien pueden ser impugnados en uno de cognición plenaria, tal como señala Eugenia ArianoDeho: “(...) al dictarse a partir de una cognición sumaria, o sea limitada tanto en lo alegable y los medios de prueba, no deberían estar “protegidas” por la “autoridad de cosa juzgada” y como tal deberían poder ser revisables en un proceso posterior, como lo fueron desde tiempo inmemorial las sentencias dictadas en en los ejecutivos”. (Ariano, 2015, p. 323).

#### **5.4.7. Análisis Crítico.**

De la última forma de impugnación que hemos señalado para impugnar la sentencia que declara erróneamente la filiación extramatrimonial, en el marco de la Ley N° 28457, consideramos que este es el mecanismo idóneo, y si bien, no existe una previsión legislativa que la habilite, no es menos cierto que, como dice la doctrina argentina citada, dicha falencia puede ser suplida a través de la interpretación constitucional, concretamente aplicando el artículo 139, inciso 8 de la Constitución Política del Perú; así como el Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil y el Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Es decir, el principio de no dejar

de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, el cual desarrollaremos en el próximo capítulo, con juntamente con otros.

Somos de la opinión que este mecanismo de impugnación es el idóneo por las siguientes razones: 1) Implica una decisión plenaria a través de un proceso de cognición donde será posible discutir con amplitud la controversia y donde podrán actuarse la pruebas pertinentes; 2) No será necesario haber agotado todos los medios impugnatorios que haya ofrecido el proceso primigenio (firmeza de la resolución), ya que el descubrimiento de inexistencia de vínculo filial será posterior a la sentencia que se cuestiona; y, 3) No habrá obstáculo respecto al plazo prescriptorio como si sucede en los anteriores procesos señalados. Ahora bien, en virtud del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva el juez de la causa deberá adecuar la forma procesal a seguir que, en este caso, debe corresponder a un proceso de conocimiento donde se logre las actuaciones procesales idóneas para determinar si la resolución que se impugna contraviene o no valores esenciales del ordenamiento jurídico. Asimismo, para ello deberá tenerse en consideración que, ante la ausencia de una prueba genética en el primer proceso, solo se ha configurado una cosa juzgada formal, más todavía si se considera la estructura monitoria del proceso de filiación extramatrimonial, no responde a una adecuada tutela del derecho a la identidad del “favorecido” (menor de edad) y de los derechos procesales del demandado.



## **CAPÍTULO VI**

### **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONFLICTO EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA QUE DECLARA ERRÓNEAMENTE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

#### **6.1. El principio de interés superior del niño.**

##### **6.1.1. Antecedentes.**

En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la primera declaración que ha consagrado los derechos del niño ha sido la *Declaración de Ginebra sobre Derechos de los niños* que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño. Más adelante, en 1959, ante una necesidad de dar mayor protección de los derechos del niño en el

mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño. No obstante, ante la necesidad de contarse con un instrumento normativo internacional coercitivo y vinculante para los Estados partes y no solamente con una Declaración, nace la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989, cuya entrada en vigor se produjo tan solo 9 meses después a su adopción, el 2 de septiembre de 1990 y aprobada por el Perú, mediante Resolución Legislativa N.º. 25278 y ratificada con fecha 14 de agosto de 1990.

La Convención sobre los Derechos del Niño, constituye en concreto un tratado internacional que reconoce los derechos humanos de los niños y las niñas, definidos como personas menores de 18 años. Esta Convención establece en forma de ley internacional que los Estados Partes deben garantizar que todos los niños y niñas -sin ningún tipo de discriminación- se beneficien de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; tengan acceso a servicios como la educación y la atención de la salud; puedan desarrollar plenamente sus personalidades, habilidades y talentos; crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; y reciban información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar en el proceso de una forma accesible y activa.

La Convención constituye un punto de referencia común que sirve para analizar los progresos alcanzados en el cumplimiento de las normas en materia de derechos humanos infantiles y para comparar los resultados. Al haberse aceptado el cumplimiento de las normas de la Convención, los gobiernos están obligados a armonizar sus leyes, políticas y prácticas con las normas de la Convención; a convertir estas normas en una realidad para los niños y niñas; y a abstenerse de tomar cualquier medida que pueda impedir o conculcar el disfrute de estos derechos. Los gobiernos están también obligados a presentar informes periódicos ante un comité de expertos independientes sobre los progresos alcanzados en el cumplimiento de todos los derechos plasmados en la Convención.

El interés superior del niño es uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño; aunque no es un concepto nuevo en el ámbito de los instrumentos internacionales de derechos humanos. La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 ya lo definía en su Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. No obstante, la previsión del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño comprende un amplio margen de

aplicación, que supera la acción del Estado, para incluir a los organismos privados y abarcar todas las medidas concernientes a los niños. Así, se dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

### **6.1.2. La Convención de los Derechos del Niño y su posición en el ordenamiento jurídico peruano.**

Tal y como hemos anotado en líneas anteriores, la Convención sobre los Derechos de Niño es un tratado de derechos humanos y es así como debe ser entendido por los operadores jurídicos, siendo parte del derecho nacional en virtud del artículo 55° de la Carta magna, que establece que: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”; ésta norma ha generado mayor controversia, habiendo expresado el TC al respecto que: “el artículo 55° de la Constitución es una regla general para todos los tratados”( STC. N° 0047 – 2004-AI/TC, FJ N° 22 (Caso Gobierno Regional de San Martín, más conocido como Fuentes de Derecho). Por otro lado lo que sí ha generado cierta incertidumbre es cuál es la jerarquía de un tratado sobre derechos humanos, es decir rango supranacional, rango constitucional o rango de ley.

Respecto a las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, han subsistido dos vertientes doctrinarias que se refieren a la independencia o a la interconexión entre ambos sistemas jurídicos, ellas son: El *dualismo* que considera que las personas no pueden ser obligadas ni beneficiadas por normas internacionales; sólo el Estado puede ser obligado o beneficiado por ellas, en sus relaciones con sus pares. Por tanto para que las normas internacionales lleguen a alcanzar a las personas, ellas deben ser transformadas en disposiciones de derecho interno. Por su parte el *monismo* considera que el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el Derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, produciéndose una incorporación automática de las normas internacionales al derecho interno.

La posición constitucional de los tratados obre derechos humanos en la actual Constitución ha sido materia de cuestionamiento debido a su falta de claridad en comparación con la Constitución de 1979, la cual estableció en su artículo 105° que: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”. Por tal motivo la falta de mención explícita respecto a la jerarquía de este tipo de tratados, ha sido considerado por Carlos Hakannson Nieto como: “un retroceso en la protección de derechos humanos en el ámbito

internacional” (Hakansson, 2005. P. 1211); sin embargo, consideramos que dicha omisión del constituyente puede ser subsanada a través de la Cuarta Disposición Final y Transitoria la cual establece que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Somos de la opinión que ello se desprende de los principios de *unidad de la Constitución*, por la cual ella “no puede interpretarse aisladamente, sino tomando en cuenta las demás disposiciones constitucionales” (Abad, 2005, p. 154); de los principios *pro homine* y *pro libertatis* y también del artículo 1° de la Constitución que establece que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Por tanto, coincidimos con Jorge Santisteban de Noriega, cuando refiriéndose a la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos señala que: “De esta manera, una interpretación integrada y teniendo en cuenta la disposición final de la Constitución determina el rango normativo de la Constitución” (Santisteban, 2002, p. 295)”, ésta posición también ha sido asumida por el TC, que ha manifestado respecto a este tema que:

(...) nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en

materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55° de la Constitución–sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa”( STC. N° 0047 – 2004-AI/TC, FJ N° 22)

Los tratados de derechos humanos que ha ratificado el Perú, tienen una enorme importancia un vez que se agota la jurisdicción interna, permitiendo recurrir a instancias internacionales, creadas al amparo de dichos tratados para lograr la protección de derechos que se han vulnerado por propias acciones del Estado; allí radica la importancia de la jurisdicción supranacional, en que muchas veces son la propias entidades públicas en todos sus niveles las que vulneran los derechos consagrados en la normatividad vigente, bien sean provenientes de la Constitución o de algún tratado sobre derechos humanos, es por ello que se necesita de una instancia de una instancia superior que tenga la capacidad de investigar, juzgar y sancionar este tipo de acciones estatales, que por lo general están cubiertas de un halo de impunidad y cuyas directivas vienen de las más altas esferas del gobierno. Por otro lado, es conveniente señalar que ante las objeciones de los operadores jurídicos o de funcionarios públicos que alegan la falta de normatividad interna para aplicar los tratados internacionales en materia de derechos humanos; ella deviene en una falacia, habiendo señalado el TC al respecto ya desde el año 2002, que:

De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (art. 55º, Const.). (STC. N° 1124 – 2001-AA/TC, FJ N° 09).

Por todos estos fundamentos consideramos que los tratados internacionales sobre derechos humanos, constituyen parte del derecho nacional, por tanto pueden y deben ser aplicados directamente por los jueces en uso de sus atribuciones e incluso por otros funcionarios públicos y particulares, en el caso de éstos últimos, en virtud del artículo 38º de nuestra Constitución que prescribe: “Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”. Finalmente, debemos coincidir con el profesor Mijail Mendoza Escalante, quien



respecto al rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos señala que: “Como consecuencia de ello, constituyen parámetros de validez material de normas de jerarquía legal infralegal y, en particular, constituyen límites de potestad de reforma de la Constitución. Asimismo, en tanto derecho vigente, ellos deben ser aplicados por todo órgano jurisdiccional, tanto como fuente de derechos subjetivos como en el control de constitucionalidad de normas”. (Mendoza, 2006, p. 161).

### **6.1.3. Definición y aspectos doctrinales sobre el Interés Superior del Niño.**

Resulta complejo definir el interés superior del niño, porque al hacerlo estaríamos tratando de definir estados ideales que solo se dan en mundos ideales; sin embargo debemos tratar de concretizarlo en un mundo real y a situaciones de la vida diaria. Muchos estudiosos en la materia, han intentado un concepto de lo que es el interés superior del niño, advirtiéndose que la mayoría solo lo define como “todo aquello que favorece al niño o adolescente. Por su parte, Grosman, citada por Beltrán Pacheco, señala que: el interés superior del niño “es un principio de contenido indeterminado sujeto a comprensión y extensión propios de una sociedad y momentos históricos, por lo que constituye un instrumento técnico que otorga poder a los jueces, quienes deberán apreciar el interés en concreto de acuerdo con las circunstancias del caso” (Beltrán, 2009, p. 336). Un criterio muy similar al descrito

precedentemente es asumido por el Tribunal Constitucional que ha manifestado, respecto al interés superior del niño, lo siguiente:

De esa “consideración especial” que deben tener los jueces y autoridades administrativas cada vez que se encuentre en discusión el ejercicio de determinados derechos del niño, es decir, de observarse siempre una solución que tenga en cuenta ese “interés superior del niño”, se desprende que tales funcionarios estatales deben estar dotados de una especial sensibilidad a la hora de resolver los problemas en que pudieran encontrarse envueltos; bien se trate de aspectos que pudieran calificarse de sustantivos, bien de asuntos que pudieran caracterizarse como procesales. (STC. N° 0052-2004-AA/TC, , F.J. N° 08).

En Chile, el profesor Aguilar Cavallo también nos da luces sobre la conceptualización del interés superior del niño, diciéndonos al respecto que: “(...) lo que se propone con la idea rectora o con el principio del interés superior del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. En realidad este principio solo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado”. (Aguilar, 2008, p. 230).

En sede nacional Alex Plácido Vilcachagua, investigador en materia derechos de la infancia y de familia, nos dice respecto al concepto el interés superior del niño, lo siguiente:

“(…)el interés superior del niño: es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles”. (Plácido, 2006, p. 52).

Por otro lado el citado autor, también nos habla del proceso de formación del concepto del interés superior del niño, diciéndonos que:

(…) desde su concepción original se le entiende como el instrumento adecuado para hacer efectiva la especial protección que se otorga a los niños, cuyo ámbito de aplicación se ha ido ampliando paulatinamente a partir de la supresión de abusos en el ámbito de las relaciones familiares hasta su consideración en la formulación de leyes y políticas públicas relativas a la infancia. El matiz es de talla: de una definición negativa: no hacer daño al

niño; se ha llegado a una prescripción positiva; asegurarse del bien del niño. (Plácido, 2006, p. 29).

La apreciación del profesor Plácido Vilcachagua resulta importante porque muestra una evolución del concepto de la doctrina de la situación irregular que tenía al menor como objeto de protección, es decir objetos de derecho y la cual se evidencia en todas las constituciones anteriores a 1993; dando paso a la doctrina de la protección integral, una doctrina garantista, que pasa a considerar a los menores como sujetos de derecho con capacidad de decisión acorde con su desarrollo cronológico y emocional; debiéndose orientar todo accionar del Estado en su conjunto al desarrollo de políticas públicas en beneficios de los niños y adolescentes, ésta última posición obviamente es mucho más beneficiosa para el menor dado que respeta su dignidad y hace que su opinión sea escuchada en lo que será mejor para su futuro.

La doctrina de la protección integral, por trata de combinar, el respeto a la dignidad del menor, la obligación estatal respecto a su protección y un sistema de protección acorde a los derechos fundamentales; sin embargo ello no quiere decir falta de acción o debilidad respecto a aquello que se considere lo necesario para el mejor desarrollo del menor; según Garcés Peralta, haciendo referencia al niño, niña y al adolescente en la doctrina de la protección integral nos dice que: "(...) como sujeto de derecho capaz de discernimiento,

además del goce y el ejercicio de sus derechos, los niños, niñas y adolescentes deben también responder por sus actos. Sin embargo requieren un tratamiento diferenciado en función de su especial situación y grado de desarrollo". (Garcés, 2009, p. 272).

Este trato diferenciado es acorde al principio de igualdad consagrado en el artículo 2°, inciso 2° de la Constitución, porque se trata de una diferenciación objetiva, que se fundamenta en la especial situación de vulnerabilidad del menor a quien no se le puede exigir que se comporte o asimile los hechos en la misma condición que lo hiciera un adulto ya formado.

#### **6.1. 4. El Interés Superior del Niño ¿Que viene a ser un principio o una garantía?**

Desde nuestro punto de vista es válido hacernos esta pregunta, porque ella nos lleva a la verdadera naturaleza del interés superior del niño, si es un principio general del derecho ¿Por qué es un principio?; y si es una garantía ¿Por qué es una garantía?; y para contestar esta pregunta debemos comenzar por definir que es un principio, según Rosental, citado por Espinoza Espinoza: "El término *principio* proviene de la expresión latina *principium*, que equivale a fundamento o inicio. En el ámbito filosófico, se afirma que es "un punto de partida, idea rectora, regla fundamental de conducta" (Espinoza, 2005, 399). Para Marcial Rubio Correa nos dice que los principios generales del derecho:

“(…) son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos y del propio Derecho como totalidad. Pueden ser recogidos o no en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia o funcionamiento. (Rubio, 2007, p. 264).

Ahora bien siendo la Convención sobre los derechos del Niño un instrumento pionero para la defensa y protección de la infancia, estando en ella plasmada el interés superior del niño, consideramos que calza perfectamente al término principio, coincidiendo con Aguilar Cavallo, cuando señala que: “(…) éste principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado además, por esa razón, como un “principio general de derecho” (…”. (Aguilar, 2008, p. 226). Respecto a la conceptualización de los principios generales del derecho, no han sido pocos los autores que han intentado una definición, tales como Espinoza Espinoza, quien nos dice: “(…) son proposiciones que pueden provenir de las abstracciones de las normas, los valores o convicciones de un grupo social, y que se exigen recíprocamente al resolverse los casos concretos. Evidentemente, su utilización y aplicación dependerá del grado de sensibilidad jurídica del operador del derecho”. (Espinoza, 2005, 414). Por su parte nuestro TC ha definido los principios generales del derecho de la siguiente manera:

Esta noción alude a la pluralidad de postulados o proporciones consentido y proyección normativa o deontológica que, por tales, constituyen parte de núcleo central el sistema jurídico. Insertados de manera expresa o tácita dentro de aquél, están destinados a asegurar la verificación preceptiva de los valores o postulados ético - políticos, así como las proporciones de carácter técnico-jurídico. (STC. N° 0047 – 2004-AI/TC, fundamento 42).

En cuanto a las garantías, desde su óptica constitucional, ellas son el amparo o protección que contempla la Constitución y que debe conceder el Estado a las libertades conquistadas y a los derechos reconocidos respecto a la persona individual, a los grupos sociales y al mismo Estado, para el mejor desenvolvimiento de cada una de ellos. El constitucionalista austriaco Kelsen, ha definido las garantías de la siguiente manera: “(...) constituyen los medios generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado en relación a la regularidad de los actos estatales en general” (Kelsen, 1994, p. 24). Por tanto una garantía viene a ser un mecanismo de protección ante el Estado y el particular, ante un acto arbitrario, por parte de aquel que se encuentra en desventaja dentro de una determinada relación jurídica, por lo que consideramos que el término garantía también se aplica perfectamente al término interés superior del niño, coincidiendo con el concepto desarrollado por la doctora Beltran Pacheco, resulta muy esclarecedora:

El interés superior del niño debe ser considerado como un principio – garantía que coadyuva a dirimir conflictos de derechos o interpretaciones en el marco de todos los derechos que se reconocen a la infancia. Por ende, no se condice- como se ha intentado justificar- como un principio que se otorga “discrecionalidad” a las autoridades para decidir qué es lo mejor para la infancia independientemente del marco de derechos, sino que debe ser considerado como una garantía absoluta del respeto que ameritan los derechos del niño o adolescente. (Beltrán, 2009, p. 340).

Por su parte, por parte del Ministerio Público, la Fiscal Adjunta Suprema, María Isabel Sokolich Alva, nos dice que:

el Principio del Interés Superior del Niño debe indiscutiblemente ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación



razonada determinará lo mejor para el niño. (Sokolich, 2013, p. 84).

Como principio, debe servir de guía inspiradora al momento de tomarse una decisión que comprometa el futuro de un niño, niña y/o adolescente, es decir que debe propenderse hacia aquello que previsiblemente será lo mejor para el menor (quien es el centro de éste principio) en circunstancias estándares, por lo que consideramos que éste principio encierra una dosis de predictibilidad, lo cual no necesariamente quiere decir que sea invariable, ni que se adecue a las nuevas circunstancias. Un punto de partida importante para la aplicación del mismo, lo constituye el Tercer Pleno Casatorio, Casación N° 4664-2010-PUNO, que ha establecido como precedente judicial vinculante lo siguiente: “En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y en consecuencia debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4° y 43° de la Constitución Política del Estado”.

En definitiva, como sostiene Aguilar Cavallo: “El interés superior del niño no es patnocéntrico, ni estatocéntrico, sino infantocéntrico”. (Aguilar, 2008, p. 244). En cuanto su faz de garantía, consideramos que su aplicación por parte de los operadores del derecho puede ser exigido por sus destinatarios, es decir cualquier menor que se vea en una situación jurídica en las que se estén discutiendo sus derechos y su futuro. Asimismo ésta faz está ligada a la obligación de protección que tiene el Estado hacia el menor, habiéndose señalado que:

(...) el concepto de protección comprende no solo las acciones para evitar cualquier perjuicio sobre el desarrollo del niño y del adolescente, sino también la adopción de medidas que permitan su crecimiento como personas y ciudadanos. De esta forma, en materia de infancia se debe entender por protección “el conjunto de medidas de amplio espectro que recaen sobre la persona humana, dotada de personalidad propia y potencial, que por razón de su edad o circunstancias particulares, requiere de la aplicación de medidas generales o especiales, que garanticen el logro de su potencialidad vital y la consolidación de las circunstancias mínimas para la construcción de su personalidad, a partir del conocimiento del otro y de la necesidad de alcanzar la realización propia”. (RTC. N° 03247-2008-fundamento N° 7).

Una de las grandes falencias del proceso de filiación extramatrimonial, que brilla por su ausencia es que no se considera al niño o adolescente como sujeto derecho, sino como objeto del mismo, no adoptando la actual doctrina de la protección integral, sino la de la situación irregular, ya superada. Nos atrevemos a decir ello en atención a la expresa vulneración del Artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece: “Los niños tienen derecho a opinar y a que esa opinión, de acuerdo con su edad y madurez, sea tomada en cuenta cuando las personas adultas vayan a tomar una decisión que los afecten”, en concordancia con el artículo 9° del Código de los Niños y Adolescentes. El suscrito como representante del Ministerio Público adscrito a un despacho Fiscal de Familia, acudió a una serie de procesos de familia, entre ellos aquel que nos ocupa, presenciando tomas de muestras genéticas para determinar la paternidad de los menores, en los mismos nunca se le preguntó a los niños y adolescentes, sin importar su edad, respecto a su deseo de llevar los apellidos de sus presuntos progenitores, si entendían la trascendencia del proceso, si lo deseaban o si tenían algún deseo de entablar algún tipo de relación con los mismos.

Finalmente, tampoco se evalúa si la eventual declaratoria de paternidad será o no beneficiosa para el interés superior niño, únicamente se basa la decisión en el resultado de la prueba genética,

obviándose una fundamentación más exhaustiva dada la trascendencia de la misma, lo cual resulta difícil dado el escaso caudal probatorio.

## **6.2. El Derecho a la Identidad.**

El derecho a la identidad resulta indispensable por ser el fundamento mismo de la ley bajo análisis, con lo que queremos decir que se ha priorizado éste derecho fundamental por encima de otros como el derecho a probar, la jurisdicción predeterminada por ley, la igualdad, etc. Ello no necesariamente resulta inconstitucional si se ha respetado determinados parámetros constitucionales y se ha respetado los contenidos esenciales de estos otros derechos, en especial del derecho a probar en el que se centra nuestro análisis, por tanto resulta indispensable definir el derecho a la identidad del niño en vinculación también con otros instrumentos internacionales que protegen al menor como persona que aún se está formando.

### **6.2.1. Aspectos conceptuales sobre el derecho a la identidad.**

El derecho a la identidad, se encuentra previsto en el artículo 2°, inciso 1° de nuestra Norma Fundamental, el cual ha sido entendido por jurisprudencia constitucional en su faz positiva como:

(...) el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). (STC. N° 2273 – 2005 – PHC/TC, fundamento N° 21).

Podemos entender que este derecho tutela la biografía de la persona, exige que toda descripción que de él se realice se ajuste a “su verdad”, que sea fiel a las ideas, pensamientos, opiniones, actitudes, es decir a su esencia; que haya expresado o realizado en el contexto en el que se desenvuelve y que constituyen, la expresión fenoménica o proyección de su personalidad. No se trata de la valoración de la conducta de la persona, o sea, de la emisión de un juicio sobre la actuación de aquella, sino de lo que “el sujeto es”. La referencia debe ser, por ende, a su “mismidad” o, en otros términos, a su patrimonio ideológico, cultural, político, profesional, social, etc. En suma, al “perfil personal” que le respecta. Como puede apreciarse el derecho a la identidad no es un tema sencillo ya que encierra a nuestra consideración una gran dosis de subjetividad, situación que es advertida por Elizondo Breedy y Carazo Vicente, quienes señalan que:

“Si asumimos que cada uno de nosotros, es decir cada ser humano, es único e irrepetible, entonces la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo”. (Elizondo y Carazo, 1998, p. 378).

La identidad, que da cuenta de la personalidad (proyectada) de cada individuo, no es una casa acabada o compacta, precisamente por ser atañedora a una persona. Por el contrario, precisamente por el hecho de que el hombre es un ser dinámico, cambiante, lábil, proyectivo, abierto al futuro, etc., el perfil de éste puede enriquecerse a lo largo del tiempo, en base a las experiencias y vicisitudes de la vida en comunidad. La “historia” que todo ser humano escribe, capítulo por capítulo, sólo se agota con la existencia misma de quien es arquitecto de sus obras y autor de su destino. Es por ello que la identidad personal es versátil y mutable. Lo que damos por cierto en un momento determinado, es posible que ya no lo sea en un futuro cercano.

La Corte Constitucional de Colombia, en un caso relativo a transexualidad de un joven varón transformado en mujer por ignorancia de sus padres e insensibilidad médica, nos ha señalado que el derecho a la identidad presupone un derecho constitucional a la dignidad, habiendo manifestado lo siguiente: “El derecho a la dignidad, se constituye a su vez en fuente de otros derechos. Razón por la cual toda violación al derecho a la identidad, es a su vez una vulneración al

derecho a la dignidad humana (...). (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, SU-377/99 de fecha 23 de octubre de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, F.J. N° 17). Más adelante, en el mismo fundamento, el pronunciamiento citado nos da más luces sobre este derecho y su fundamento, señalando que:

(...) Como se ve, en el derecho a la identidad la persona es un ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia **ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna válida**. Tal autonomía, implica a la persona como dueña de su propio ser. La persona por su misma plenitud, es dueña de sí misma, es sujeto autónomo y libre. En otros términos, el distintivo de ser persona y fundamento de la dignidad de la persona es el dominio de lo que quiere ser.

El reconocimiento de éste derecho fundamental que está consagrado en nuestra Constitución tiene una faz negativa, que significa como bien lo señala Fernández Sessarego quien nos dice que: "(...) nadie puede desnaturalizar o deformar la identidad, atribuyendo a la persona calidades, atributos, defectos, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le son propios ni negar su patrimonio ideológico – cultural, sus comportamientos, sus pensamientos o actitudes". (Fernández, Carlos, 2008, p. 2008, p. 19).

### **6.2.2. Contenido esencial y dimensiones del derecho a la identidad.**

El derecho a la identidad según el profesor Enrique Bernales Ballesteros tiene distintos contenidos para la persona, los cuales son desarrollados por él, entre los que refiere:

- En primer lugar a su identidad en el sentido de identificación, lo que incluye su nombre y seudónimo, sus registros legalmente establecidos (de seguridad social, de ciudadanía, etc.) y los títulos y demás beneficios que contribuyen a darle ubicación y significación en la sociedad (grados, títulos, condecoraciones, reconocimientos, etc.) Cada uno de estos elementos conforman la identidad individual en sociedad, que no es otra cosa que la manera de distinguirse de los demás. Tanto en el nombre como el seudónimo han sido expresamente tratados en el Código Civil.
  
- En segundo lugar, a los aspectos familiares de su identidad, es decir, a su pertenencia a la sociedad porque forma parte de una familia, institución natural y fundamental de la sociedad, como lo dice el artículo 4 de la Constitución.
  
- En tercer lugar, a los aspectos psicológicos de la identidad; es decir, al derecho a mantener una propia percepción de sí mismo, asumiéndola en su relación con los demás. Esta incluye identidades de sexo, raza, culturales, religiosas, familiares y, en general, creencias, costumbres y modos de actuar que dan identidad propia a la persona. (Bernales, 1999, p. 114).



En la jurisprudencia constitucional nuestro TC ha referido respecto al contenido del derecho a la identidad que: “(...) comprende tanto al derecho a un nombre – conocer **a sus padres y conservar sus apellidos** –, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica”. (STC. N° 0444 – 2005 – PHC/TC, fundamento N° 4). (Las negritas son nuestras). El Alto Tribunal también ha dicho respecto al contenido esencial del derecho a la identidad, lo siguiente:

(...) el derecho en mención importa atribuir jurídicamente a una persona la aptitud suficiente para ser titular de derechos y obligaciones. Es reconocimiento, realizado sobre la base de una concepción ontológica del ser humano constituye el fundamento para que el individuo pueda desenvolverse plenamente dentro del proceso de interacción social, implicando a su vez, la obligación - tanto del Estado como de los particulares- de respetar esta subjetividad jurídica. (STC. N° 02432 – 2007 – PHC/TC, fundamento N° 13).

Finalmente, respecto a las dimensiones que comprende el derecho a la identidad, se ha dicho que comprenden dos vertientes una estática y una dinámica, las cuales son explicadas por el Dr. Carlos Fernández Sessarego, quien nos dice: “La identidad, constituyendo un concepto unitario, posee una doble vertiente. De un lado, aquella estática, la que

no cambia con el transcurrir del tiempo. La otra dinámica, varía según la evolución personal y maduración de la persona". (Fernández, Carlos, 2008, p. 2008, p. 19). Por su parte el TC ha señalado respecto a la dimensión dinámica, lo siguiente:

Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser visto simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos. (STC. N° 2273 – 2005 – PHC/TC, fundamento. N° 22).

Con relación a esta última vertiente del derecho a la identidad. El profesor Carlos Fernández Sessarego, quien es uno de los mayores estudiosos sobre los derechos de la personalidad en el país y el América, nos dice:

La identidad dinámica está compuesta por un complejo de conjunto de atributos y calificaciones de la persona que pueden variar con el tiempo, en mayor o menor medida según la coherencia y consistencia de la personalidad y la cultura de la persona. Se trata de las creencias filosóficas o religiosas, la

ideología, los principios morales, la profesión, las opiniones, las actitudes, la inclinación política, la adhesión a ciertas soluciones económico – sociales, el perfil psicológico, la sexualidad, entre otros atributos dinámicos de la persona. (Fernández, 2008, p. 20).

El derecho a la identidad contiene dentro de sí varios otros derechos que son importantes de resaltar para el análisis de la Ley de Filiación Extramatrimonial, tales como el derecho al nombre y el derecho a conocer a nuestros padres, lo que ha sido llamado también como el derecho a la “verdad biológica”. (Mosquera, 2006, p. 154), ellos se encuentran dentro de su vertiente estática. Con relación al nombre, éste constituye una exigencia de la vida en sociedad. Es un medio que logra la separación de una persona dentro de un grupo, respetando de ése modo la individualidad o singularidad de cada persona. Además se presenta como un interés para el ser humano para ser denominado por medio de signos convencionales que le han sido atribuidos. Dicho interés que es el que sirve de soporte al ordenamiento jurídico para reconocer un derecho al nombre. El nombre tiene como funciones: La individualización que consiste en separar a los individuos para distinguirlos, y b) La identificación, que sería un proceso investigativo – o su efecto – mediante el cual se reconoce si una persona o cosa es lo que se supone o busca. Los elementos del nombre vendrían a ser “el nombre de pila” y los apellidos; la norma peruana genera confusión puesto que el nombre

comprende tanto el nombre como los apellidos; sin embargo debemos entender que el nombre en sí se refiere al prenombre como el elemento característicamente individual de la designación, elegido libremente por quienes tienen la voluntad de atribuirlo, tales como los progenitores en principio. En relación al apellido éste es el elemento predeterminado del nombre de toda persona, ya el que debe atribuirse a los hijos es el que corresponde a los progenitores. Así, al niño se le asigna el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre.

El derecho a la identidad a nuestro entender es un derecho matriz del cual forma parte el derecho a la verdad biológica inserto en la normativa bajo análisis, respecto al Mosquera Vásques ha dicho que:

(...) aunque no ha sido recogido en forma expresa en la Constitución, al derivar el principio de la dignidad humana, atendiendo a que su finalidad es que cada persona conozca su origen biológico, es considerado como un derecho, cuyas implicancias no son solamente de interés privado por el derecho que le asiste a cada ser humano de conocer a su origen biológico sino que existe un interés público pues se discute el estado de familia de una persona. (Mosquera, 2006, p. 154).

La Convención sobre los Derechos del Niño, con el siguiente texto: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una

nacionalidad y, **en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos**” (Las negritas son nuestras). Al respecto, el profesor Alex Plácido Vilcachagua nos refiere:

El principio de verdad biológica significa que cada sujeto podrá figurar como padre o como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente lo sea, puesto que dispondrá de unos medios que el derecho pone a su alcance – y que son fundamentalmente las acciones de filiación – para rectificar la situación que vive si no está conforme con ella, es decir, para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo si legalmente tal unión no consta. (Plácido, 2010, p. 17).

El principio de verdad biológica aplicado a la colisión entre los derechos del hijo declarado y los del padre impugnante, según el jurista español Hernán Corral Talcini, citado por Juan Jesús Wong Abad, señala que:

El principio de verdad biológica nace, por tanto, como un estándar normativo que va en beneficio del hijo que ha sido procreado, pero que va más allá, por cuanto se entiende al derecho del padre formal a destruir la filiación que no corresponde a la realidad biológica, y ello aunque vaya en contra del interés del hijo, que podrá quedar sin padre legal.

También se amplía al interés del padre biológico para impugnar la paternidad formal en beneficio no sólo del hijo sino del mismo progenitor demandante. Pareciera, en consecuencia, que el principio de verdad biológica es valorado no sólo como una expresión del principio de protección al hijo (*favor filii*) sino como una pauta normativa que interesa a toda la regulación de la filiación, con todos sus involucrados: padres e hijos. En suma, el principio de verdad biológica es considerado un elemento que favorece una mejor organización y desarrollo de los lazos familiares que se generan por la filiación. En el fondo, la ley asume que la verdad, incluso aunque inesperada y a veces dura, es mejor que la falsedad y la mentira en la regulación de la familia: *verita libera nos* (la verdad nos hará libres). (Wong, 2016, p. 136). (Énfasis agregado).

Nosotros consideramos que el actual proceso especial de filiación extramatrimonial no tutela adecuadamente el derecho a la identidad de niño y el adolescente, ya que plasma una solución simplista al problema del no sometimiento a la prueba genética del ADN por parte del presunto progenitor, el cual consiste en declararlo automáticamente padre, lo cual no necesariamente se condice con la realidad, y lo que resulta sumamente peligroso porque no se cuenta con un caudal probatorio suficiente para llegar a dicha conclusión, ya que el legislador, en un afán por simplificar el proceso y convertirlo en uno especial (monitorio o sumario), a comparación del anterior que era de

conocimiento, vulneró el derecho a probar de la parte demandante, afirmaciones que oportunamente hicieron juristas de la talla de Alex Plácido Vilcachagua y Eugenia ArianoDeho, y que el suscrito comparte.

La verdadera tutela del derecho a la identidad del niño y el adolescente no consiste en dar una solución simple y rápida, sino en una decisión justa que sea acorde al principio de verdad biológica, más aún si se cuenta con la ciencia y la tecnología para ello, es decir la efectivización de la prueba de ADN, la cual debe ser otorgada gratuitamente por el estado, sin perjuicio de serle cobrada posteriormente a la parte vencida a través de diversos mecanismos y eventuales sanciones; y, en caso de que ello no sea posible por la negativa del presunto progenitor, declarar la paternidad contando con el material probatorio correspondiente y no con una mera imputación,, coincidiendo con lo señalado con Erika Céspedes Suzuki cuando nos dice:

En realidad, lo que la Ley N° 28457 – en especial su artículo 2° - ha buscado es darle a la negativa a la práctica de la prueba de ADN un carácter tasado superior y excluyente, toda vez que lleva al juez a declarar de inmediato la paternidad **sin considerar otras pruebas**. El juez se abstrae de la inexistencia absoluta de prueba y se centra en la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica de manera que la sola negativa implica paternidad, lo cual es un claro atentado contra

el principio de valoración conjunta de la prueba recogido en el artículo 197 del Código Procesal Civil, que si fue recogido en la Ley N° 27048° (...). (Céspedes, 2005, p.7).

### **6.3. EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.**

#### **6.3.1. Concepto, fundamento y alcances.**

En la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 007-2006-PI/TC, con énfasis en los fundamentos 45 al 50, se señaló que: “(...) el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un *derecho fundamental innominado o implícito* que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3 de la Constitución). Asimismo, en el fundamento 18 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0032-2010-PI/TC, señaló:

En el Estado Constitucional, la aludida libertad natural se traduce en una libertad jurídica protegida constitucionalmente, de forma tal que todo acto orientado a limitarla debe, de modo obligatorio, encontrarse constitucionalmente justificado. Este principio medular encuentra expresión en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, conforme al cual “[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; aunque, como se ha dicho, tal obligación o prohibición



legal sobre el ejercicio de la libertad, no puede ser cualquiera, sino solo aquélla que encuentre sustento en los propios valores constitucionales.

En el derecho civil, el reconocido jurista sanmarquino Carlos Fernández Sessarego, respecto a la inherencia de la libertad al ser humano, nos dice: “El hombre está forzado a elegir entre los posibles proyectos, tiene que decidirse. Y estas decisiones previas a todo acto psíquico, pensante, efectivo o volitivo. El decidirse es anterior a la voluntad, que es precisamente lo que pone en marcha nuestra decisión. Y el elegir, el decidirse, es una forzosidad: la forzosidad de ser libres. El hombre es libertad que se proyecta. Libertad irrenunciable, constitutiva”.

(Fernández, 2017, p. 116-117).

Por su parte, el profesor Mijail Mendoza Escalante, refiere sobre el fundamento de este derecho fundamental no enumerado, lo siguiente:

(...) este derecho denota la “libertad de actuación humana en el sentido más amplio”, la “libertad de actuación en sentido completo”<sup>2</sup> . Desde esta perspectiva, él ha de proteger un “derecho autónomo que garantiza la libertad general de actuación del hombre”<sup>3</sup> . La formulación original de esta

disposición contribuye a su exacta comprensión. Ella decía: “Toda persona puede hacer y omitir lo que quiera. (Mendoza, 2008, p. 1).

Por nuestra parte, respecto al fundamento de este derecho, coincidimos con Juan Manuel Sosa Sacio cuando indica:

(...) consideramos que reconocer el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad como un derecho fundamental no enumerado ha sido un error conceptual del Tribunal Constitucional. Al respecto, solo adelantaremos que este derecho puso adscribirse a la disposición que reconoce el derecho al libre desarrollo y bienestar (artículo 2, inciso 1 de la Constitución), que la existencia de este derecho debía ser determinada por el constituyente y no por el juez, y finalmente que no cumple con los criterios indicados para el reconocimiento de los derechos implícitos. (Sosa, 2009, p. 133-134).

Según nos ilustra el profesor arequipeño Mijail Mendoza Escalante, el derecho tiene su antecedente jurisprudencial primigenio en Alemania, en el caso Elfes, en el cual el Tribunal Constitucional de ese país señaló que: “(...) este derecho denota la “libertad de actuación humana en el sentido más amplio”, la “libertad de actuación en sentido completo”. Desde esta perspectiva, él ha de proteger un “derecho

autónomo que garantiza la libertad general de actuación del hombre”. La formulación original de esta disposición contribuye a su exacta comprensión. Ella decía: “Toda persona puede hacer y omitir lo que quiera” ”. (Mendoza, 2008, p. 2).

Asimismo, José Manuel Sosa Saco nos dice respecto a sus alcances que: “(...) lo garantizado prima facie es la libertad humana en el marco de la ley; o si (2) lo garantizado prima facie es la libertad humana en términos generales y, por tanto, toda actuación estatal debe ser razonable y proporcional, aunque no hayan derechos fundamentales específicos en riesgo, pero si algún ámbito humano de libertad que se vea restringido”. (Sosa, 20019, p. 135). Más adelante nos dice también que: “(...) lo que está en juego es como se definen las relaciones entre la libertad y la autoridad, entre el individuo y el Estado”. (Sosa, 2009, p. 136).

### **Estructura.**

En doctrina alemana, el profesor Robert Alexy nos ilustra sobre la estructura de este derecho general de libertad, señalando:

La libertad general de acción es la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera. Que la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera está protegida (...) significa dos cosas. Por una parte, a cada cual le está permitido prima facie-es decir, en caso que no

intervenga *restricciones*- hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva). Por otra, cada cual tiene prima facie, es decir, en la medida que no intervengan *restricciones*, un derecho frente al Estado a que este no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas (norma de derechos).

(Alexy, 1997, p. 355).

Asimismo, el maestro alemán plantea, entre otras opciones posibles, una norma de derecho general de libertad, la cual es la siguiente: “Toda acción (hacer u omisión) está permitida, a menos que esté prohibida por una norma jurídica formal **y materialmente constitucional**”. (Alexy, 1997, p. 355). (Énfasis agregado).

### **6.3.2. Relación del derecho al libre desarrollo de la personalidad con y la sentencia que declara erróneamente la paternidad extramatrimonial.**

El artículo 6° de la Constitución Política del Perú, en su segundo párrafo, establece: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”. Por otro lado, el artículo 423° del Código Civil y el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes establecen los deberes y derechos que genera la patria potestad respecto de los padres para con sus “hijos”, entre ellos alimentarlos, educarlos, corregirlos representarlos, etc.

Sin embargo, la pregunta sobre la que ha girado este trabajo radica es si dichos deberes que nacen de la propia Constitución y de normas infralegales merecen ser conservados ante la inexistencia de un vínculo filial de carácter biológico que fue declarado en una sentencia judicial, una situación jurídica que marcará indefectiblemente la vida de seres humanos, padre legal e hijo legal, mas no biológico. En el primer caso, se estará ante un hombre al que se le obliga a que acepte una paternidad que no le corresponde y en el segundo caso se le impondrá llamar padre a un hombre con el que no tiene un vínculo filial, y que muy difícilmente podrán llegar a sentir afecto el uno por el otro, más allá del solo nexo económico de una pensión alimenticia. A lo que cabe preguntarnos: ¿Vale la pena mantener semejante falacia?. Nuestra respuesta es un rotundo no, porque no puede sostenerse un deber o una obligación que nazca una falacia.

Ambos sujetos, padre legal e hijo legal, deben ser capaces de impugnar esta situación, aunque con plazos de prescripción distintos, en atención a las distintas situaciones de los sujetos. Dicha situación no encuentra justificación ni en la norma constitucional y tampoco legal, porque no se condice con un contenido material de justicia.

#### **6.4. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.**

La Constitución Política del Perú (CPP), prescribe:

Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

Nuestro Código Civil, prescribe:

Artículo VIII.- Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

Finalmente, el Código Procesal Civil, prescribe:

Artículo III.- En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso. (segundo párrafo).

No todas las situaciones jurídicamente relevantes han sido previstas por el legislador, y no tiene una acción específica que las

tutele, por lo que las normas citadas resultan muy relevantes para encontrar una solución a las mismas. En tales supuestos se utiliza la integración jurídica para llenar los vacíos o lagunas que presenta el ordenamiento jurídico. Respecto a la alusión de la norma constitucional a los principios generales del derecho (igualmente aplicable a las normas infralegales), el profesor Heber Joel Campos Bernal, nos dice: “La finalidad de esta media era, por un lado, no dejar de administrar justicia, ante la ausencia de una regla clara y expresa, y por el otro, impedir que los jueces, mediante la interpretación de los principios, impusieran su propio arbitrio a los ciudadanos”. (Campos, 2010, p. 413).

En palabras del profesor Marcial Rubio Correa: “La integración jurídica, a diferencia de la interpretación, se produce cuando no hay norma aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica. La integración jurídica, así, no aplica normas sino que en realidad crea una norma para el caso”. (Rubio, 2007, p. 242-243).

Desde el Código Procesal Civil, éste utiliza el principio de integración del derecho procesal, respecto al cual Juan Monroy Gálvez ha señalado: “El principio en examen concede al juez la posibilidad de cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas o contradicciones sobre la base de ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido entre estos”. (Monroy, 2009, p. 213).

Respecto al concepto de *Laguna del Derecho*, el profesor Marcial Rubio Correa señala que: "(...) puede ser definida como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debe estar regulado por el sistema jurídico". Más adelante, el citado autor, respecto al concepto *Vacío del Derecho*, nos dice que se trata de: "(...) un suceso para el que no existe una norma jurídica aplicable y que se considera que no debe estar regulado por el derecho rigiéndose, en consecuencia, por los principios hermenéuticos aplicables (...)". (Rubio, 1997, p. 244).

Nosotros consideramos que ante la no existencia de una norma legal que permita impugnar la sentencia que declara erróneamente la paternidad extrmatrimonial se presentan dos situaciones: 1) La primera, es que **este supuesto debió estar regulado por el sistema jurídico** en atención a la estructura del proceso regulado en la Ley N° 28547, es decir, un proceso monitorio, donde se buscaba tutelar rápidamente el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial, lastimosamente infringiendo una serie de derechos del presunto progenitor, como el derecho a probar, y si bien se cuenta con un recurso de apelación, el costo de la prueba no puede ser cubierto en tan corto tiempo por un peruano promedio, por lo que debió optarse por la posibilidad de que dicha declaración de paternidad pueda ser impugnada en un proceso posterior y con un plazo de prescripción más largo; y, 2) La segunda, que es la situación actual, este supuesto **no está regulado**



**actualmente por el ordenamiento jurídico**, pero puede ser regulado vía integración jurídica, cuando el operador jurídico creativo acuda a los principios generales del derecho. Dado el estado actual de las cosas, esta es la situación en la que nos encontramos y en la que hemos centrado el presente trabajo de investigación; a lo cual corresponde determinar que método de integración jurídica debe utilizarse para llegar a una solución aceptable por el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, nos encontramos ante una vacío legal que el legislador nunca quiso llenar en el entendido de que la sola negativa del presunto padre a la realización de la prueba genética del ADN, bastaba para acreditar el vínculo genético, es decir, que ésta declaratoria de paternidad extramatrimonial era suficiente para aseverar que la verdad legal y la verdad biológica se correspondían. Lo cual, como es evidentemente, no es necesariamente cierto.

#### **6.4.1. La analogía como una forma de suplir el vacío normativo detectado.**

Según el profesor Marcial Rubio Correa: “La *analogía* es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia”. (Rubio, 2007, p. 247). Por su parte, para el profesor Juan

Espinoza Espinoza: “La analogía es un razonamiento o procedimiento lógico que tiene determinados efectos jurídicos, mediante el cual quien interpreta y aplica el derecho puede superar las eventuales insuficiencias o deficiencias de previsión legislativa haciendo recurso a la disciplina jurídica prevista para un caso similar”. (Espinoza, 2005, p. 184).

Asimismo, el Marcial Rubio Correa nos indica cómo funciona dicho método de integración jurídica, diciéndonos que simplificada y formalizadamente la analogía funciona así:

- El supuesto de la norma jurídica describe un hecho con características “A, B, C, D” y le asigna lógico-jurídicamente la consecuencia “X”.
- En la realidad se da un caso cuyas características son “A, B, C, E”; por lo tanto ese caso real no es considerado exactamente dentro de la norma antedicha.
- El agente que aplica el Derecho en este caso, analiza las semejanzas y diferencias entre los dos hechos anteriores, el descrito como “A, B, C, D” y el que ocurre como “A, B, C, E” y concluye que lo esencial en ambos es el grupo de características “A, B, C” siendo accesorios y no relevantes los rasgos “D” y “E” (que constituyen la diferencia entre ambos), de lo que aparece su semejanza esencia.
- El agente no encuentra en el sistema jurídico ninguna limitación ni impedimento para que al hecho “A, B, C, E” la consecuencia “X”.
- El agente le asigna al hecho “A, B, C, E” la consecuencia “X”. (Rubio, 2007,

p. 247).

En palabras del mexicano Mario I. Álvarez Ledesma, existen dos tipos de analogías: “La **analogía iurises** el procedimiento de integración que consiste en extraer de todo el sistema jurídico o de una parte del mismo una nueva regla para la laguna del ordenamiento jurídico. Mientras que la *analogía legis* obtiene la norma integradora de otra ley o norma singular, la *analogía iuristoma en consideración todo el sistema normativo o parte de él*”. (Álvarez, 2010, p. 303).

Marcial Rubio Correa también nos señala que “(...) el hecho ocurrido en la realidad es esencialmente igual al que describe el supuesto de la norma cuya consecuencia aplica, aun cuando es un hecho definitorio de aquel”. (Rubio, 2007, p. 248). Asimismo, Juan Espinoza Espinoza nos habla de los límites de la analogía, señalando: “En caso de que la ley establezca excepciones y restrinja derechos. La limitación radica en la seguridad jurídica y el principio de legalidad. Aquellos supuestos no previstos por la norma excepcional se regulan por la norma general”. (Espinoza, 2005, p. 184).

Pues bien, en el ordenamiento jurídico tenemos una norma que, utilizando la analogía, bien podría adecuarse al supuesto de hecho previsto para los casos en que se emitan sentencias erróneas que declaran la paternidad extramatrimonial, en el marco de la Ley N° 28457, la cual sería el artículo 439° del Código Procesal penal, que establece: “La

revisión de las sentencias condenatorias firmes procede, sin limitación temporal y sólo a favor del condenado, en los siguientes casos:4. Si con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado”. De lo expuesto, la opción tomada nos pondría en el supuesto de la analogía legis, ya que estaremos tomando la solución de otra norma del ordenamiento jurídico, la cual establece que en caso de que se descubran hechos o pruebas nuevas (que en este caso sería la realización de una prueba de ADN de parte) es capaz de desvirtuar, en este caso, la imputación de paternidad hecha por la parte demandante (genralmente la madre), elemento más fuerte que la sola presunción de paternidad establecida en la norma. Por tanto, coincidimos con Enrique VarsiRospigliosi cuando en la entrevista que se le realiza en el portal de Legis, indica que al no haberse realizado la prueba de ADN no existe cosa juzgada y por lo tanto debe existir la posibilidad de impugnarse la declaración de filiación extramatrimonial que no se condice con la realidad formal, al no realizarse la esencia del proceso: la dilucidación de la verdad biológica, sin embargo, al no ser procesalista, señala que no tiene claro cual sería ese proceso. (Varsi, 2017).

Somos conscientes que a muchos le resultará exagerado pretender aplicar una norma procesal penal a una problemática inherente al proceso de familia, pudiendo alegar la imposibilidad de ello por vulnerar el principio de legalidad de los recursos y la no aplicación de la analogía a para

situaciones que establecen excepciones o restrinja derechos. Sin embargo, en el primer caso, como oportunamente advertimos la revisión es más una acción autónoma que un recurso, por lo que no le sería aplicable dicho principio; y, respecto al segundo argumento ya hemos considerado que la cosa juzgada prevista en la Ley N° 28457 es más formal que material, la cual debe ser ponderada con el principio de interés superior del niño y otros derechos fundamentales, lo cual demanda del operador jurídico una gran carga argumentativa en cuanto al pedido y resolución de dichas situaciones. Sobre el particular, en el siguiente apartado haremos la respectiva ponderación entre los derechos.

#### **6.5.El principio de proporcionalidad aplicado específicamente a los derechos fundamentales en conflicto.**

Acercándonos a la parte culminante de nuestra investigación abordaremos las técnicas para resolver conflictos entre derechos fundamentales como son la ponderación y el principio de proporcionalidad, enfocados desde la óptica de los derechos y principios en conflicto respecto a la impugnación de la sentencia que declara erróneamente la filiación extramatrimonial, como son el interés superior del niño, el derecho al libre desarrollo de la personalidad del padre formal, el derecho a la identidad del menor de edad (derecho a conocer a sus progenitores), el derecho a la impugnación, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a la cosa juzgada; en esta segunda parte del trabajo analizando la ponderación de los mismos a fin de

encontrar una solución compatible con los valores y principios plasmados en nuestra Constitución Política.

Las normas que integran el ordenamiento jurídico se pueden dividir básicamente en reglas y en principios, en los primeros hay un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, en la aplicación de ellos para la solución de una controversia o incertidumbre de relevancia para el derecho, el operador jurídico realiza una subsunción, es decir que si los hechos se encuadran dentro de la norma aplicará la consecuencia jurídica que ella prevé; si bien se pueden presentar antinomias, es decir ocasiones en que dos reglas, pueden regular dos supuestos de hecho con consecuencias jurídicas distintas, ellas tienen criterios específicos para resolver estas situaciones, como son la jerarquía, la especialidad y la temporalidad, primando definitivamente una regla e invalidando a la otra, por lo que entendemos que las reglas exigen un cumplimiento pleno de ellas, y por ello solo pueden ser cumplidas o incumplidas, tal como nos dice Robert Alexy: “ Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos *definitivos*” .(Alexy, 2010, p.14).

En cambio, lo que sucede en el caso de las reglas no se da con los principios, porque ellos no se circunscriben a supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, ni uno invalida al otro en caso de conflicto, dado que ambos se encuentran en un mismo plano de igualdad, tales como el derecho al honor, como la libertad de expresión o la intimidad; como bien apunta Atienza, en relación a su diferencia con las reglas: “La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma

abierta, mientras que las reglas lo hacen de formas cerrada”. (Atienza, 1996, p. 30-31); es por ello que como nos dice de nuevo Alexy: “(...) los principios son *mandatos de optimización*. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”. (Alexy, 2010, p.14). Por esta razón, para resolver los conflictos entre principios, la subsunción resulta insuficiente, debiendo recurrir a técnicas como la ponderación y el llamado principio de proporcionalidad, lo que traerá como consecuencia la precedencia condicionada de uno de los principios en atención al caso particular que se plantea, pero esa precedencia condicionada puede variar si se presentan circunstancias distintas, es decir no es absoluta.

La mejor acepción para el término ponderación, según el español Luis Prieto Sanchis:

“(...) es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio del peso entre dos cosas. En la ponderación hay siempre intereses en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión”. (Prieto Sanchis, 2010, p. 93).

Por su parte, desde Colombia Jaime Araujo Renteria considera que la ponderación consiste en: “(...) instituir entre los dos principios

en conflicto una jerarquía axiológica móvil”. (Araujo, 2006, p. 864). Más adelante dicho autor manifiesta lo siguiente: “La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro”. (Araujo, 2006, p. 865). Asimismo, Carlos Bernal Pulido nos dice respecto al término ponderación nos dice que: “(...) representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas prima facie. La ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración de s/u jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos y todas las posibilidades incompatibilidades entre normas prima facie que fundamentan” (Bernal, 2010, p. 45).

En cuanto al principio de proporcionalidad, como atributo del Estado Social y Democrático de Derecho, se encuentra reconocido por el último párrafo del artículo 200° de nuestra Constitución, y configurado además en los numerales 3° y 43° de la Carta Magna, siendo invocado en diversas ocasiones por el TC, al momento de resolver casos donde se juzgaba la legitimidad constitucional de normas que habían sido impugnadas, la restricción de derechos fundamentales en procesos penales y también para controlar la potestad sancionadora de la Administración. Sobre el particular, en sede nacional, GiancaloCresci Vasallo considera que: “El concepto de proporcionalidad supone, valga la redundancia, proporción entre los medios utilizados y la finalidad perseguida” (Cresci, 2009, p. 17).



En cuanto al rol del principio de proporcionalidad dentro del Estado Constitucional y en la delimitación de los derechos fundamentales de Derecho, el profesor Pedro Grandez Castro nos dice lo siguiente: “El principio de proporcionalidad vendría a cumplir un rol instrumental de naturaleza principalista de las normas iusfundamentales, en la medida en que permite establecer, con alto grado de corrección, el contenido del mandato establecido en una disposición cuyo cumplimiento no puede realizarse “todo o nada”, sino que más bien invoca un cumplimiento gradual”. (Grandez, 2010, p. 340).

La jurisprudencia del TC, también nos da luces sobre la naturaleza y el origen de este principio señalando:

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción debe analizarse en el ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona. (STC. N°

0010-2002-AI/TC, F.J. N° 195).

Asimismo, Hernando Nieto en relación a la utilización de este principio por los magistrados explica cuáles son los pasos a seguir:

Por lo tanto, este juez instruido en las técnicas neoconstitucionales y de argumentación jurídica podría apelar entonces al también llamado juicio de proporcionalidad, efectuando primero una subsunción para ver si los hechos en cuestión están incluidos en la normativa constitucional (fin lícito) y observando luego si la medida restrictiva (en este caso supongamos, la suspensión de una marcha es idónea (vale decir, si es la más adecuada para proteger el orden público y la libertad de tránsito), si es necesaria (si no existe otra medida menos gravosa que logre el mismo resultado) para, finalmente, llegar a la aplicación del subprincipio de ponderación, en el que la aplicación de la regla “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de una de las partes mayor deberá ser el grado de satisfacción de la otra” nos dará la respuesta final que, en este caso, sería la supresión de la marcha. (Nieto, 2009, p. 199).

#### **6.5.1. La finalidad constitucionalmente legítima que se busca con la intervención corporal al presunto progenitor.**

Con la implementación de un proceso de impugnación de la sentencia que declara erróneamente la filiación extramatrimonial buscamos: 1) Garantizar el interés superior del niño, ya que si bien, tal como está formulado el actual proceso de filiación extramatrimonial pretende otorgarle al niño su derecho a la identidad, al nombre y a sus alimentos, si el mismo se fundamenta en una mentira lo que generará será resentimiento y desolación tanto en el menor de edad, como en el padre legal, lo que será la causa de nuevos conflictos. Más aún si la decisión arribada no se fundamenta en la verdad biológica, y tampoco se ha tomado en cuenta la opinión del niño para arribar a la misma; 2) el derecho a la identidad del menor en su vertiente de conocer a sus progenitores en la medida de lo posible, en tal sentido, este debe tener la posibilidad de impugnar una filiación impuesta judicialmente, pero no se condice con la realidad biológica, al ser este un derecho imprescriptible; 3) el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y a la impugnación, ya que la ausencia de un proceso establecido para impugnar este tipo de decisiones jurisdiccionales (más allá de la sola apelación), no puede ser justificación para consagrar decisiones materialmente injustas y con nefastas consecuencias futuras, en tal sentido, el operador de justicia (juez) debe estar en capacidad para que, aplicando adecuadamente los valores, principios y derechos constitucionales, además de creatividad en la técnica jurídica, ya que creemos que el derecho no se acaba en la norma positiva, sino que también tiene que tutelar situaciones no previstas por el legislador y que devienen por el propio avance de la

sociedad; 4) la optimización del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad también se constituye como una finalidad constitucionalmente legítima, al no considerar justa que una filiación legal se sustente sin tener materialidad biológica, imponiendo al padre legal a hacerse cargo de una hijo que no es suyo, cambiando así su proyecto de vida y aspiraciones propias; 5) finalmente, somos de la opinión que el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley también se ve optimizado con la solución esbozada, la cual resuelve una controversia jurídica importante en el derecho de familia, derecho constitucional y derecho procesal.

En tal sentido, consideramos que, en atención a las finalidades perseguidas es plenamente constitucional, consistente en la vigencia de los derechos fundamentales mencionados.

#### **6.5.2. Idoneidad.**

Respecto al examen de idoneidad, este nos plantea una relación entre el medio y el fin que se busca alcanzar, es decir si afectándose, interviniéndose o limitándose un derecho se contribuye a optimizar otro, para lo cual la medida tomada sea realmente eficiente y certera para lograr dicha finalidad. Resultaría ilógico y absurdo que se limite un derecho a través de una medida que no contribuya a la realización u optimización de otro derecho, porque el sacrificio sería inútil, se trata de establecer como lo dice el TC: "(...) si la restricción en

el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar". (STC. N° 579-2008- PA/TC, F.J. N° 25).

En un sentido similar, Laura Clericó considera que:

Desde el punto de vista del derecho limitado se plantean varias interrogantes. El primero se refiere a la relación entre el medio y el fin de la norma. Si el afectado tiene que soportar una restricción a su derecho, por lo menos, **se espera que el medio pueda fomentarel logro del fin**. De lo contrario las razones que tratan de justificar esa restricción se desvanecen desde el punto de vista empírico. (Clericó, 2010, p. 118-119). (Las negritas son nuestras).

Consideramos, que la implementación de un proceso de un proceso de impugnación de la sentencia que declara erróneamente la filiación extramatrimonial, realizado de forma adecuada, es la vía idónea para tutelar los derechos fundamentales involucrados, dado que, al implicar dejar sin efecto una decisión que ha recaído en la determinación del derecho a la identidad y que tiene la calidad de cosa juzgada (formal), por lo que el proceso de conocimiento el ideal para evaluar y ponderar los derechos en juego de las partes, dada la amplitud del mismo y en el cual podrán hacer valer todas sus alegaciones. Siendo así, el proceso de revisión que se plantea es una manifestación de los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y a la

impugnación; asimismo, la aplicación por analogía del artículo 439°, numeral 4 del Código Procesal Penal resulta viable dado el supuesto de prueba nueva que será ofrecida por la parte demandante, sobre el cual recaerá la carga de probar la razón de su no realización oportuna dentro del proceso original.

### **6.5.3. Necesidad.**

Respecto al examen de necesidad, esta fase del proceso de evaluación de la medida que afecta un derecho fundamental, se trata de establecer que no existan mecanismos igualmente efectivos para la realización u optimización un derecho fundamental que sea menos aflictiva o limitante para el otro derecho fundamental en conflicto, pero este medio menos lesivo debe ser por lo menos igualmente idóneo, como nos dice Laura Clericó:

Respecto de la idoneidad de los medios alternativos **(Ma) basta con que sean tan adecuados técnicamente (en el mismo grado)** como el medio establecido. No se requiere que los alternativos sean óptimos entre los posibles. Se trata de una *versión de la idoneidad con una pauta de comparación fija*, que se exige como mínimo. Los medios alternativos deben fomentar el fin en los sentidos relevantes en que fue examinado el medio establecido en el examen de idoneidad y respecto de los fines perseguidos por el legislador. (Clericó, 2010, p. 134).

En relación a este punto, al buscarse a través del proceso que se está planteando el dejar sin efecto una sentencia con calidad de cosa juzgada (aunque nada más formal según explicamos), la implementación de un proceso judicial resulta necesaria, dado que, en virtud del artículo 139°, numeral 2 de nuestra Constitución ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado a tener autoridad de cosa juzgada. Por tanto, se concluye la necesidad de que la decisión de dejar sin efecto la sentencia que declara erróneamente la filiación extramatrimonial sea dada a través de otro proceso judicial (más amplió que el primero), donde sea posible la actuación de pruebas que desvirtúen la base de los argumentos que fundamentaron la primera decisión.

#### **6.5.4. Ponderación o Proporcionalidad en Sentido Estricto.**

El núcleo de este mecanismo para determinar la legitimidad en la intervención de derechos fundamentales se halla en lo que Alexy ha denominado la “ley de la ponderación”, misma que se puede formular, como ya hemos visto de la siguiente manera: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2010, p. 15), o dicho en palabras de Omar Sar Suárez:

“(…) determinar si el beneficio que obtiene el derecho de una de las partes compensa el sacrificio que supone el derecho de la otra” (Sar, 2010, p. 322). Más adelante el citado autor profundiza sus ideas diciéndonos: “Un ejercicio racional de la ponderación requiere cuantificar las variables y para hacerlo debemos tomar en cuenta los componentes de la ley que acabamos de presentar y concluir el análisis aplicando lo que la doctrina denomina la “fórmula de peso”. (Sar, 2010, p. 322).

Teniendo en consideración las finalidades constitucionales que se pretenden, somos de la opinión que los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a la impugnación, el principio de interés superior del niño y el adolescente, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, el derecho a la identidad y el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, se ven mayormente optimizados, en el caso concreto, que el derecho a la cosa juzgada formal y las visiones parciales que se les pretende dar al interés superior del niño y el derecho a la identidad, vistas desde una óptica puramente formal y no material. Nos ratificamos en lo dicho principalmente porque, como ya hemos demostrado, la cosa juzgada prevista en la Ley N° 28457 es meramente formal, es decir, no se sustenta en una realidad biológica y por ende no puede tener el mismo valor de la cosa juzgada material, por lo que el sacrificio que se le da a este principio con la impugnación



(revisión) que se plantea es mínimo, más aún si proponemos que en el caso del niño o adolescente al que se le da una identidad que no se condice con la verdad biológica tiene un derecho imprescriptible a cuestionarla, y, de otro lado, en el caso del padre legal (engañado) se propone un plazo de dos años posteriores a la emisión de la sentencia declarativa de paternidad, para que esta pueda ser impugnada, tal como sucede en los casos de nulidad de reconocimiento; por lo que el test de ponderación queda superado en este extremo.

#### **6.6. Entrevista a magistrados y juristas respecto al problema planteado.**

Al haber realizado nuestra investigación centrándonos en el espacio geográfico de la localidad de Huaral, nos centramos en entrevistar magistrados de la indicada localidad que tuvieran competencia en el ámbito de familia; asimismo, entrevistamos magistrados especialistas en materia de derecho de familia, derecho constitucional y derecho procesal, que han sido las tres ópticas desde las cuales se ha desarrollado el presente trabajo, a quienes se les ha realizado las siguientes preguntas, respecto al problema planteado: 1) ¿El derecho a la cosa juzgada debe primar sobre el derecho a la identidad del niño al que se le otorga una identidad que no se condice con la verdad biológica?; 2) ¿El

derecho a la cosa juzgada debe primar sobre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del padre legal, luego de advertirse incompatibilidad material en la filiación declarada?; 3) ¿La sentencia de filiación extramatrimonial sin prueba de ADN constituye cosa juzgada formal o material?; 4) ¿Es factible impugnar la indicada sentencia en un proceso posterior, al descubrirse incompatibilidad material en la filiación declarada?; y, finalmente, 5) ¿Cuál sería la vía procesal idónea para impugnar la sentencia indicada?.

#### **6.6.1. Entrevistas a magistrados.**

##### **6.6.1.1. Entrevista al Dr. Eduardo Loloy Anaya, Juez del Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaral y a la Jueza Leida Serrano Valenzuela, Jueza del Juzgado de Familia de Huaral.**

En fecha 11 de octubre del año 2018 nos apersonamos al Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaral y al Juzgado de Familia de Huaral, con la finalidad de conocer las impresiones de los titulares de los indicados despachos judiciales respecto a las preguntas que nos hemos formulado en la presente investigación, ambos fueron enfáticos en señalar que el derecho a la identidad y a la tutela jurisdiccional efectiva tienen prioridad sobre una sentencia de filiación extramatrimonial en la que no

se ha realizado la prueba de ADN, a la cual calificaron como una resolución con calidad de cosa juzgada meramente formal. En tal sentido, indicaron que, al descartarse el vínculo filial con una prueba de parte, así sea posterior al proceso de filiación extramatrimonial, debería ser susceptible de impugnarse a través del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, debiendo computarse el plazo de prescripción desde el momento en que se tomó conocimiento de la inexistencia del vínculo filial.

**6.6.1.2. Entrevista al Dr. Lizandro Zapata Corrales, Fiscal Provincial Mixto de Huaral, con competencia en materia de Derecho Civil y de Familia.**

En fecha 11 de octubre del año 2018 nos apersonamos al despacho de la Fiscalía Provincial Mixta de Huaral, entrevistándonos con el titular de dicha dependencia con la finalidad de conocer las impresiones respecto a las preguntas que nos hemos formulado en la presente investigación, quien señaló que el derecho a la identidad y a la tutela jurisdiccional efectiva tienen prioridad sobre el derecho a la cosa juzgada, sin embargo también señaló que ello no quita la necesidad de realizar una ponderación de los derechos en conflicto aplicados al caso concreto. Asimismo, consideró que una sentencia de filiación extramatrimonial en la que no se ha realizado la prueba

de ADN, es una resolución con calidad de cosa juzgada meramente forma, por lo que es viable su impugnación en un proceso posterior. Con relación a este último punto coincidió con nuestra propuesta de aplicar analógicamente la figura de la revisión prevista en el Nuevo Código Procesal Penal, bajo el argumento de haberse presentado una nueva prueba.

## **6.6.2. ENTREVISTAS A JURISTAS.**

### **6.6.2.1 Entrevista al Dr. Luis Alfaro Valverde, profesor de la Maestría en Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.**

En fecha 12 de octubre del año 2018 nos apersonamos a la Pontificia Universidad Católica del Perú y nos entrevistamos con el Dr. Luis Alfaro Valverde, ex Fiscal Provincial Civil y Familia del Santa y profesor de la Maestría en Derecho Procesal en la indicada casa de estudios, con la finalidad de conocer sus opiniones sobre el problema planteado en nuestra investigación. Al respecto, el indicado docente fue cabal en señalar que una sentencia de filiación extramatrimonial sin la realización de la prueba genética del ADN que descarte o confirme el vínculo filial no genera cosa juzgada “ni formal ni material”, por lo que cabe una revisión a través de una acción autónoma e independiente,

ello en la vía de un proceso de cognición, declarativo y en la vía de conocimiento, conforme a la complejidad de la pretensión.

#### **6.6.2.2. Entrevista al Dr. Eduardo Hernando Nieto, profesor de la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad de San Martín de Porres.**

En fecha 17 de octubre del año 2018 nos apersonamos a la sección de Posgrado de la Universidad de San Martín de Porres y nos entrevistamos con el Dr. Eduardo Nieto Hernández, profesor de la Maestría en Derecho Constitucional en la indicada casa de estudios, con la finalidad de conocer sus opiniones sobre el problema planteado en nuestra investigación. Al respecto, el indicado docente fue cabal en señalar que una sentencia de filiación extramatrimonial sin la realización de la prueba genética del ADN que descarte o confirme el vínculo filial no genera cosa juzgada material, por lo que es posible su cuestionamiento a través de otro proceso, a lo que previamente debería realizarse la ponderación de los derechos en conflicto. Asimismo, señaló que el proceso idóneo para cuestionar la indicada sentencia es el proceso de amparo, a lo cual deberá reinterpretarse el computo del plazo de prescripción desde el momento en que se tuvo conocimiento de la ausencia de vínculo filial.

### **6.6.2.3. Entrevista al Dr. Miguel Ramos Miraval, profesor de la Maestría en Derecho Civil en la Universidad de San Martín de Porres.**

En fecha 17 de octubre del año 2018 acudimos a la sección de Posgrado de la Universidad de San Martín de Porres y nos entrevistamos con el Dr. Miguel Ramos Miraval, profesor de la Maestría en Derecho Civil en la indicada casa de estudios, con la finalidad de conocer sus opiniones sobre el problema planteado en nuestra investigación. Sobre el particular, el indicado docente señaló que, en relación a la problemática de nuestra investigación, el derecho a la cosa juzgada debe ceder frente al derecho a la identidad (material y no formal) y el derecho a tutela jurisdiccional efectiva del padre legal afectado. Nos encontramos ante un caso de cosa juzgada formal y bien puede impugnarse en otro proceso a través de la figura de la revisión, declarándose la ineficacia de la sentencia primigenia.

## **7. SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL AL CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Como ya hemos anticipado en líneas anteriores, luego de la respectiva ponderación de derechos fundamentales en conflicto, consideramos que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al derecho a una identidad material y no formal debe primar sobre el

derecho a la cosa juzgada y a un derecho a la identidad meramente forma (así como los otros derechos involucrados como impugnación, libre desarrollo de la personalidad, etc), ello en atención al principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal sentido, el operador de justicia debe crear un proceso adecuado para solucionar esta nueva controversia jurídica, no prevista por el legislador, considerando que lo más idóneo sería aplicar por analogía la figura de la revisión por prueba nueva prevista en el ordenamiento procesal penal, la cual es atemporal.

Este proceso a crear debe ser uno de conocimiento, mucho más amplio que el proceso especial de filiación extramatrimonial y donde ambas partes tengan posibilidad de hacer valer sus argumentos respecto a la nueva evidencia presentada, al porqué de su presentación en el nuevo proceso y, de ser el caso, se lleva a cabo la práctica de una nueva prueba genética en presencia del juez. En atención a ello, el juez deberá tomar una decisión teniendo en consideración los intereses de las partes, la actuación de las mismas en el proceso primigenio y el principio de interés superior del niño.



**8. Efectividad de la realización de la prueba de ADN en los procesos de filiación extramatrimonial llevados a cabo en la provincia de Huaral.**

**8.1. Sentencias declaradas fundadas en base a la realización de la prueba de ADN emitidas por el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaral.**

- Expediente N° 409-2014: Fundada la oposición e infundada la demanda. Se realizó prueba de ADN que arrojó que el demandado no es el padre biológico.
- Expediente N° 840-2014: Fundada la oposición e infundada la demanda. Se realizó prueba de ADN que arrojó que el demandado no es el padre biológico.
- Expediente N° 648-2015: Fundada la oposición formulada e infundada la demanda. Se realizó prueba de ADN que arrojó que el demandado no es el padre biológico.

**8.2. Sentencias declaradas fundadas en base a la presunción prevista en la Ley N° 28457 emitidas por el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaral.**

- Expediente N° 892-2014: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 1127-2014: Improcedente (Hijo mayor de edad).

- Expediente N° 1824-2014: Improcedente (No subsanó inadmisibilidad).
- Expediente N° 154-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 236-2015: Fundada la demanda con realización de prueba de ADN que arrojó un resultado positivo.
- Expediente N° 568-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 575-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 1191-2015: Improcedente la demanda. Ausencia de representación.
- Expediente N° 1294-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 1325-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 1457-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. Si bien se formuló oposición no se cumplió con el pago para la realización de la prueba genética.
- Expediente N° 1506-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 1575-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 569-2016: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.

- Expediente N° 894-2016: Fundada la demanda con realización de prueba de ADN que arrojó un resultado positivo.
- Expediente N° 1786-2016: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.

### **8.3. Sentencias declaradas fundadas en base a la realización de la prueba de ADN emitidas por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huaral.**

- Ninguna.

### **8.4. Sentencias declaradas fundadas en base a la presunción prevista en la Ley N° 28457 emitidas por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huaral.**

- Expediente N° 1706-2014: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 1523-2014: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. Si bien se formuló oposición no se cumplió con el pago para la realización de la prueba genética.
- Expediente N° 1990-2014: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 1148-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.

- Expediente N° 384-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 439-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 875-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 1158-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 1299-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 1488-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 2014-2015: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 146-2016: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 408-2016: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 737-2016: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 1236-2016: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.
- Expediente N° 1963-2016: Fundada la demanda sin realización de prueba de ADN. No se formuló oposición.

### **8.5. Sentencias firmes de filiación extramatrimonial impugnadas en un proceso posterior, al conocerse la ausencia de vínculo filial.**

En la actualidad se tramita el Expediente N° 371-2014 (proceso de impugnación de paternidad) en el Juzgado de Familia de Huaral en el cual, Más allá del tipo de proceso elegido, se impugna una sentencia recaída en un proceso de filiación extramatrimonial en el cual no se realizó la respectiva prueba de ADN, aplicándose la presunción de paternidad prevista en la Ley N° 28457. Sin embargo, posteriormente dicha prueba se realizó extraproceso y arrojó un resultado negativo, por lo que el demandado decidió impugnar la paternidad declarada por sentencia, y si bien aún no se ha emitido sentencia, si se realizó una prueba de ADN ahora dentro del proceso de impugnación de paternidad, la cual ha excluido la paternidad declarada. Estaremos atentos a la emisión de la respectiva sentencia a efectos de ofrecerla oportunamente.

### **8.6. Análisis e interpretación de resultados.**

Luego de haber evaluado las 35 sentencias, de ambos juzgados de paz letrado, a las que hemos tenido acceso se arrojan los siguientes resultados:

- Número de demandas declaradas fundadas sin haberse realizado la prueba de ADN que excluya o confirme la paternidad: 27.
- Número de demandas declaradas fundadas por haberse realizado la prueba de ADN con resultado positivo: 2.
- Número de demandas declaradas infundadas al haberse realizado la prueba de ADN que excluye la paternidad alegada: 3.
- Número de demandas declaradas improcedentes al no subsanarse requisitos de procedibilidad: 2.

Del análisis de las muestras analizadas se arroja que casi en el 80% de los casos nunca se realiza la prueba de ADN, emitiéndose sentencia declaratoria de paternidad en base a la presunción prevista en la Ley N° 28457. Es decir, que en base a la propuesta formulada en la presente investigación en casi un 80% de los casos señalados bien podría impugnarse la sentencia emitida, de comprobarse ausencia del vínculo filial entre el declarado hijo y aquel declarado padre. Esta situación genera una profunda inseguridad jurídica para las partes involucradas en el conflicto, ya que siempre tendrán una espada de Damocles capaz de trastocar la relación padre e hijo que pudieran entablar, al no estar dilucidado científicamente en vínculo filial.

Asimismo, advertimos que en tres casos en que se demandó el vínculo filial fue científicamente descartado a través de la prueba del ADN, situaciones en que los demandados tuvieron a la mano los medios económicos para realizarla, pero también advertimos dos casos en los que se formuló oposición y en los cuales no se cumplió con el pago de la prueba genética, cuyo costo supera la remuneración mínima vital y no está al alcance de un peruano promedio.

## **9. CONCLUSIONES.**

1. El proceso de filiación extramatrimonial consagrado por el legislador peruano es una forma de tutela diferenciada que obedece a una estructura monitorea cuya finalidad es tutelar prontamente el derecho a la identidad y el derecho a los alimentos del menor de edad. Sin embargo, este tipo de procesos fueron pensados para tutelar situaciones estrictamente patrimoniales y no son adecuados para tutelar derechos fundamentales.
2. El proceso de filiación extramatrimonial al ser de estructura monitorea restringen los derechos a la defensa y a probar de la parte demandada; asimismo, al basarse en una mera presunción (dicho de la parte demandante y negativa al sometimiento de la prueba de ADN) y no en una base fáctica, no puede generar cosa juzgada material y, por tanto, si posteriormente se cuenta con dicha base fáctica (prueba de ADN), bien puede impugnarse la sentencia del proceso primigenio, al constituir cosa juzgada formal, la cual cede ante los derechos a la identidad material y a la tutela jurisdiccional efectiva de la las partes, entre otros.
3. No resulta constitucional mantener la eficacia de una sentencia que declara la filiación extramatrimonial si posterior a la emisión de la misma se prueba la ausencia de vínculo filial y este es cuestionado por las partes involucradas (hijo y padre legal), porque ello vulnera el derecho al debido proceso sustantivo (proceso justo).



4. No existe en el ordenamiento jurídico un proceso para impugnar este tipo de sentencias, sin embargo, el juez puede suplir dicha falencia a través del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y utilizando el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.
5. El juez en uso del principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley puede utilizar la figura de la revisión, proceso autónomo, para dilucidar el conflicto generado de este tipo de pretensiones, ello en vía de conocimiento donde podrá actuar todas las pruebas idóneas para determinar si la sentencia primigenia guarda relación con la verdad biológica y los derechos fundamentales de las partes.
6. El juez está facultado para utilizar la figura de la analogía para aplicar la figura de la revisión en materia penal (prueba nueva) la cual no restringe los derechos de las partes ni desnaturaliza su esencia, con el fin de dar tutela a la pretensión de impugnación de la sentencia que declara erróneamente la filiación extramatrimonial. Asimismo, con relación al derecho del hijo legal cuya declaración no se condice con la verdad biológica no debe existir plazo para impugnar la referida sentencia, dado que su derecho a la identidad material es imprescriptible; y, en el caso, del padre legal cuya declaración no se condice con la verdad biológica debe existir plazo para impugnar la referida sentencia que debe ser máximo de dos años, en igual sentido que el plazo de anulabilidad de acto jurídico (reconocimiento).

7. Casi en el 80% de las sentencia de filiación extramatrimonial analizadas en la localidad de Huaral, no se llevó no cabo la prueba del ADN, en tal sentido, consideramos que de existir una nueva prueba que desvirtúe el vínculo filial declarado, es factible la impugnación de la sentencia primigenia.
  
8. En la actualidad, el costo de la prueba del ADN bordea la suma de S/. 1500,00 Nuevos Soles, cifra que supera la remuneración mínima vital y el ingreso mensual de la mayoría de peruanos, por lo que consideramos que el Estado debe concederla gratuitamente para poder aplicar válidamente una presunción prevista en la Ley N° 28457, con cargo a reembolso.

## **10.RECOMENDACIONES.**

1. El Estado debe implementar un proceso de filiación extramatrimonial que logre equilibrar el derecho a la identidad del niño y adolescente que se pretende tutelar, pero que a la vez respete los derechos procesales del presunto progenitor. Dicho proceso no puede ser uno de conocimiento, dada la importancia de los derechos en juego (identidad, nombre, alimentación, etc), corresponde que sea uno de tutela diferenciada, concretamente uno de tutela anticipada, no debe bastar el sólo dicho de la madre, sino que la demanda debe ir acompañada de otros medios de prueba objetivos que no requieran actuación, pero que den cuenta de la relación sentimental previa (fotos, mensajes de texto, recibos de dinero por alimentos, etc).
2. Resulta imperativo de justicia que en el proceso de filiación extramatrimonial se logre una práctica efectiva de la prueba del ADN al presunto progenitor, para lo cual el Estado debe implementar una política pública real y efectiva para hacer dicha prueba accesible a la población, consideramos que debe ser gratuita con cargo a posterior cobro a la parte vencida a través de impuestos o descuentos salariales.
3. La figura de la revisión debe ser repensada en el ordenamiento jurídico procesal civil peruano, a efectos de que se plasmen otras modalidades y no sólo la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, debido a que existen situaciones no previstas por el legislador que también son

merecedores de este tipo de tutela, tales como el descubrimiento de una prueba nueva que cambia completamente el fundamento sobre el cual se basó la sentencia primigenia, cuyos efectos vienen vulnerando derechos fundamentales, tal como ocurre en el Nuevo Código Procesal Penal.

## 11. ANEXOS (ENTREVISTAS Y SENTENCIAS DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL).

### BIBLIOGRAFÍA:

- ABAD YUPANQUI, Samuel. “¿Que es la interpretación constitucional? Principios e intérpretes de la Constitución”. En: *Actualidad Jurídica N° 137*. Lima. Ed. Gaceta Jurídica. Abril, 2005.
- AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Estudios Constitucionales. Año 6, N° 1*. Talca. 2008.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. “La filiación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *AAVV. El Derecho de Familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- ALDEA, Paolo. *Jurisprudencia Interamericana sobre el proceso penal*. Abad Editores, Lima, 2017.
- ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. En: *AAVV. El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. GRANDEZ CASTRO, Pedro y CARBONELL, Miguel (Coordinadores). Palestra. Lima. 2010.
- ALFARO VALVERDE, Luis Genaro. “El derecho a la impugnación desde las Altas Cortes de Justicia”. En: *AA.VV. Proceso y Constitución. El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación. Ponencias del*

*Quinto Seminario Internacional de derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Palestra, Lima, 2015.

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Debido Proceso*. EGACAL, Lima, 2016.
- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. *Introducción al Derecho*. Segunda Edición. Mc Graw Hill, México, 2010.
- AMADO RAMÍREZ, Elizabeth del Pilar. “¿Soy el padre o tengo que ser el padre? La filiación, la revocación de reconocimiento y la prueba del ADN”. En: *Gaceta Civil N° 36, Gaceta Jurídica*, Junio-2016.
- ARAUJO RENTERIA, Jaime. “Los Métodos Judiciales de Ponderación y Coexistencia Entre Derechos Fundamentales”. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr11.pdf>. Acceso: 31 de agosto de 2018.
- ARIANO DEHO, Eugenia. “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”. En: *Actualidad Jurídica N°134*. Lima. Ed. Gaceta Jurídica. Enero - 2005.
- ARIANO DEHO, Eugenia. “La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos”. En: *Estudios sobre la tutela cautelar*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- ARIANO DEHO, Eugenia. “Reflexiones (viejas y nuevas) sobre la pluralidad de instancias y del derecho de acceso a los medios impugnatorios regulados por ley”. En: *AA.VV.El Debido Proceso*.

- Estudio sobre derechos y garantías procesales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- ARIANO DEHO, Eugenia. *Impugnaciones Procesales*. Instituto Pacífico, Lima, 2015.
  - ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Apuntes sobre los alcances de la cosa juzgada en el proceso civil peruano”. Disponible en: <<http://www.aedp.com.pe>.> Acceso en fecha 06FEB08.
  - ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Alcances sobre la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta”. En: *Ius et Veritas*, Revista editada por los estudiantes de la Facultad de derecho de la Universidad Católica, año VII, Lima, 1996.
  - ATIENZA, Manuel. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel. Barcelona, 1996.
  - ÁVILA, Humberto. “¿Qué es el debido proceso legal?”. En: *Gaceta Constitucional, Tomo 57*. Gaceta Jurídica, Lima, Setiembre-2012.
  - BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución Comentada. Análisis Comparado*. 5° Edición. Rao Editora. Lima. 1999.
  - BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Ara Editores, 2° Edición, Lima, 20015.
  - BELTRAN PACHECO, Patricia Janet. “El interés superior del niño. Un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes en el siglo XXI”. En: *Gaceta Constitucional, Tomo 21*. Gaceta Jurídica. Lima. Setiembre -

2009.

- CAMPOS BERNAL, Heber Joel. “Los principios y la discrecionalidad judicial en el ordenamiento jurídico peruano. A propósito del mandato de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En: En: AA.VV.*El Debido Proceso. Estudio sobre derechos y garantías procesales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de derecho Procesal Civil*, Tomo I. Grijley, Lima, 2000.
- CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de derecho Procesal Civil*, Tomo II. Grijley, Lima, 2000.
- CAVANI BRAIN, Renzo. “Los presupuestos procesales vistos desde la ineficacia procesal. Críticas a una clásica lección”. AA.VV. *Manual del Código Procesal Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- CAVANI BRAIN, Renzo. “ ¿Qué es la tutela inhibitoria?”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil, Tomo 8*, Gaceta Jurídica, Lima, Febrero-2014.
- CASSASA CASANOVA, Sergio. *Las Excepciones en el Proceso Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. *Comentario al Código Procesal Constitucional, Tomo I*. Palestra, Lima, 2006.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. *Comentario al Código Procesal Constitucional, Tomo I*. Palestra, Lima, 2006.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. “Amparo contra resoluciones judiciales: Recordatorio de un viejo criterio jurisprudencial”. En: *Pirhua*.



- Repositorio Institucional de la Universidad de Piura*. Piura, 2006.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La firmeza como requisito de procedencia de la demanda constitucional contra resoluciones judiciales”. En: *Pirhua. Repositorio Institucional de la Universidad de Piura*. Piura, 2006.
  - CASTILLO CORDOVA, Luis. “El proceso constitucional de amparo”. En: *AA.VV. Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*. Lima. Gaceta Jurídica. Enero, 2009.
  - CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El significado ius fundamental del debido proceso”. En: *AA.VV. El Debido Proceso. Estudio sobre derechos y garantías procesales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
  - CÉSPEDES SUZUKI, Erika. “Deficiencias de la ley N° 28457°”. En: *Jurídica*. [Suplemento de Análisis Legal del diario oficial *El Peruano*]. Año 2. N° 57.
  - CLÉRICO, Laura. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. En: *AAVV. El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. GRANDEZ CASTRO, Pedro y CARBONELL, Miguel (Coordinadores). Palestra. Lima. 2010.
  - CRESCI VASSALLO, Giancarlo. “¿Es desproporcionado expulsar a un alumno por consumir drogas al interior de una universidad?”. En: *Gaceta Constitucional*. Gaceta Jurídica. Lima, tomo 21. Septiembre - 2009.
  - DE LOS SANTOS, Mabel. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal* N° III.

Estudio Monroy Abogados, Lima, 1998.

- DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Vol. XXII N° 1. Valdivia, Julio de 2009.
- DE SANTO, Víctor. *Tratado de los recursos*. Tomo I .Recursos ordinarios. Editorial Universidad. Tercera Edición actualizada. Buenos Aires, 2004.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. “La acción de revisión”. *El Nuevo Proceso Penal*. Palestra, Lima, 2005.
- DIEZ-PICAZO, Ignacio. “Reflexiones facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Titularidad, ámbito y características generales del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en derecho)”. *Cuadernos de derecho Público N° 10*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.ELIZONDO BREEDY, Gonzalo y CARAZO VICENTE, Marcela. “Derecho a la identidad”, en: L. González Volio (Editora). En: “Presente y futuro de los derechos humanos”. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. 1998.
- ELIZONDO GASPERÍN, Macarita. “La acción en general y la acción de recurrir”. En: *Gaceta Civil, Tomo 4*. Gaceta Jurídica, Lima, Octubre-

2013.

- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.
- ETO CRUZ, Gerardo. “El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo”. En: *Pensamiento Constitucional N° 18*, Lima, 2013.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar”. *AA.VV. La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima. 2008.
- FAMA, María Victoria. “Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial”. En: *Jus Jurisprudencia N°06*. Lima, Grijley, Noviembre - 2007.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El Derecho como Libertad. La Teoría Tridimensional del Derecho*. Montivensa, Lima, 2017.
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin. “El proceso de amparo. Alcances, dilemas y perspectivas”. *Gaceta Constitucional, Tomo 53*, Gaceta Jurídica, Lima, Mayo-2012.
- FURUKEN ZEGARRA, Carlos. “El (actual) proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y el derecho a un debido proceso”. En: *Dialogo con la jurisprudencia N° 108*. Lima. Ed. Gaceta Jurídica. Septiembre - 2007
- GARBERÍ LLOBREGAT. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Bosch, Barcelona, 2008.
- GARCÉS PERALTA, Carolina. “Apuntes para una adecuada

interpretación de la normatividad vigente en materia de niñez y adolescencia en el ordenamiento jurídico peruano, desde una perspectiva constitucional”. En: *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Tomo II. Idemsa Lima.2009.

- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto. “El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencia procesal”. *ArsBonni et Aequi* (Año 7 N° 2). Revista de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O’Higgins, Santiago, 2011.
- GOZANI, Osvaldo. *Tratado de derecho Procesal Civil. Tomo V. Recursos y Ejecuciones*. La Ley, Buenos Aires, 2009.
- GOZANI, Osvaldo. “ La acción autónoma de revisión de la cosa juzgada en el Código Civil y Comercial de la Nación”. *Colección Reformas Legislativas. Debates Doctrinarios Código Civil y Comercial N° 4*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, AÑO I , Buenos Aires, 2015.
- GRANDEZ CASTRO, Pedro. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano”. En: *AAVV. El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. GRANDEZ CASTRO, Pedro y CARBONELL, Miguel (Coordinadores). Palestra. Lima. 2010.
- GUASH FERNÁNDEZ, Sergi. “El sistema de impugnación en Código Procesal Civil del Perú. Una visión del derecho comparado con sistema español”. En: *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional*, Universidad de Lima, Fondo Editorial, Lima, 2003.
- GUASP, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. Editorial

- Civil S.A., Madrid, 1997.
- HAKANSSON NIETO, Carlos. “La posición constitucional de los tratados de sobre derechos humanos y la jurisdicción internacional para su protección en el Código Procesal Constitucional”. En: *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios de Homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo II. Lima. Ed. Grijley. 2005.
  - HERNANDO NIETO, Eduardo. “Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿ son proyectos convergentes?. En: AAVV: Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador). Gaceta Jurídica. Lima. 2009.
  - HITTERS, Juan Carlos. ” Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual”. En Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo IV. Comunitas, Lima, 2001.
  - HURTADO REYES, Martín. *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*. Palestra, Lima, 2006.
  - HURTADO REYES, Martín. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Idemsa, Lima, 2009.
  - HURTADO REYES, Martín. “Una aproximación al estudio del proceso monitorio en el Derecho Procesal peruano: apuntes iniciales”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil, Tomo 45*, Gaceta Jurídica, Lima, Marzo-2017.
  - JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “Algunas reflexiones acerca del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta”. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/309763050/Algunas-Reflexiones->

Acerca-Del-Proceso-de-Nulidad-de-Cosa-Juzgada-Fraudulenta.

Acceso: 12/03/18.KELSEN, HANS. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. En: *Ius et veritas*. Núm. 9. Lima.1994.

- LANDA ARROYO, César. “El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo II. Fundación Konrad – Adenauer, Uruguay, 2005.
- LANDA ARROYO, César. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Palestra, Lima, 2010.
- LANDA ARROYO, César. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Volumen I. Academia de la Magistratura. Editora Diskcopy S.A.C. Lima, 2012.
- LÓPEZ FLORES, Berly Javier. *Amparo contra resoluciones judiciales. Cómo llevar un caso ordinario a un proceso de amparo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María. “El Derecho Procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: El Derecho a garantía de la función jurisdiccional”: En: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje N° 1*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2008.
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes. “La Revisión en el Proceso Civil”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, número 119, mayo-agosto-2007.
- MARINONI, LUIZ Guilherme. “Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la tutela jurisdiccional efectiva”, Mesa

- Redonda con Reynaldo Bustamante Alarcón, Francisco Chamorro Bernal, LuizGuilhermeMarinoni y Giovanni Priori Posada. En: *Ius et Veritas* N° 39, Lima, 2010.
- MARINONI, LUIZ Guilherme. “Tutela anticipatoria”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° IV. Librería Jurídica Alhuay, Lima, 2001.
  - MARTEL CHANG, Rolando. “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo al otro”. En: *Actualidad Jurídica* N° 138. Lima. Ed. Gaceta Jurídica. Mayo, 2005.
  - MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, Lima, 2014.
  - MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “Apuntes sobre el concepto de acción”. Versión Mimeográfica, Lima, 1999.
  - MENDOZA CALDERÓN, Mijail. “Tribunal Constitucional y control material de resoluciones judiciales”. En: [www.consultoriaconstitucional.com](http://www.consultoriaconstitucional.com). Acceso: 28 de septiembre de 2017.
  - MESÍA RAMÍREZ, Carlos. “El amparo contra resoluciones judiciales: cuándo procede y qué derechos protege”. En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 52. Gaceta Jurídica, Lima, Abril-2012.
  - MITIDIERO, Daniel. “La tutela de derechos como fin del proceso civil en el Estado Constitucional”. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, Tomo 9. Gaceta Jurídica, Lima, Marzo-2014.
  - MORALES GODO, Juan. “El derecho de acción y el artículo VI del

- Título Preliminar del Código Civil”. AA.VV. *Estudios Críticos sobre el Código Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. T.I. Editorial Temis, Bogotá, 1996.
  - MONROY GALVEZ, Juan y Juan José MONROY PALACIOS. “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal* N° IV. Librería Jurídica Alhuay, Lima, 2001.
  - MONROY GALVEZ, Juan. “Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional”. *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Lima. Gaceta Jurídica. Enero, 2008.
  - MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*, Comunitas, Tercera Edición, Lima, 2009.
  - MONROY PALACIOS, Juan. “Planteos generales en torno a la revisión civil”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo II. Lima, Estudio Monroy Abogados, 1998.
  - MONTERO AROCA, Juan. “Los efectos del proceso”. En: *Derecho Jurisdiccional*. Vol. II. José maría Bosch Editor, Barcelona, 1995.
  - MOSQUERA VASQUEZ, Clara Celinda. “La verdad biológica en los tribunales”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 89. Ed. Gaceta Jurídica. Lima. Febrero- 2006.
  - OBANDO BLANCO, Víctor. “Fundamentos constitucionales e interpretación del Derecho Procesal Civil”. En: *Derecho & Sociedad* N° 38, Año XXIII, Lima, 2012.
  - ONOFRE ENERO, Katherine. “Los presupuestos procesales para la



- procedencia del control constitucional de resoluciones judiciales”. *Gaceta Constitucional, Tomo 58*. Gaceta Jurídica, Lima, Octubre-2012.
- OSORIO VÉLIZ, Rosa Valeria y CASTILLO FUENTES, Diego. “La vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo: implicancias del precedente Ego Ríos en la pretensión de reposición de trabajadores del sector privado”. En: *Ius et Veritas* N° 51, Lima, 2015.
  - MENDOZA ESCALANTE, Mijail. “Los tratados de derechos internacionales de derechos humanos y su aplicación”. En: *Actualidad Jurídica* N° 157. Lima. Ed. Gaceta Jurídica. Diciembre, 2006.
  - MENDOZA ESCALANTE, Mijail. “El derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad”. Disponible en: <http://www.consultoriaconstitucional.com/publicaciones.html>. Acceso: 27 de julio de 2018.
  - NIEVA FENOLL, Jordi. “La cosa juzgada: el fin de un mito”. En: *Revista de Derecho Peruana de derecho Constitucional. Cosa Juzgada Constitucional* N° 91. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú - Nueva Época, Lima, 2016.
  - PERALTA ANDÍA, Javier Rolado. *Derecho de Familia en el Código Civil*. Idemsa, Lima, 2009.
  - PEYRANO, Jorge. “Acción de Nulidad de la Sentencia Firme”. *Ius et Praxis* N° 24. Universidad de Lima, Lima, 1994.
  - PICO I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del debido proceso*. Editorial José María Bosch, Barcelona, 1997.
  - PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. “El interés superior del niño y la interpretación del Tribunal Constitucional”. En: *Cuadernos*

- Jurisprudenciales* N° 62. Lima. Gaceta Jurídica. Agosto - 2006.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Impugnación del reconocimiento”. En: *Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en diversas materias del derecho civil*. Tomo II. Gaceta Jurídica, 2010.
  - PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. “El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor - o de los herederos de éste – en la investigación de la filiación”. Disponible en: < <http://www.pucp.edu.pe/dike/?civ> >. Acceso: 5 de octubre de 2010.
  - PRIETO SANCHIS, Luis. “El juicio de ponderación constitucional”. En: *AAVV. El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. GRANDEZ CASTRO, Pedro y CARBONELL, Miguel (Coordinadores). Palestra. Lima. 2010.
  - PRIORI POSADA, Giovanni. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. En: *Ius et Veritas* N° 26, Lima, 2003.
  - PRIORI POSADA, Giovanni. “El derecho fundamental a la tutela cautelar; fundamentos, contenido y límites”. *Ius et Veritas* N° 30, Lima, 2005.
  - PRIORI POSADA, Giovanni. “La competencia en el proceso civil peruano”. En: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/05/la-competencia-en-el-proceso-civil-peruano/>. Acceso: 24 de abril de 2017.
  - RIVAS, Adolfo. “Apuntes para una teoría de la impugnación”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Volumen II, N° 9*. Bogotá, 1990.

- RODRÍGUEZ ÁVALOS, YovarOsven. “El actual proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial a la luz del debido proceso y el aparente conflicto de ederechos. Haciendo una crítica a las críticas”. En *Actualidad Jurídica* N° 178. Lima, Gaceta Jurídica, septiembre-2008.
- ROJAS BERNAL, José Miguel. “Amparo contra resoluciones judiciales”. En: *AA.VV. La procedencia del proceso de amparo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.
- RUEDA FERNÁNDEZ, Silvia Consuelo. *Garantías del Proceso Civil en un Estado Constitucional de Derecho*. Idemsa, Lima, 2015.
- SOKOLICH ALVA, María Isabel. “la Aplicación del Principio de Interés del Niño en el Sistema Judicial Peruano”. *VOX JURIS, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres*, Lima, 2013.
- SÁENZ DÁVALOS, Luis. “El amparo contra resoluciones judiciales en el Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial. Breves reflexiones”. En: *Gaceta Constitucional, Tomo 5*, Gaceta Jurídica, Lima, Mayo-2008.
- SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Constitución, derechos humanos y aplicación del derechos internacional de los derechos humanos en el ámbito jurisdiccional”. En: *Apuntes sobre la reforma constitucional. Academia de la Magistratura. Revista Institucional N° 6*.

Lima. AMAG. Junio, 2002.

- SAR SUAREZ, Omar. “Hacia una motivación adecuada de las decisiones judiciales cuando se presentan conflictos entre derechos fundamentales”. En: *Gaceta Constitucional N° 32*. Ed. Gaceta Jurídica Lima. Agosto- 2010.
- SAR SUÁREZ. “Precisiones sobre lo que debe entenderse por vía “igualmente satisfactoria” ”. *Gaceta Constitucional, Tomo 92*, Gaceta Jurídica, Lima, agosto-2015.
- SIMONS PINO, Adrián. “El derecho de acción”. Suplemento de Análisis Legal. Diario Oficial El Peruano. Lima, 18 de julio de 1994.
- SOSA SACIO, Juan Manuel. “Derechos constitucionales no enuemerados y el derecho al libre desarrollo de la personalidad”. En: *Derechos constitucional no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- SUMARIA BENAVENTE, Omar. “Estudio y análisis de la tutela urgente o diferenciada”. En: *Ius Et Ratio. Año 2, N° 1*. Revista de Derecho de la Universidad Continental, 2014.
- TANTALEAN ODAR, Reynaldo Mario. “El triunfo de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta”. Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista001/nulidad.htm>. Acceso: 06JUN10.
- TICONA POSTIGO, Víctor. “Los ejercicios de los derechos de acción y contradicción en el Código Procesal Civil peruano”. *Ius Et Praxis* N° 24, Lima, 1994.
- TICONA POSTIGO, Víctor. “El debido proceso y las líneas cardinales

- para un modelo procesal en el estado constitucional de derecho”.  
Revista Oficial del Poder Judicial 1/2. JUSPER, Lima, 2007.
- TOLEDO TORIBIO, Omar, *La Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta en el Ordenamiento Procesal Civil Peruano*. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Civil y Comercial. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005.
  - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. Jurista Editores, Lima, 2010.
  - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Reconocimiento como acto puro e irrevocable”. En: *Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en diversas materias del derecho civil*. Tomo II. Gaceta Jurídica, 2010.
  - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Ley que modifica el proceso de filiación extramatrimonial”. Legis. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=FYjeKmu-5eI>. Acceso: 31 de agosto de 2018.
  - VESCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Depalma, Buenos Aires, 1988.
  - VILA ORMEÑO, Cynthia. “Delimitando el derecho a la cosa juzgada constitucional”. *Compendio de instituciones procesales creadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima. Ed. Gaceta Jurídica. Diciembre, 2009.
  - VILELA CARBAJAL, Karla. En: *AA.VV.El Debido Proceso. Estudio sobre derechos y garantías procesales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
  - WONG ABAD, Juan Jesús. “La verdad biológica y el interés superior del niño”. *Gaceta Civi y Procesal Civil, Tomo 35* Gaceta Jurídica, Lima,

Mayo-2016.

- ZELA VILLEGAS, Aldo. "La tutela preventiva de derechos: una introducción". En: Themis N° 58, Lima, Diciembre-2010.
- ZORZOLI A, Oscar. "Cosa Juzgada. Mutabilidad". En Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo II. Comunitas., Lima, 1998.

#### JURISPRUDENCIA:

- STC. N°0612-1998- AA/TC, de fecha 9 de abril de 1999 (Caso Sindicato Pesquero del Perú S.A.).
- STC. N° 1124 – 2001-AA/TC, de fecha 11 de junio de 2002 (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL).
- STC. N° 0010-2002-AI/TC, de fecha 3 de enero de 2003 (Caso Legislación Antiterrorista).
- STC. N° 02293-2003-AA/TC, de fecha 5 de julio de 2004 (Caso Hernán Alberto Gutiérrez Merino).
- STC. N° 02889-2003-AA/TC, de fecha 16 de julio de 2004 (Caso Juan Miguel Tejada Fernández).
- STC. N° 3283-2003-AA/TC, de fecha 15 de junio de 2004 (Caso TajMahal).
- STC. N° 0047 – 2004-AI/TC, de fecha 24 de abril de 2010 (Caso Fuentes de Derecho).
- STC. N° 0052-2004-AA/TC, de fecha 01 de septiembre de 2004 (Caso signado con las iniciales J. J. C. C.).
- STC. N° 04587-2004-AA/TC, de fecha 29 de noviembre de 2005 (Caso

Santiago Marín Rivas).

- STC. N° 02494-2005-AA/TC, de fecha 11 de diciembre de 2006 (Caso BladimiroHuaranccaAyrampo).STC. N° 2273 – 2005 – PHC/TC, de fecha 20 de abril de 2010 (Caso Karen Mañuca Quiroz).
- STC N° 03421-2005-HC/TC, de fecha 19 de abril de 2007 (Caso Nicke Nelson Domínguez Baylón).
- STC. N° 02273-2005-PHC/TC, de fecha 20 de abril de 2006 (Caso Karen Mañuca Quiroz).
- STC. N° 0444 – 2005 – PHC/TC, de fecha 25 de julio de 2005 (Caso Gladys Purificación Espinoza Jofre).
- STC. N° 07289-2005-AA/TC, de fecha 3 de mayo de 2016 (Caso Princeton Dover Sucursal).
- STC N° 08123-2005-PHC/TC, de fecha 14 de noviembre de 2005 (Caso Nelson Jacob Burgman).
- STC N° 006-2006-PC/TC, de fecha 12 de febrero de 2007 (Caso Poder Ejecutivo c. Poder Judicial).
- STC N° 007-2006-PI/TC, de fecha 22 de junio de 2007 (Caso Calle de la Pizzas).
- STC 06149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (Acumulados) de fecha 11 de septiembre de 2006 (Caso Algamarca).
- STC N° 0032-2010-PI/TC, de fecha 19 de julio de 2011 (Caso Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco).
- STC. N° 02432 – 2007 – PHC/TC, de fecha 16 de noviembre de 2007 (Caso Rolando ApazaChuquitarqui).

- STC. N° 00550-2008-PA/TC, de fecha 17 de septiembre de 2010 (Caso René Quenta Calderón).
- STC. N° 579-2008- PA/TC, de fecha 05 junio de 2008, (Caso César Augusto Becerra Leiva).
- RTC. N° 03247-2008-PHC/TC, de fecha 14 de agosto de 2008(Caso J.V.C.B).
- STC. N° 00252-2009-PA/TC, de fecha 7 de octubre de 2009 (Caso Manuel Valeriano Llanos Ochoa).
- STC. N°04235-2010- PHC/TC, de fecha 11 de agosto de 2011 (Caso Alberto FujimoriFujimori).
- STC. N°00179-2011- PA/TC, de fecha 3 de junio de 2011 (Caso Edwin Calla Tinajeros).
- STC. N°00179-2011- PA/TC, de fecha 3 de junio de 2011 (Caso Edwin Calla Tinajeros).
- STC. N°00227-2011- PA/TC, de fecha 4 de enero de 2012 (Caso Renzo Fabrizzio Mariani Secada).
- RTC. N° 02233-2011-PA/TC, de fecha 27 de marzo de 2012 (Caso Pedro Luis Orellana Parvina).
- STC. N° 04617-2012-PA/TC, de fecha 12 de marzo de 2014(Caso Panamericana Televisión S.A.).
- STC. 05590-2015-PA/TC, de fecha 28 de marzo de 2017 (Caso Anglo American Trading Co. S.A.).
- STC de la CIDH, de fecha 02FEB01, Caso Ricardo Baena y otros.
- Casación N° 1169-99—Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20-01-2000.



- Casación N° 4664-2010-PUNO (Tercer Pleno Casatorio Civil).
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, SU-377/99 de fecha 23 de octubre de 1995.