

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO**

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA LEY QUE REGULA EL
PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD
EXTRAMATRIMONIAL Y EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA
IDENTIDAD Y EL DEBIDO PROCESO. TACNA, 2006-2010.**

PRESENTADA POR:

Abog. Macarena Milagros Liendo Duarte

**PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER CON MENCIÓN EN
DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TACNA - PERÚ
2016**

INDICE

	Pág.
Agradecimientos	vii
Dedicatoria	viii
Resumen	x
Abstract	xi
Introducción	xii
CAPITULO I: EL PROBLEMA	01
1.1. Planteamiento del problema	03
1.2. Formulación del problema	04
1.3. Justificación de la investigación	05
1.4. Objetivos de la investigación	06
1.4.1. Objetivo general	06
1.4.2. Objetivos específicos	06
1.5. Conceptos básicos	07
1.6. Antecedentes de la investigación	09
CAPITULO II: MARCO TEORICO	12
SUBCAPÍTULO PRIMERO: TEORIA CONFLICTIVISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	12
1.1. Los derechos fundamentales	12
1.1.1. Los antecedentes de la noción de derecho fundamental	12
1.1.2. El derecho fundamental como posición jurídica fundamental	14

1.2	Los conflictos entre derechos fundamentales y bienes públicos	16
1.2.1	Planteamiento	16
1.2.2	El conflictivismo y los principios iusfundamentales	17
1.3.	Soluciones alternativas dadas a los conflictos por el conflictivismo: jerarquización, ponderación y máxima de razonabilidad	20
1.3.1	Jerarquización de derechos fundamentales	20
1.3.2	La ponderación de derechos fundamentales	22
1.3.3	La máxima de razonabilidad	23
SUBCAPÍTULO SEGUNDO: LA PROPORCIONALIDAD Y EL CONFLICTIVISMO		25
2.1	La proporcionalidad y el conflictivismo	25
2.2	La estructura del principio de proporcionalidad	27
2.2.1	Los presupuestos de la aplicación del principio de proporcionalidad	30
2.2.2	La intervención legislativa en un derecho fundamental	30
2.2.3	La intervención legislativa en los derechos fundamentales y su configuración	44
2.2.4	El principio de proporcionalidad el sentido estricto	47
SUBCAPITULO TERCERO: DERECHOS FUNDAMENTALES		61
3.1	El derecho fundamental al debido proceso	61
3.2	El derecho de defensa	63
3.3.	El derecho fundamental de identidad personal	66
SUBCAPÍTULO CUARTO: DEFINICIÓN, ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DEL ADN		70
4.1	Origen, definición y características del ADN	70
4.1.1	El ADN como almacén de información	71
SUBCAPÍTULO QUINTO: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 28457		73
5.1	Antecedentes legislativos de la Ley 28457	73
5.2	Exposición de motivos de la Ley 28457	74

SUBCAPÍTULO SÉXTO: EL PROCESO DE RECLAMACION DE PATERNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO	76
6.1 El proceso de reclamación de paternidad en España, Chile, Argentina Y Colombia.	76
CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO/ MATERIALES Y MÉTODOS	96
3.1 Formulación de la hipótesis	96
3.1.1 Hipótesis general	96
3.1.2 Hipótesis específicas	96
3.2 Variables e indicadores	97
3.2.1 Identificación de la variable dependiente	97
3.2.1.1 Indicadores	97
3.2.1.2 Escala para la medición de la variable	97
3.2.2 Identificación de la variable independiente	97
3.2.2.1 Indicadores	97
3.2.2.2 Escala para la medición de la variable	97
3.3 Tipo de investigación	97
3.4 Diseño de la investigación	98
3.5 Ámbito de estudio	98
3.6 Tiempo social de la investigación	98
3.7 Población y muestra	98
3.8 Técnicas e instrumentos	102
3.8.1 Técnicas	103
3.8.2 Instrumentos	103
3.9 Validación y confiabilidad	103
CAPITULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	104
4.1 Descripción del trabajo de campo	104
4.2 Diseño de la presentación de los resultados	104
4.3 Presentación de los resultados	104
4.3.1 Resultados del cuestionario:	104
El principio de proporcionalidad de la ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial (Ley n°28457) y el conflicto entre el derecho a la identidad y el debido proceso.	
4.3.2 Análisis, e interpretación sobre los procesos sobre filiación extramatrimonial.	116

4.3.3	Análisis de entrevista a magistrados sobre los procesos sobre filiación extramatrimonial.	126
4.4	Discusión de resultados	129
4.5.	Comprobación de hipótesis	130
4.5.1	Comprobación de la hipótesis específica “a”	130
4.5.2	Comprobación de la hipótesis específica “b”	130
4.5.3	Comprobación de la hipótesis específica “c”	131
4.5.4	Comprobación de la hipótesis específica “d”	131
4.5.5	Comprobación de la hipótesis general	132
	Conclusiones	133
	Sugerencias	135
	Propuesta legislativa	137
	Referencias bibliográficas	139
	Anexos	142

ÍNDICE DE CUADROS, GRÁFICOS Y TABLAS

	Pág.
Cuadro N°01: Población de Profesionales en Derecho	99
Cuadro N°02: Población sobre Expedientes Judiciales	99
Cuadro N°03: Estratificación de la muestra Profesionales en Derecho	101
Cuadro N°04: Expedientes Judiciales	102
Cuadro N°05: Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial.2006	116
Cuadro N°06: Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial.2007	118
Cuadro N°07: Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial.2008	120
Cuadro N°08: Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial.2009	122
Cuadro N°09: Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial.2010	124
GRÁFICO N°01: Años de Experiencia como Abogado	105
GRÁFICO N° 02: Resultado del Ítem N°01 del Cuestionario Aplicado	106
GRÁFICO N° 03: Resultado del Ítem N°02 del Cuestionario Aplicado	107
GRÁFICO N° 04: Resultado del Ítem N°03 del Cuestionario Aplicado	108
GRÁFICO N° 05: Resultado del Ítem N°04 del Cuestionario Aplicado	109
GRÁFICO N° 06: Resultado del Ítem N°05 del Cuestionario Aplicado	110
GRÁFICO N° 07: Resultado del Ítem N°06 del Cuestionario Aplicado	111
GRÁFICO N° 08: Resultado del Ítem N°07 del Cuestionario Aplicado	112
GRÁFICO N° 09: Resultado del Ítem N°08 del Cuestionario Aplicado	113
GRÁFICO N° 10: Resultado del Ítem N°09 del Cuestionario Aplicado	114
GRÁFICO N° 11: Resultado del Ítem N°10 del Cuestionario Aplicado	115
TABLA N°01: Años de Experiencia como Abogado	105
TABLA N° 02: Resultado del Ítem N°01 del Cuestionario Aplicado	106
TABLA N° 03: Resultado del Ítem N°02 del Cuestionario Aplicado	107
TABLA N° 04: Resultado del Ítem N°03 del Cuestionario Aplicado	108
TABLA N° 05: Resultado del Ítem N°04 del Cuestionario Aplicado	109
TABLA N° 06: Resultado del Ítem N°05 del Cuestionario Aplicado	110
TABLA N° 07: Resultado del Ítem N°06 del Cuestionario Aplicado	111
TABLA N° 08: Resultado del Ítem N°07 del Cuestionario Aplicado	112
TABLA N° 09: Resultado del Ítem N°08 del Cuestionario Aplicado	113
TABLA N° 10: Resultado del Ítem N°09 del Cuestionario Aplicado	114
TABLA N° 11: Resultado del Ítem N°10 del Cuestionario Aplicado	115

Agradecimientos:

A cada uno de los catedráticos de la Escuela de Posgrado que con mucha sapiencia y profesionalismo han sabido ilustrarme en este amplio campo del derecho, para ser así una mejor profesional.

Dedicatoria:

A mis padres Pedro y Ana, suma y conjugación de amor, honestidad, respeto y cariño, que supieron transmitir a sus once hijos, siendo yo la última de ellos. Por su ejemplo de vida y esfuerzo por el trabajo, por el cariño demostrado hasta el último aliento de sus vidas.

A mi hermana Ana María, que partió al encuentro de nuestros padres hace pocos días, porque sé que se hubiera contentado con este logro, porque siempre me alentó en cada meta.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se llevó a cabo con el propósito de determinar si se ha generado conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso, por la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006-2010. Para ello se estableció la siguiente hipótesis: La inadecuada aplicación del Principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457 ha generado un conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006-2010. El trabajo corresponde a una investigación Aplicada, porque está orientada en la aplicación de los conocimientos a la solución de un problema, pues confronta la teoría con la realidad. Es descriptivo explicativo, puesto que busca medir las variables y recoger información sobre la relación entre ambas. Para tal propósito se consideró la información obtenida a través de la aplicación del Cuestionario, el Análisis Documental; y, la Cédula de Entrevista; como instrumentos de medición de las variables a estudio. Los datos obtenidos se tabularon y analizaron mediante cuadros y gráficos. Una vez finalizada la fase de análisis e interpretación de los resultados se determinó que la inadecuada aplicación del Principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457 ha generado un conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006-2010, al encontrarse que los indicadores de la variables a estudio son percibidos como factores que determinan la relación entre ambas.

Palabras Clave:

Conflicto, derecho, identidad, debido Proceso, Ley, Proceso de Filiación Judicial, Paternidad Extramatrimonial, proporcionalidad, inconstitucionalidad, derechos fundamentales.

ABSTRACT

This research was conducted in order to determine whether it has generated conflict between the right to identity and the right to due process, by the misapplication of the principle of proportionality No. 28457 Law on the Courts Peace Counsel of the Superior Court of Justice of Tacna, 2006-2010. For this purpose the following hypothesis was established: Inadequate implementation of the principle of proportionality No. 28457 Law has created a conflict between the right to identity and the right to due process in the Courts of Peace Counsel of the Superior Court of Justice Tacna, 2006-2010. El work period corresponds to an applied research because it is oriented in the application of knowledge to the solution of a problem, because confronting theory with reality. It is explanatory descriptive, since seeks to measure the variables and collect information about the relationship between the two. For this purpose the information obtained through the application of the questionnaire, document analysis was considered; and the Certificate of Interview; as instruments of measurement of the variables studied. The obtained data were tabulated and analyzed using charts and graphs. After the phase of analysis and interpretation of the results it was determined that improper application of the principle of proportionality No. 28457 Law has created a conflict between the right to identity and the right to due process in the Magistrates' Courts lawyer of the Superior Court of Justice of Tacna, period 2006-2010, finding that the indicators of the study variables are perceived as factors that determine the relationship between the two.

Keywords:

Conflict, right, identity, due process, Law, Judicial Process filiation, extramarital paternity, proportionality, constitutional, fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que más se presenta en toda sociedad es el referido a la paternidad, expresado en la gran cantidad de niños, adolescentes, jóvenes, incluso adultos no reconocidos por sus padres. Este problema se observa en la generalidad de países, los que de alguna u otra forma tratan de solucionarlo con programas sociales, programas educativos, de salud; con el establecimiento de normas orientadoras, sancionadoras; con políticas de paternidad responsable, etc.

Podemos señalar como una de las causas del problema la irresponsabilidad de los padres, que se niegan a declarar a sus hijos principalmente con la intención de recortarles o desconocerles sus derechos evadiendo su obligación de sustento.

El incremento en los índices de nacimientos de hijos extramatrimoniales, la negativa de los presuntos padres a reconocer voluntariamente a sus hijos, los escasos recursos económicos de las representantes de los menores –en su mayoría madres- para solventar los costos de los largos y complicados procesos de filiación son motivos de sobra suficientes para que los legisladores de los diferentes países busquen mejorar, acelerar y facilitar los procesos de reclamación de la paternidad.

Los legisladores de los diferentes países en su afán de encontrar normas que mejoren de manera más justa el desarrollo de estos procesos son objetados por vulnerar algunos derechos de los demandados, sin embargo se debe sobreponer los derechos de los más débiles.

El proceso judicial viene a constituir una herramienta del derecho para hacer efectivos los derechos establecidos en las normas materiales, cuya finalidad

abstracta es lograr la paz social con justicia y la finalidad concreta es resolver los conflictos de intereses y eliminar las incertidumbres jurídicas.

La presente investigación tiene como fin proponer una solución al debate jurídico surgido acerca de la constitucionalidad de la Ley de Filiación Extramatrimonial – Ley 28457. Las posiciones discrepantes de los órganos jurisdiccionales sobre la aplicación de la Ley 28457 en los procesos de filiación extramatrimonial, se han convertido en un problema que ha trascendido la esfera jurídica, convirtiéndose en un problema social, dada la coyuntura en la que vivimos; sin embargo ningún órgano jurisdiccional ha analizado el problema de constitucionalidad de la Ley 28457, a través del Test de Proporcionalidad que en la actualidad viene siendo abordado por el Tribunal Constitucional Peruano como mecanismo limitador de la intervención legislativa en los derechos fundamentales de la persona.

Es así que el presente trabajo de investigación busca determinar e identificar los derechos fundamentales contenidos en la Ley 28457, si tales derechos se encuentran en una posible colisión, y de ser así cuales son los mecanismos óptimos para solucionar el conflicto de derechos fundamentales suscitados al interior de dicha ley, todo ello con el propósito de determinar si la norma analizada es inconstitucional, lo cual se va determinar a través de la aplicación del principio de proporcionalidad; por ello el incentivo, y motivación de realizar el presente estudio: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL Y EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL DEBIDO PROCESO. TACNA, 2006-2010, el cual se estructuró para ello el trabajo en cuatro capítulos:

Capítulo I, El Problema, en este capítulo se consignan la determinación y formulación del Problema, los objetivos, la justificación e importancia; así como la formulación de las hipótesis de investigación.

Capítulo II, Marco Teórico, se abordan los antecedentes del Estudio, y se presentan Teorías y Conceptos de manera secuencial, temas cuyos contenidos constituyen las bases teórico científicas de nuestra Investigación.

Capítulo III, Marco Metodológico, se formula el diseño metodológico, especificando: el tipo y diseño de estudio, población y las técnicas en el manejo de la información; consignándose además el tiempo de duración del presente estudio.

Capítulo IV, Resultados y Discusión, comprende la descripción del trabajo de campo; la presentación, análisis e interpretación de los datos obtenidos, los mismos que nos permiten verificar las hipótesis de nuestra Investigación.

Asimismo, en el Trabajo de Investigación se consideran las Conclusiones, Recomendaciones, Referencias Bibliográficas y los Anexos respectivos, que contribuyen a una mejor comprensión del mismo.

Finalmente, Señores Miembros del Jurado, dejo a vuestra consideración mi trabajo de investigación titulado: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL Y EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL DEBIDO PROCESO. TACNA, 2006-2010.

La Autora.

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1.1 Planteamiento del Problema

La profesión de abogada y mi experiencia como magistrada del Poder Judicial, me han permitido visualizar un problema jurídico que se origina una vez que entra en vigencia la Ley 28457, Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial.

Ante la necesidad de adoptar mecanismos para solucionar el problema de la gran cantidad de hijos no reconocidos legalmente por sus padres con la intención de recortarles o desconocerles sus derechos, en enero del 2005 fue promulgada la Ley 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y promueve el reconocimiento de la filiación por parte de los presuntos progenitores, fomentando la plena vigencia de los derechos humanos y la asunción de la paternidad responsable.

En esta ley se determina la competencia y la vía procedimental específica para este caso y establece un proceso ágil, sui generis creado para dar solución al problema social de la paternidad extramatrimonial¹. Contempla principalmente la realización de la pericia biológica de paternidad que determinará con una certeza de casi el 100% si el demandado presunto padre, es o no el padre del menor.

La determinación de la paternidad no es otra cosa que la constatación jurídica de la paternidad biológica cuya esencia está basada en el interés social y el orden público².

¹ Enrique Varsi. "La inversión de la carga de la prueba: la experiencia latinoamericana peruana" *Sociedade e Estado* 21.3 (2006) p. 644. Disponible en: http://works.bepress.com/enrique_varsi/15

² Loc. Cit.

El sustento legal de esta acción se encuentra en el Art. 402 del C.C. inciso f, así como en la ley 28547 que establece un proceso especial con características y trámites diferentes de las existentes en las vías procesales reguladas en las normas procesales nacionales.

En el Perú, a partir de la vigencia de la Ley N° 28457, Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, los procesos de Filiación, tienen la naturaleza de los procesos monitorios puros, donde el Juez decide ab initio e inaudita parte, es decir mediante cognición sumaria, donde se produce una sentencia condicional a simple requerimiento del actor y, que si no es impugnada, surte todos los efectos de la Cosa Juzgada material. Analizando la Ley en estudio no queda la menor duda que el legislador ha consagrado el proceso monitorio puro, pues los argumentos de la demanda no requieren ser acreditados de forma alguna. Así fluye nítidamente de lo establecido en los Artículos 1 y 2 de la ley referida. En efecto, dictado el auto que admite la demanda (resolución declaratoria de filiación) si no se opone el demandado, dicho auto se convierte en declaración judicial de paternidad constituyendo una resolución judicial con calidad de cosa Juzgada material. Si se opone, el demandado debe realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes y si no lo hace la oposición será declarada infundada y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

En consecuencia en este proceso especial, el dicho de la parte actora es suficiente para el amparo de su pretensión sin que haya necesidad de alguna de su corroboración con medio probatorio alguno. Esta opción del legislador nacional es absolutamente novedosa y diríamos sin precedente en nuestro país. En la legislación comparada puede encontrarse opciones y procesos especiales para las pretensiones de filiación, distintos al monitorio. Así la ley de enjuiciamiento Civil de España contempla un proceso especial para la filiación y en su artículo 767, inciso 1 establece que en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación de la paternidad si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda.

Asimismo la mencionada Ley no dice nada de cómo se sustancia la prueba de ADN, quién la realiza?, cómo se realiza?, qué método se utiliza?, tampoco señala si serán aplicables las normas sobre la pericia del Código Procesal Civil?, los resultados de la prueba serán discutidos en contradictorio entre las partes?, será necesario una audiencia para discutir las conclusiones?, podrán las partes aportar una pericia de parte?, parece que no.

Es que esta ley es el resultado del halo de infalibilidad que rodea a la llamada prueba del ADN, tanto que en buena cuenta se ha dejado a su resultado el que se declare fundada o infundada la oposición. Si el resultado es negativo, la oposición es fundada (artículo 3); si es positivo, es infundada y “el mandato se convertirá” en declaración judicial de paternidad (artículo 4). Así de mecánico.

Estamos ante una nueva fase en la historia del derecho probatorio peruano: regresamos a la prueba plena legal. Ergo ya no más apreciación conjunta y razonada de la prueba, ya no más motivación de por qué se resuelve en un sentido o en otro, pues quien decide es el laboratorio.

Como consecuencia, no solo se ha eliminado el contradictorio inicial, no solo se ha limitado la posibilidad de defenderse del demandado, 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 simple protocolizador de lo que concluya el laboratorio. De allí que sea lícito preguntarnos si realmente esta ley vulnera el derecho del debido proceso del demandado.

Con estas ideas no se pretende dejar en orfandad a los derechos del hijo, pero no podemos eludir el conflicto entre derechos. El derecho de emplazar la propia filiación y el estado de familia coordinado con los derechos del presunto progenitor demandado, nos conduce a decir que esos derechos del hijo que requieren, sin duda tutela judicial efectiva y eficaz para no provocarle indefensión, se tienen que ejercer y encarrilar judicialmente valiéndose de

medios probatorios que no sean inconstitucionales y asumiendo todos los riesgos de las eventuales deficiencias probatorias.

De otro lado, también se comprueban afectaciones gravosas al derecho a la integridad del presunto progenitor cuando en el primer párrafo del artículo 2 de la Ley 28457, se dispone que la oposición suspende el mandato, si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes. De esta manera, si bien no se empleará Vis Compulsiva para la aplicación de la prueba, se impone evidentemente su obligatoria actuación. La alternativa menos gravosa resulta ser la ponderación de la negativa conjuntamente con los demás medios probatorios como corroborante de la filiación que se reclama, si estos generan convicción de la relación paterno filial.

Por ello cabe preguntarse si este tipo de pruebas menoscaban el derecho de la persona a su integridad y si pueden ser impuestas coercitivamente. Así bien, cuál ha de ser la consecuencia que en el aspecto probatorio le viene permitido al Juez ante la oposición del hipotético progenitor (se trate de varón o mujer) a someterse a los exámenes pertinentes o a las extracciones indispensables. A este respecto las razones expuestas para determinar la preferencia del derecho del niño a conocer a sus padres por los derechos fundamentales del presunto progenitor, sustentan también la consideración a que las pruebas biológicas no vulneren tales derechos de éste último. Ahora bien, aun descartando que las pruebas de referencia puedan vulnerar derechos de la persona, no pueden ser exigidas coactivamente del sujeto que a ellas ha de someterse, por ende si el demandado presunto progenitor se negara a someterse a la prueba de ADN, no puede inferirse en su contra un reconocimiento. Ni siquiera una presunción, a favor de la contraparte, porque ello significaría vulnerar el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo.

De otro lado cabe considerarse, si el demandado so pretexto del interés superior del niño, se encuentra obligado a revelar con qué persona mantuvo relaciones sexuales durante el tiempo que se produjo la concepción del menor, más aún se encuentra obligado a revelar su código genético, es decir el derecho

fundamental de la intimidad del demandado es avasallado con el propósito de determinar la identidad biológica del menor.

1.2 Formulación del Problema

1.2.1 Interrogante principal

Ha generado conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Debido Proceso, la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457 en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006-2010.

1.2.2 Interrogantes secundarias

- a) ¿Cuál es el porcentaje de procesos de filiación extramatrimonial en los que se estableció el reconocimiento inmediato del menor, debido a la aplicación de la prueba del ADN?
- b) ¿El principio de proporcionalidad ha sido aplicado proporcionalmente por el legislador para evitar que el conflicto provocado sea inconstitucional?
- c) ¿Afecta la desproporcionalidad de la Ley N° 28457 al Derecho del Debido Proceso?
- d) ¿Existe urgente necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457, para solucionar los conflictos entre Derechos Fundamentales?

1.3 Justificación de la Investigación

La presente investigación pretende determinar la existencia de un conflicto de derechos fundamentales que puede haberse generado con la vigencia de la Ley N° 28457, y si el legislador ha aplicado completamente el principio de proporcionalidad, en su tarea legislativa.

La relevancia teórica del presente trabajo se encuentra en que permitirá precisar los conceptos del Principio de Proporcionalidad en la Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial (Ley N° 28457) y de esta manera poder dar un aporte para esclarecer el conflicto entre el derecho a la identidad y el debido proceso que se presenta en su aplicación.

Con respecto a la relevancia jurídica, este trabajo servirá para que los abogados, magistrados y auxiliares jurisdiccionales, puedan manejar con facilidad y precisar los términos controvertidos y aplicar al momento de redactar las decisiones jurisdiccionales, también los magistrados podrán expedir resoluciones judiciales en forma correcta, clara y concisa.

En cuanto a la relevancia social servirá para despejar dudas a los ciudadanos o justiciables que confrontan este tipo de problemas, por ser Tacna una zona comercial y de tránsito donde convergen personas que vienen de diferentes partes del Perú. Además servirá también para despejar dudas a los estudiantes de Derecho en las Universidades del País.

Asimismo, la presente investigación servirá de guía a futuros investigadores que quieran investigar sobre la problemática del principio de proporcionalidad en la Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial (Ley N° 28457). Los instrumentos de medición elaborados constituirán el aporte metodológico de la misma.

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1 Objetivo General

Determinar si ha generado un conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso, la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006-2010.

1.4.2 Objetivo Específicos

- a) Determinar el porcentaje de procesos de filiación extramatrimonial en los que se estableció el reconocimiento inmediato del menor, debido a la aplicación de la prueba del ADN.
- b) Determinar si el principio de proporcionalidad ha sido aplicado proporcionalmente por el legislador para evitar que el conflicto provocado sea inconstitucional.
- c) Evaluar si afecta la desproporcionalidad de la Ley N° 28457 en el Derecho al Debido Proceso.
- d) Determinar si existe urgente necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457, para solucionar los conflictos entre Derechos Fundamentales.

1.5 Conceptos Básicos

- **Acta de nacimiento.-** Documento escrito en el que se hace constar la relación de lo acontecido durante la celebración de una asamblea, congreso, sesión, vista judicial o reunión de cualquier naturaleza y de los acuerdos o decisiones tomados.
- **Debido proceso.-** El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez.
- **Demanda.-** Petición, súplica, solicitud sustentada en el juicio por un litigante. Escrito en el que se ejercitan en juicio una o varias acciones civiles o se desenvuelve un recurso contencioso administrativo.
- **Demandado.-** Persona que es demandada.
- **Demandante.-** Persona que demanda

- **Derecho.-** La palabra derecho designa una facultad reconocida a una persona por la ley, y que le permite realizar determinados actos como son el de propiedad, de testar, potestad y político.
- **Derecho civil.-** Rama del derecho privado constituida por un conjunto de normas que se refieren a las relaciones jurídicas de la vida ordinaria del ser humano, en su categoría de persona.
- **Derecho objetivo.-** Es el conjunto de normas jurídicas que forman la maquinaria jurídica, el conjunto de preceptos del derecho la norma jurídica que constituyen los códigos.
- **Derechos.-** Conjunto de las facultades otorgadas o reconocidas por las normas del derecho objetivo
- **Domicilio legal.-** Lugar donde la ley fija la residencia de una persona para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
- **Expediente.-** Constancia escrita de las actuaciones o diligencias practicadas en un negocio administrativo por los funcionarios a quienes corresponde, o de las actuaciones o diligencias practicadas en los actos de jurisdicción voluntaria.
- **Facultad.-** Atribución fundada en una norma del derecho positivo vigente.
- **Filiación.-** Procedencia de los hijos respecto de los padres. Calidad que el hijo tiene con respecto de su padre o madre. La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción.
- **Filiación Extramatrimonial.-** El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo extramatrimonial, cuando ha sido reconocido o declarado como tal con arreglo a lo dispuesto con la ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento.
- **Identidad.-** es un derecho humano y por tanto fundamental para el desarrollo de las personas y de las sociedades; éste derecho que comprende diversos aspectos que distinguen a una persona de otra, incluye el derecho a tener un nombre y la posibilidad de identificación a través de un documento de identidad.
- **Identificación.-** Medio empleado para la comprobación de que una determinada persona es aquella de la que se trata.

- **Inconstitucional.-** Ilegítimo ilegal antirreglamentario
- **Incumplimiento.-** Es el contexto de compensación y liquidación de valores, se utiliza cuando cualquiera de las partes de una negociación deja de cumplir con los términos de lo acordado.
- **Juicio.-** Proceso.
- **Jurisdiccional.-** Lugar donde se tiene autoridad que para gobernar o poner en ejecución las leyes.
- **Prueba de ADN:** Se realiza mediante un oficio petitorio en Bienestar Familiar. Este oficio debe contener la relación hijo, padre y madre. Estos oficios petitorios se deben enviar mensualmente a Bogotá el oficio original; en la oficina receptora solo deben quedar fotocopias y esta se maneja por medio de archivos.
- **Prueba de Paternidad.-** es aquella que tiene como objeto probar la paternidad, esto es determinar el parentesco ascendente en primer grado entre un individuo y un hombre (presunto padre).

1.6 Antecedentes

Haciendo una síntesis sobre los antecedentes de nuestra investigación, podemos tomar el artículo que publicara el Dr. Ricardo Manuel ALZA VASQUEZ³ que en resumido análisis nos dice que : “Nuestro Derecho Civil visto y reflejado en nuestra vida Republicana, en un primer momento con la dación del Código Civil de 1852 con la notoria influencia del derecho francés de entonces, prohibió expresamente no sólo la investigación de la paternidad natural, sino incluso la de la maternidad natural; ya en el Código Civil de 1936 se admitió ciertas excepciones no solo en el caso de delito añadiendo al rapto, la violación, el estupro, sino introduce la investigación en los casos de existir escrito indubitado del padre reconociendo la paternidad o de hallarse el hijo en la posesión de estado, referidas por cierto al hijo natural.”

³ ALZA VÁSQUEZ, Ricardo Manuel. Docente En El Curso De Derecho Genético Y Del Niño Y Adolescente [www. Monografías.com](http://www.Monografías.com)

En el texto original del artículo 402° del Código Civil ⁴, tal cual fue concebido por la Comisión Reformadora y Revisora del Código Civil de 1984 y que entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984, contempló únicamente los cinco primeros incisos como supuestos de presunción para la declaración de filiación judicial extramatrimonial, siendo estos:

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

Ahora, con la primera modificatoria habida e introducida mediante el art. 2° de la Ley N° 27048, se introdujo el inciso sexto cual rezaba: Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. El Juez desestimarás las presunciones de los incisos

⁴ ALZA VASQUEZ, Ricardo Manuel. ralzavfarroba@yahoo.com Universidad Los Ángeles de Chimbote – Perú docente en el curso de Derecho Genético y del Niño Y Adolescente.

precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

No hace mucho tiempo atrás, con la dación de la Ley N° 28457 ha sido suprimido el extremo que indicaba: Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415.

La razón de esta introducción radica fundamentalmente en que no estaba contemplado aquel supuesto de existencia de hijo extramatrimonial nacido de una relación efímera y por el mismo avance científico y desarrollo de la prueba genética del ADN y otras genéticas.

El objetivo de las acciones judiciales destinadas al establecimiento de la filiación jurídico es que coincida con la filiación biológica (verdad biológica), durante siglos fue inaccesible, el derecho de cierta manera se limitó a deducir de total o determinado hecho, sea con mayor o menor certeza para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, que no son más que presunciones judiciales detalladas e indicadas en los primeros cinco incisos del artículo 402° ya antes referido.

Por tanto las dificultades respecto de la prueba justifican el hecho de que el legislador haya siempre tomado largamente en cuenta las presunciones de paternidad, han sido con el decurso y progresos de la ciencia superadas, que ahora permiten determinar a través de un test genético con un riesgo mínimo de error la filiación biológica de una persona, para ello cabe destacar la fuerza probatoria del test genético, las condiciones en que se realiza la prueba, la negativa del presunto padre a someterse a ella, y finalmente las consecuencias que genera tal posición.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTO TEORICO CIENTIFICO

SUBCAPÍTULO PRIMERO

TEORIA CONFLICTIVISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1.1 Los derechos fundamentales

1.1.1 Los antecedentes de la noción de derecho fundamental

La noción de derecho subjetivo, como puso de manifiesto Villey⁵, no era conocida en la Antigüedad⁶. Según el profesor francés, debe situarse su origen en el s. XIV, más concretamente en ciertos escritos de Guillermo de Ockham, quien “negó la abstracción intelectual y redujo el ámbito de los entes cognoscibles al de los singulares aprehensibles por la sensibilidad”⁷. Esta merma epistemológica produjo un cercenamiento de la realidad; y lo jurídico, contemplado desde lo singular, quedó reducido a meras prerrogativas. Para Ockham, esas prerrogativas, “no pudiendo fundarse sobre un orden natural, ya que el orden que nosotros establecemos en la realidad para conocerla y regida formando conceptos, no es sino una especie de cañamazo tejido por nuestro espíritu para cuadrificarla, no pueden tener su fuente sino en las voluntades que los establecen: la voluntad de Dios o las voluntades humanas”⁸. El positivismo y el subjetivismo jurídicos prefigurados por Ockham tuvieron su confirmación más

⁵ Cfr, VILLEY, M., Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo, trad. De P. Le. Roy, Valparaíso, Edeval, 1976

⁶ Se ha afirmado, puntualizando la tesis de Villey, que “aunque podemos traducir a menudo la palabra *iuris* por nuestro derecho subjetivo, los romanos no llegaron a entenderla precisamente en ese sentido, porque no construyeron tal categoría. Tal palabra, fundamental, como se comprende para la inteligencia toda de la vida jurídica romana, se nos aparece así como palabra ciertamente ambigua, que tan pronto se nos muestra en un sentido objetivo, de ordenamiento, como en uno subjetivo, de facultad”

⁷ MASSINI CORREAS, C.I, Filosofía (...), op.cit., p60

⁸ HUSSON, L. “Droits l’homme et drois subjetifs” en A.P.D. 26, 1981, 346-379, pp. 350-351.

acabada con la exaltación del individuo que se produjo en el humanismo⁹. “Por su parte, la concepción moderna de la ciencia, al reducir su objeto a lo percible empíricamente, y su método a la descomposición de las realidades con el fin de medidas cuantitativamente y descubrir sus causas eficientes, condujo a una percepción de la sociedad política como un conglomerado de individuos, considerados en principio como independientes los unos de los otros y agrupables sólo por asociación voluntaria”. Como se ha visto, esta asociación se producía, para este pensamiento, mediante un pacto en el que, los individuos sacrificaban a la sociedad un conjunto de facultades o derechos, en aras de hacer la convivencia posible, y se reservaban otras, que recibían el nombre derechos naturales o innatos. Este significado del término derecho es el que fue empleado en las declaraciones de derechos y en las constituciones liberales y del estado social de derecho, es el que actualmente maneja el conflictivismo jurídico, y es el que se encuentra vigente en el diálogo social, político y jurídico.

El constitucionalismo supuso, entre otras cosas, el reconocimiento de algunos de los derechos humanos en textos normativos a los que se pretendía dotar de una firmeza peculiar. Existe cierto consenso doctrinal en reservar las voces "derecho constitucional" (Estados Unidos, Argentina) y "derecho fundamental" (Alemania, España) para denominar a los derechos reconocidos constitucionalmente. La expresión «derecho fundamental» ha alcanzado especial relieve en el Derecho constitucional alemán, «donde bajo el título de los *Grundrechte* se ha articulado el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su *sentido* en la *Grundgesetz* de Bonn de 1949”. La distinción entre «derecho humano» y “derecho fundamental” o “derecho constitucional” será preciso tenerla en cuenta especialmente a partir de este punto del trabajo: las referencias a los derechos fundamentales o constitucionales implicarán que el derecho del que se trate se encuentra reconocido en un texto constitucional.

Lo que llevamos dicho en los capítulos anteriores y en éste ha permitido constatar que el conflictivismo ha seguido dos direcciones a la hora de dar una

⁹ Cfr. VILLEY, M. Philosophie du droit. Définitions et fins du droit, Dalloz, París, 1975, pp. 135-136; MASSINI CORREAS, C. I. Filosofía (...), op.cit., p. 61..

definición de derecho fundamental: en algunas ocasiones el derecho aparece identificado con la norma, y en otras con una libertad en principio ilimitada. A continuación se pretende ahondar en este segundo sentido. El primero no parece necesario abordarlo, pues ya ha sido considerado en el punto anterior, al tratar de la norma iusfundamental. Alcanzar esta finalidad requerirá el desarrollo genérico de la noción de derecho fundamental, y permitirá, asimismo, sentar algunas pautas para su replanteamiento.

1.1.2 El derecho fundamental como posición jurídica fundamental

La discusión sobre el concepto de derecho subjetivo, no obstante su considerable duración y los muy intensos y amplios esfuerzos desplegados, no ha conducido a un consenso. Nuevamente, la cuestión de la validez produce polémicas. Pero además, hay confusiones conceptuales causadas por un "planteamiento del problema incorrecto e impreciso", que ya criticara Kelsen "al formular las definiciones más arriba examinadas, no se paraba la atención en lo que el concepto del derecho subjetivo investigado debía ofrecer al jurista, del problema a que había de dar solución"¹⁰. Hay, a juicio de Alexy, dos distinciones relevantes que pueden aportar luz al problema: a) la distinción analítica entre norma y posición jurídica fundamental; b) la distinción entre razones para los derechos subjetivos, los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas, y la imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos. Ambos puntos serán desarrollados a Continuación.

1.1.2.1 La posición jurídica

La norma es *aquello* que es expresado en un enunciado normativo. La norma de derecho fundamental es aquello expresado en una disposición de derecho fundamental. Por ejemplo, en la disposición de derecho fundamental:

"se le reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (...)" (art 20. ICE), se

¹⁰ KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tubinga, 1911.

expresa una norma universal que confiere un derecho frente al Estado. Ahora bien sobre la base de esta norma puede formularse una norma individual iusfundamental como la siguiente:

a tiene frente al Estado el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones.

Si esto es así, *a* se encuentra frente al Estado en una posición iusfundamental que consiste en que tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión. “Esta posición puede ser expresada con el mismo enunciado mediante el cual se expresa aquella norma individual. Si vale la *norma* individual según la cual *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*, entonces *a* se encuentra en una posición jurídica que está caracterizada por tener frente a *b* un derecho a *G*; y si una posición jurídica de *a* consiste en que *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*, entonces vale la norma individual de que *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*. Las normas pueden ser consideradas como cualificaciones de personas o de acciones. Desde esta perspectiva, tanto las personas como las acciones reciben propiedades o cualificaciones de las normas. “Así, puede decirse que una norma que le prohíbe a *a* hacer *h* le confiere a *a* la propiedad de ser alguien a quien le está prohibido hacer *h*. La propiedad de *a*, que puede ser expresada con el predicado monádico complejo “alguien a quien le está prohibido hacer *h*” es la posición en la que *a* es colocado a través de la norma. Si sólo existieran posiciones de este tipo, naturalmente no valdría la pena hablar de posiciones. Lo interesante es cuando no se trata de propiedades sino de relaciones que pueden ser expresadas por predicados didácticos tales como “... tiene un derecho a *G* frente a...” o por predicados tridácticos como “... tiene frente a... un derecho a...”

1.2 Los conflictos entre derechos fundamentales y bienes públicos

1.2.1 Planteamiento

De acuerdo con lo anticipado en la introducción a este capítulo, además de los conflictos entre derechos fundamentales, es también frecuente encontrar en la jurisprudencia casos que tienen origen en la afectación del contenido de normas iusfundamentales llevada a cabo por el legislador en aras de alcanzar algún fin de naturaleza constitucional, y que suelen ser resueltos como si existiera realmente en ellos un conflicto entre un derecho fundamental y un bien público. Desde nuestro punto de vista, este planteamiento, al igual que el que ya ha sido examinado, conduce a graves dificultades prácticas, y adolece de no menos importantes deficiencias teóricas.

Existe un común denominador entre los diversos casos que serán examinados a continuación. En todos ellos el Estado, a fin de realizar algún objetivo constitucional, afecta algún derecho fundamental. El titular de ese derecho pide a los tribunales la declaración de inconstitucionalidad de la medida. Llegado el momento de juzgar, el juez puede considerar que se encuentra ante un conflicto entre derechos fundamentales y bienes públicos. A continuación se pasará revista a una serie de casos que fueron planteados en forma conflictivista.

Detrás de la clase de enfoques que se criticarán en esta parte del trabajo se encuentra, indudablemente, una visión del Derecho y del Estado. En particular, un concepto de los derechos fundamentales y del bien común político. Corresponde aclarar de entrada que estas cuestiones recibirán su correspondiente tratamiento en los capítulos siguientes. En éste pretendemos continuar con una exposición cruda, casi neutral, del conflictivismo. No obstante, este afán puramente descriptivo no podrá evitar que aparezcan las deficiencias de los fallos analizados: planteamientos injustificados, elementos que no se tienen en cuenta, sobrevaloración de algún principio, etc.

Resta aclarar que cada uno de los casos examinados aborda una temática de riqueza tal que impide llevar a cabo en las páginas siguientes un tratamiento profundo de todos los problemas involucrados. Nuestra visión tendrá como meta exclusiva resaltar el conflictivismo presente en cada una de las sentencias. Sobre las restantes cuestiones no será posible ni tampoco resulta necesario para nuestra investigación formular juicio alguno.

1.2.2 El conflictivismo y los principios iusfundamentales

Llegados a este punto resulta necesario preguntarse qué visión tienen de los principios quienes sostienen posiciones conflictivas. Es posible tomar como ejemplo el caso *Pérez Arriaga*. Los principios en juego en esta sentencia eran los siguientes:

- Pa) toda persona tiene derecho a expresarse;
- Pb) la libertad de prensa Ocupa un *rol* estratégico en el ordenamiento constitucional cuando su ejercicio afecta a asuntos de interés público, puesto que resulta vital para la supervivencia y el desarrollo del sistema democrático, y debe tener por tanto, una protección especial;
- Pc) la vida privada de las personas debe ser tutelada frente a injerencias extrañas.

Obsérvese que los principios enunciados dejan mucho por averiguar: distan de ser una guía exenta de dificultades. El primero exige determinar cuáles son las expresiones que el constituyente quiso tutelar; el segundo deja al intérprete la tarea de determinar en qué consiste la protección especial que ha de brindársele a la libertad de prensa, así como la precisión del concepto de «asunto de interés público». El tercero, por último, requiere distinguir en la vida del hombre entre su vida pública y su vida privada, y concretar qué es una «injerencia extraña».

La CS decidió en *Pérez Arriaga* que debía ser aplicado:

Pb). Pero si se observa el hilo argumentativo de la sentencia se advertirá que lo hizo sin relacionado como era necesario con el principio que ordena el respeto de la vida privada. Fue aplicado sin ponderación, como si se tratara de una regla. La visión conflictivista del tribunal lo llevó a simplificar la realidad normativa aplicable. Si el mundo jurídico es entendido disyuntivamente, con derechos irreconciliables entre sí, en una dialéctica a la que sólo se puede poner fin mediante la intervención judicial se procuran soluciones unívocas. Desde esta perspectiva, las circunstancias del caso sólo servirán para encuadrarlo en el presupuesto de hecho de las normas, pero no podrán contribuir a la creación de regla alguna. No se concibe la posibilidad de una existencia armónica de los derechos¹¹. Se parte de que uno de los dos deberá ser indefectiblemente sacrificado en aras del otro. Menguado de esta manera el poder normativo del caso, los principios quedan reducidos a reglas. Puede decirse, pues, que la visión conflictivista de los litigios sobre derechos fundamentales no acaba de acoger en todo su alcance la distinción entre principios y reglas, operando en beneficio de estas últimas.

Consecuencias similares surgen de planteamientos como los que se hicieron en el caso *Hernández Carda*, también analizado en el capítulo 1, aunque el TC admitiera en su sentencia que debían ponderarse los derechos en juego¹². El tratamiento de los principios como reglas es el resultado inevitable de una ponderación incompleta de los principios iusfundamentales aplicables. Esto, a su vez, tiene su origen en la identificación de los derechos fundamentales con los principios iusfundamentales. Si se silencia la consistencia propia del derecho fundamental, identificándolo con el principio, la ponderación pierde uno de sus términos esenciales, y no puede llegar a resultados satisfactorios.

La reducción del derecho fundamental a facultad ilimitada o a principio iusfundamental produce una consecuencia muy grave: las inevitables colisiones entre principios son resucitas mediante una ponderación mostrenca, reducida en

¹¹ Cfr. P.ej. BACIGALUPO, E., "Colisión de derechos fundamentales (...)" cit.pp. 83-84.

¹² Cfr. Cap. 1, epígrafe 2.1.3.

última instancia a cálculo económico (*Peralta*) o a mera imposición (*Pérez. Arriaga*). Sin una ponderación completa, que tenga en cuenta todos los elementos que se han mencionado más arriba, los criterios fundantes de la aplicación de uno u otro principio se pierden en la irracionalidad. Esto conlleva, necesariamente, que resulte postergado en el caso un principio constitucional (que no se aplica) sin justificación suficiente. Un análisis más detallado de esta problemática tendrá lugar en el capítulo¹³.

La solución de los casos mencionados hubiera sido diferente desde un planteamiento que se hiciera cargo de la distinción estructural entre reglas y principios. Las indeterminaciones de los principios son compartidas, aunque en menor medida, por las reglas, especialmente las de Derecho constitucional. En menor medida, porque las reglas proporcionan una solución al caso. Es precisamente en esta cualidad donde se encuentra la médula del asunto: sólo con base en una regla es posible alcanzar la solución del caso. Como ya se ha visto, el juego de los principios no permite este resultado. La aplicación de uno deja insatisfecho al otro. La respuesta jurídica debe darse un nivel más abajo: el de las reglas. En el caso de las colisiones de principios, a las imprecisiones comunes a toda norma, se agrega la carencia de regla.

La regla, en estos supuestos, hay que crearla. Surgirá de la ponderación entre las circunstancias del litigio y los diferentes principios en juego. Tendrá lugar en sede judicial un diálogo entre las circunstancias del caso y los presupuestos y consecuencias de uno y otro principio. La ponderación de uno y otro principio deberá incluir, indispensablemente, la consideración de los derechos fundamentales que cada uno de los principios reconoce. Cada derecho fundamental, abstractamente reconocido en el principio, revelará en la ponderación sus exigencias ontológicas.

El juez relaciona los principios en juego, los derechos fundamentales por ellos reconocidos, y los hechos del caso. La ponderación determinará la precedencia relativa de un principio sobre el otro. La relatividad viene dada por

¹³ Cfr. Esp., el epígrafe 4.3.1.

las circunstancias prácticas. El principio que prima, lo hace sólo en esas circunstancias concretas. Puede no ocurrir lo mismo en otras distintas. Por tanto, más que de primacía de un principio sobre otro, correspondería hablar de no-aplicabilidad en el caso del principio postergado. La nueva regla tendrá como supuesto de hecho las circunstancias del caso, y como consecuencia jurídica la del principio de mayor peso.

Esta propuesta parte de la posibilidad de encontrar armonía en la realidad, y de restituida al litigio; de que es factible que los derechos fundamentales convivan unos con otros, sin falsas disyuntivas. En efecto, las circunstancias del caso y las exigencias que se deriven de la consideración de los derechos que cada principio reconoce, según sean agregadas a uno u otro platillo, determinarán y permitirán conocer cuál es el principio aplicable. La figura presupone, entre otras cosas, que en las circunstancias es posible encontrar claves normativas potencialmente determinadoras de la imprecisión radical connatural a los principios.

1.3. Soluciones alternativas dadas a los conflictos por el conflictivismo: jerarquización, ponderación y máxima de razonabilidad

1.3.1 Jerarquización de derechos fundamentales

Un buen ejemplo de quienes postulan la existencia de un orden jerárquico entre los derechos fundamentales es el constitucionalista argentino M.A. Ekmekdjian, según este autor es equivocada la idea de que los derechos constitucionales tienen igual jerarquía y que la jurisprudencia debe armonizarlos.

La posición de M.A. Ekmekdjian se puede sintetizar en la forma siguiente:¹⁴

¹⁴ Ciancardo Juan. Le conflictivismo en los Derechos Fundamentales. Ediciones Universidad de Navarra Pamplona. España 2000, pag 107.

- a) cada derecho subjetivo es la cobertura jurídica de uno o varios valores. En otras palabras el derecho subjetivo es un medio para brindar protección jurídica a un valor que, por definición, es un fin en sí mismo»;
- b) Toda teoría de los valores supone que ellos se encuentran ordenados jerárquicamente;
- c) Aceptados los dos puntos anteriores, es preciso concluir que los derechos se encuentran ordenados jerárquicamente.

Para determinar la jerarquía de los derechos, es necesario establecer la importancia relativa de cada valor. Ekmekdjian propone tres metodologías complementarias. La primera consiste en examinar la menor o mayor restringibilidad del derecho subjetivo que protege al valor de que se trate, puesto que «un derecho es menos restringible en la medida en que el valor al cual brinda cobertura (...) tenga mayor jerarquía». El segundo método empleado es el de la sustracción hipotética, esto es, «imaginar un mundo en el cual se negara una categoría de derechos (valores) y luego imaginar otro en el cual se aceptara ésa y se negara otra, y así sucesivamente, para comprobar cuál pérdida es más significativa». El tercer criterio es el de medir la posibilidad de renuncia del derecho por su titular. Según Ekmekdjian, «existen valores que la moral social considera tan esenciales que no permite al titular de los mismos el sacrificio voluntario de ellos, lo que hace dudosa, incluso, la calificación de "derechos subjetivos" a la cobertura jurídica que los protege. Si se los compara con los derechos que sí pueden ser renunciados, la mayor jerarquía de los primeros es obvia».

Luego de varias clasificaciones parciales, Ekmekdjian llega a una última clasificación, que no considera definitiva, sino sujeta a crítica. La jerarquía de los derechos sería así: 1°) derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa, etc.); 2°) derecho a la vida y sus derivados.(derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, etc.); 3°) derecho a la libertad física; 4°) los restantes derechos personalísimos (propia identidad, nombre, imagen, domicilio, etc.); 5°) derecho a la información; 6°)derecho de asociación; 7°) los restantes derechos personales; 8°) los derechos patrimoniales.

Según Ekmckdjian, «Los efectos e implicancias de este orden jerárquico de los derechos civiles (...) son fecundísimos en la hermenéutica jurídica». Esos efectos serían los siguientes: a) la restringibilidad de los derechos de la cúspide - de la escala es mínima, y va aumentando a medida que se desciende por ella; por ello, a') una ley no puede restringir un derecho de rango superior más intensamente que uno de rango inferior; a") el "índice de garantización» de un derecho determinado es el límite mínimo del «margen de garantización» que tiene todo derecho de rango superior al primero; b) para este autor, la escala jerárquica de los derechos es singularmente útil en materia de conflictos de derechos subjetivos. Sostiene que la afirmación jurisprudencial según la cual la interpretación debe armonizar los derechos «encierra una falacia porque, en caso de conflicto entre dos o más derechos, no hay armonización posible, sino que debe sacrificarse alguno en beneficio del otro u otros. Nosotros entendemos que, en tales casos, el derecho de rango superior debe prevalecer sobre el de rango inferior».

La crítica a la posición expuesta puede hacerse desde dos perspectivas. Desde un punto de vista interno, hay que señalar que, en primer lugar, al ser los valores fines en sí mismos carentes de referencia antropológica resulta inevitable que unos entren en colisión con otros, y que no existan posibilidades de solución. Es el drama interno del concepto de valor. Si los valores son fines en sí mismos, y no bienes relativos a la felicidad humana, resultará inevitable el choque de unos con otros. Para la filosofía de valores los valores no son, valen. Y la valía les es asignada por el sujeto.

1.3.2 La ponderación de derechos fundamentales

Para los conflictos se suele proponer también la ponderación, palabra con la que se suele traducir el término inglés *balancing*, utilizado en el derecho estadounidense. Ponderar no sería otra cosa que sopesar los derechos en juego. Hemos visto que el conflictivismo ha seguido dos direcciones a la hora de conceptualizar los derechos fundamentales: los ha identificado con derechos subjetivos en principio ilimitados o con normas iusfundamentales. La ponderación es aplicada a una y otra formulación. Se parte de un conflicto de

derechos entre sí o entre derechos y bienes. Planteadas así las cosas, se afirma que: a) todos los derechos y bienes son iguales y equivalentes entre sí; b) por ello, en palabras del TC «se impone una necesaria y casuística ponderación¹⁵». Se ha sostenido, en esta línea, que “no se trata de determinar cuál es el bien más importante, pues, salvo excepciones, lo son todos por igual, especialmente cuando el conflicto se entabla entre los propios derechos fundamentales, sino de decidir cuál de las dos normativas resulta más necesaria, relevante o justificada para proteger el correspondiente bien o derecho¹⁶”

Esta metodología se enfrenta a dos obstáculos que, a nuestro juicio, son imposibles de superar desde los presupuestos conflictivistas. El primer problema es el de la ponderación en sí misma considerada: formulada como se la formula, no parece una actividad racionalmente controlable. Nada se dice sobre los criterios que permiten decidirse por uno u otro derecho en juego. Referida a los derechos como facultades ilimitadas, no hay ninguna pauta que indique por qué una de las dos libertades enfrentadas (o, en su caso, el bien público) debe prevalecer. Y aplicada a la otra variante del conflictivismo, la que identifica derechos y normas, existen dificultades similares. En efecto, decir que hay que sopesar las normas aplicables es muy poco, especialmente teniendo en cuenta la fundamentalidad de los derechos humanos. La segunda dificultad consiste en la asunción, lisa y llana, de la necesidad de postergar alguno de los derechos fundamentales en juego. Si hay algo que ha caracterizado al discurso de los derechos humanos desde su aparición es, justamente, su resistencia a la postergación.

1.3.3 La máxima de razonabilidad

Los problemas prácticos a que se llega desde una postura conflictivista son resueltos muchas veces, al menos aparentemente, recurriendo a la

¹⁵ STC 104/1986, RTC 1986-II-591. FJ 5º.

¹⁶ GASCÓN ABELLÁN, M. Obediencia al Derecho y objeción de conciencia, op.cit.,p.286. Cfr. asimismo, respaldando esta posición, PRIETO SANCHIS, L., Estudios sobre derechos fundamentales, op.cit.,pp147-148.

máxima de razonabilidad¹⁷. Constatados los problemas teóricos y prácticos a que conducen la ponderación incompleta y la jerarquización, se recurre a ella como técnica capaz de dar una respuesta superadora. En efecto, la proporcionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales para encontrar salida al presunto conflicto que en estos supuestos se daría entre fines públicos y derechos fundamentales; en tanto que uno de sus subprincipios, el de proporcionalidad *stricto sensu*, es aplicado para resolver los conflictos entre derechos.

De ahí que resulte necesaria una aproximación al principio de proporcionalidad. Decimos “una aproximación”, y la precisión parece conveniente: no pretendemos un estudio exhaustivo del tema, sino tan sólo la indagación de sus aspectos esenciales, para centrarnos inmediatamente en la relación entre la proporcionalidad y nuestro objeto de estudio. La finalidad del capítulo es indagar la coherencia teórica de responder a las preguntas de índole práctica que plantea el conflictivismo, que no toma en cuenta el sustento ontológico de los derechos fundamentales, mediante la máxima de razonabilidad, cuya mera enunciación deja ver su dependencia clara de las finalidades de los derechos y por tanto, en última instancia, de una ontología jurídica.

Antes de comenzar, cabe formular tres puntualizaciones. Llama la atención el hecho de que la razonabilidad aplicada casi universalmente en el mundo jurídico occidental tanto por los países del common law como por los del Derecho continental, por tribunales de instancias inferiores, por tribunales constitucionales y por tribunales internacionales. “Concebido en términos aparentemente diferentes en varios sistemas jurídicos, la proporcionalidad ha tenido un contenido y una aplicación similar en cada uno de ellos.

¹⁷ Cfr., p.ej., GAVARA DE CARA, J.C. Derechos fundamentales (...), op.cit., p.285

SUBCAPÍTULO SEGUNDO

LA PROPORCIONALIDAD Y EL CONFLICTIVISMO

2.1 La proporcionalidad y el conflictivismo

Constatadas las insuficiencias de la ponderación incompleta y de la jerarquización a las que nos hemos referido en el capítulo III podría pensarse que la salida a los conflictos entre derechos y, sobre todo, entre derechos y bienes públicos consistiría en recurrir al principio de proporcionalidad como una técnica idónea para dar con el derecho fundamental o con el bien público postergable en el caso, con referencia a alguna idea de justicia¹⁸, aunque manteniendo estrictamente una aproximación avalorativa al Derecho.

Teniendo en cuenta que los dos primeros subprincipios consisten, en líneas generales, en detectar cuestiones de hecho la clave del problema reside, pues, en el tercero. De modo que el intento de emplear la máxima de razonabilidad sin contradecir los presupuestos teóricos del conflictivismo depende de que resulte posible una aplicación avalorativa del subprincipio de razonabilidad stricto sensu, es decir, una aplicación que prescinda, por ejemplo, del examen de las finalidades de los derechos en juego, de las normas iusfundamentales y de la legislación ordinaria. En las páginas anteriores se ha expuesto un entendimiento de este subprincipio que descarta que esto sea viable. Sin embargo, podría argumentarse que aún existe una alternativa para el conflictivismo: quienes reducen la proporcionalidad en sentido estricto a una comparación entre las ventajas y las desventajas de la medida controvertida quizá mantendrían que llevan a cabo un cálculo empírico matemático de costes y beneficios, no valorativo, y que consiguen en este asunto, por tanto, la deseada coherencia entre los presupuestos teóricos y la dinámica jurídica.

¹⁸ La vinculación entre la razonabilidad y la idea de justicia es muy frecuente entre quienes se han ocupado del tema. Cfr. P. ej., BARNESJ. "Introducción al principio de proporcionalidad (...)", art.cit.p.501.

Existen tres líneas de razonamiento que echan por tierra la viabilidad de esta interpretación: la primera es decisiva, puesto que afecta a la coherencia interna del intento [a)]; la segunda se refiere a la admisibilidad de sus consecuencias [b)]; la última, a su fidelidad como descripción de la realidad jurídica [c)]. Serán tratadas a continuación.

a) Incluso reduciendo la razonabilidad a un balance de ventajas y desventajas, la actividad valorativa deviene inevitable. En efecto, las ventajas o desventajas, los costes o beneficios, lo son respecto de algo que se considera valioso. Implica, por tanto, la asignación del carácter de ventajoso o beneficioso a determinadas realidades, valores o estados de cosas, y esto no puede ser llevado a cabo sin valorar esas y otras realidades.

La reducción de la razonabilidad a un cálculo de ventajas y perjuicios es injustificable para el conflictivismo. En primer lugar, no resulta posible fundamentar desde el formalismo jurídico la necesidad de realizar un balance entre costos y beneficios. Cualquier intento que se haga en esta dirección requerirá inevitablemente de valoraciones. En, segundo lugar, otro tanto ocurre a la hora de justificar desde aquí la reconducción de dicho balance o cálculo a un funcionalismo moral o económico. Esto torna el empleo de la razonabilidad en opción ideológica no justificada.

La peculiar índole de la proporcionalidad produce que todo lo que se predique respecto de ella conduzca, a la corta o a la larga, a valoraciones; estas últimas se encuentran en la base del principio, y lo tornan irreductible a un cálculo puramente racional.

b) Desde otro punto de vista, el intento mencionado pone en riesgo la razón de ser del principio de proporcionalidad: asegurar que los derechos fundamentales son vallas infranqueables. En efecto, pretender que una medida es proporcionada sólo porque produce más beneficios que perjuicios para la generalidad de las personas no excluye de entre los perjuicios admisibles la violación de un derecho fundamental. Con ello pierden sentido los propios derechos fundamentales.

c) Por último, basta un superficial análisis de la jurisprudencia constitucional para constatar que prácticamente en todas las sentencias en las que se tratan cuestiones iusfundamentales y, en particular, en aquellas en las que se aplica la máxima de razonabilidad, aparecen, de un modo u otro, valoraciones de los fines de los derechos y de las normas en juego: los tribunales constitucionales resuelven a diario cientos de casos iusfundamentales recurriendo a la interpretación teleológica de los derechos fundamentales. Una interpretación de la razonabilidad que la presente como técnica no valorativa resulta incapaz de dar cuenta de este dato sociológico.

En suma, por lo dicho en a), el principio de proporcionalidad es incompatible con los presupuestos teóricos del conflictivismo. Esta conclusión permite llegar a otra: quienes aceptan la existencia de conflictos entre derechos fundamentales los resuelven bien de manera inaceptable (mediante jerarquizaciones y ponderaciones), o bien recurriendo a herramientas técnico-jurídicas cuya aplicación contradice los presupuestos de los que parten (caso de la máxima de razonabilidad). Ambas alternativas conducen a idéntico desenlace: la necesidad de abandonar el conflictivismo y de replantearse los presupuestos teóricos que lo han producido.

2.2 La estructura del principio de proporcionalidad

En el presente capítulo intentaremos abordar los últimos interrogantes necesarios para dar respuesta al problema central de esta investigación, o sea, si la aplicación del principio de proporcionalidad, como criterio para concretar el contenido normativo de las disposiciones de derecho fundamental, ofrece más condiciones de racionalidad que los criterios estructurales alternativos, y si puede ser legítimamente por el tribunal Constitucional en el control de inconstitucionalidad de las leyes. Estos interrogantes se refieren, en lo esencial, a si es posible reconstruir con claridad la estructura del mencionado principio, si la aplicación de los subprincipios que lo componen cumple las exigencias derivadas de los criterios de racionalidad, y si por su conducto es posible deslindar de una manera plausible las competencias del Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de los derechos fundamentales, y del Legislador,

en cuanto instancia legitimada para configurar la Constitución y para definir las principales directrices políticas de la sociedad.

El intento de dar respuesta a estos interrogantes presupone analizar qué estructura tienen y cómo funcionan los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Desentrañar la estructura argumentativa de estos principios, no es una tarea baladí. Ellos han sido concebidos en una gran variedad de formas y desde múltiples puntos de vista, tanto por la doctrina sobre todo por la doctrina iuspublicista y iusfilosófica alemana, como por la jurisprudencia Constitucional. Para los fines de nuestra investigación resulta aconsejable, entonces, examinar estas diferentes visiones de los subprincipios de la proporcionalidad y formular una concepción particular de los mismos, que sea adecuada para dar cuenta de su aplicación por parte del Tribunal Constitucional español. En ese sentido, es recomendable esbozar una peculiar reconstrucción de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad.

Esta reconstrucción tiene una base descriptiva, pero a su vez pretende desempeñar una función normativa. Tiene una base descriptiva, porque su punto de partida consiste en una explicación de la manera en que habitualmente se aplica dicho principio por parte de la Jurisprudencia Constitucional y de la manera en que la doctrina ha entendido los subprincipios que lo componen y los presupuestos de su aplicación. Sin embargo, a partir de esta base descriptiva, nuestra reconstrucción persigue fijar un conjunto de reglas argumentativas que exprese, de qué modo la aplicación de este principio puede cumplir, en la mayor medida posible las exigencias de racionalidad que entran en juego en la concreción de las disposiciones iusfundamentales. En otros términos, la reconstrucción del principio de proporcionalidad que ofrecemos a continuación, intentará precisar la forma en que su aplicación puede llegar a obtener el máximo grado de racionalidad y de respeto hacia la competencia legislativa para configurar la Constitución y para encausar la vida política. En este sentido, el resultado de dicha reconstrucción pretende tener también una función de carácter normativo y evaluativo, es decir, intenta imponerse como guía de actuación para el Tribunal Constitucional y, a la vez, como medida para que sus interlocutores enjuicien cada concreta aplicación del mencionado principio.

El principal objetivo del presente Capítulo consiste en desarrollar este análisis. A lo largo de todos sus apartados presentaremos una reconstrucción de la estructura del principio de proporcionalidad, como criterio para fundamentar las normas adscritas que estatuyen los derechos fundamentales de defensa. No obstante, en el último apartado indicaremos cuáles son sus variaciones que esta estructura presenta, cuando la aplicación del principio de proporcionalidad en su versión de prohibición de protección deficiente (Untermabverbot) persigue fundamentar las normas adscritas que estatuyen los derechos de prestación en sentido amplio.

Ahora bien, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia¹⁹, la estructura del principio de proporcionalidad está compuesta por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiteradas oportunidades, por ejemplo, en el FJ 5º de la STC 66/1995, EL FJ 6º de la STC 55/1996 y el FJ 5º de la STC 202/1999. Como antes hemos aclarado, estos subprincipios se aplican en el control de constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales, cuando estos últimos funcionan con el carácter normativo de los principios jurídicos, en los llamados casos difíciles en sentido amplio. En estos casos surge la necesidad de establecer si la norma llamada a ocupar la posición de premisa mayor de la fundamentación interna de la sentencia, es una norma que se adscribe al derecho fundamental intervenido o una norma adscrita al principio que sustenta la intervención legislativa y que es idéntica a la norma legal que se enuncia.

De este entendimiento del control de constitucionalidad de las leyes en los casos difíciles que sigue, que la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad implica haber reconocido de antemano que una norma legal haya intervenido en una norma adscrita *prima facie* a una disposición de derecho fundamental. Dicho de otro modo, en el control de constitucionalidad de las leyes, primero debe examinarse si la ley *sub examine* constituye efectivamente una intervención en un derecho fundamental, por contradecir una norma que se

¹⁹ BERNAL PULIDO, CARLOS, El principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid 2003

adscribe *prima facie* a una disposición de esta índole. Una vez haya sido detectada esta circunstancia, será entonces pertinente establecer, si la medida legislativa cumple además las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad. Por esta razón, antes de analizar la estructura de los tres subprincipios de la proporcionalidad (III), resulta imprescindible aclarar el concepto de intervención legislativa y el concepto de adscripción *prima facie* a una disposición de derecho fundamental. Agruparemos estos dos conceptos bajo el rótulo de presupuestos de la aplicación del principio de proporcionalidad (I).

2.2.1 Los presupuestos de la aplicación del principio de proporcionalidad

Entre los dos presupuestos de la aplicación del principio de proporcionalidad media un vínculo de implicación. Como en seguida veremos, para que exista una intervención legislativa en un derecho fundamental es necesario que la ley afecte una norma o una posición que pueda adscribirse *prima facie* a una disposición fundamental y viceversa: la afectación de una norma o de una posición iusfundamental *prima facie* por parte de una norma legislativa, implica la atribución a esta norma de carácter de intervención en el derecho fundamental. Se trata de las dos caras de una misma moneda. No obstante, cada uno de estos presupuestos tiene sus propias peculiaridades. Esta razón aconseja tratarlos por separado.

2.2.2 La intervención legislativa en un derecho fundamental

La atribución del carácter de intervención en un derecho fundamental a la ley constituye el objeto de control constitucional es un presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad, correlativo a la adscripción de la norma o posición *prima facie*. Toda ley que afecte de manera negativa a una norma o a una posición que pueda adscribirse *prima facie* al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental, debe ser considerada como una intervención en ese derecho.

2.2.2.1 Precisión Conceptual

A pesar de su importancia, el concepto de intervención dista de ser claro. Se trata de una noción desarrollada en el seno de la dogmática alemana de los derechos de libertad, pero no siempre aceptada por todos los autores y sobretodo, cuyos elementos definitorios han sido y siguen siendo objeto de interminables discusiones.

2.2.2.2. El concepto de intervención legislativa en un derecho fundamental

Uno de los principales elemento del principio democrático consiste en la existencia de una reserva de ley para las intervenciones en los derechos fundamentales.²⁰ Es bien cierto que la concepción amplia del supuesto de hecho de las disposiciones iusfundamentales, que aquí hemos adoptado, hace inevitable que alguna de las actuaciones de la Administración, de los jueces y de los particulares también revistan el carácter de intervención. Sin embargo, esta circunstancia no es óbice para reconocer que el Legislador se erige como la autoridad investida con la competencia prioritaria para intervenir en los derechos fundamentales, y que por lo tanto, las intervenciones más significativas en los mismos deben tener el carácter de ley y, en ocasiones de ley orgánica. Como consecuencia bien puede afirmarse que el concepto de intervención legislativa constituye el concepto paradigmático de intervención en los derechos fundamentales²¹.

El concepto de intervención legislativa debe ser comprendido de una manera amplia. La amplitud de este concepto es la otra cara de la moneda de la interpretación amplia del supuesto de hecho de los derechos fundamentales. La interpretación amplia de estos derechos lleva a incluir *prima facie* dentro de su ámbito de protección inicial a una extensa variedad de acciones, normas, posiciones situaciones y propiedades. Es bien cierto que estos elementos reclaman para sí la máxima realización posible; sin embargo, ellos deben armonizarse con los elementos adscritos a otros derechos fundamentales y a

²⁰ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg661

²¹ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 661

otros bienes constitucionales, cuya realización pueda resultar incompatible. La resolución legislativa constituye la manera preferente de cohonestar la razón, con bastante frecuencia las leyes afectan de forma desventajosa a las normas y posiciones *prima facie* que conforman el ámbito de protección inicial de los derechos fundamentales. Toda ley que afecte ser considerada como una intervención legislativa en el derecho respectivo.

De esta definición se deriva la idea de que la afectación negativa constituye el elemento más importante del concepto de intervención legislativa en un derecho fundamental. El concepto de afectación negativa tiene una extensión destacable, pues comprende todo tipo de desventajas que una norma legal pueda producir en un derecho, tales como suprimir, eliminar, impedir o dificultar el ejercicio de las posiciones iusfundamentales *prima facie*. Para que se produzca una desventaja de éste género, resulta necesario que entre la norma legal y la afectación del elemento iusfundamental mediante un nexo de causalidad o de idoneidad negativa, bien sea de tipo jurídico o fáctico. En otros términos es pertinente que la norma legal sea idónea para suprimir o eliminar jurídicamente la norma o la posición iusfundamental afectada, o bien, que sea idónea para impedir o dificultar el ejercicio de las acciones o menoscabar el status de las propiedades o situaciones pertenecientes al derecho afectado (afectación fáctica)²².

Como consecuencia de la adopción de un concepto amplio de intervención en los derechos fundamentales, la causalidad negativa que debe mediar entre la norma legal y la afectación del derecho fundamental debe definirse como una versión negativa débil del principio teleológico.²³ Esta versión del principio teleológico puede ser enunciado de la siguiente manera: la norma legal (N) guarda una relación de causalidad negativa con el derecho fundamental (DF), si conduce a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental se ve disminuida en relación con el estado de cosas que existía antes de la norma legal. Por esta razón, y de manera análoga a lo que ocurre en alguno de los conceptos más conocidos de causa necesaria, la causalidad

²² Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 663

²³ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 663

negativa entre la norma legal y el derecho fundamental puede ser definida en otros términos de la siguiente proposición: si la norma legal (N) no existiera, entonces no se produciría la merma en la realización del derecho fundamental (DF); como consecuencia, la expedición de la norma legal (N) probablemente determine la merma en la realización del derecho fundamental (DF). Esta proposición constituye la seña de identidad de toda intervención en un derecho fundamental. Si una norma legal (N) cumple sus condiciones, debe ser considerada como una intervención en el derecho que resulta afectado²⁴.

Ahora bien, conviene advertir que toda norma legal que cumpla con estas exigencias y que sea considerada como una intervención en un derecho fundamental está prohibida *prima facie*. Dicho de manera más explícita, si una acción, situación, posición norma, o propiedad más explícita, puede ser incluida *prima facie* en el ámbito de protección inicial de un derecho fundamental, existe un derecho fundamental *prima facie* a que esa acción, situación, posición, norma o propiedad no sea afectada negativamente por el Legislador y por ende cualquier norma legal que la afecte ²⁵está prohibida *prima facie*.

Asimismo, por efecto del principio *in dubio pro libertate* y del principio de máxima eficacia de los derechos fundamentales, cuando en un caso dudoso se presente la incertidumbre de si una norma legislativa llena las exigencias propias para ser considerada como una intervención en un derecho de esta índole, a dicha norma debe otorgarse este status. Si en una sentencia no se considera como una intervención en un derecho fundamental a una norma legislativa que presuntamente pueda afectar a un elemento integrante de su ámbito inicial de protección, la sentencia presentará un déficit de fundamentación²⁶, que hará disminuir las probabilidades de que pueda ser considerada como una decisión correcta por parte de los participantes en la práctica constitucional.

De lo anterior también se desprende que cuando una norma legal sea considerada como una intervención en un derecho fundamental, su presunción

²⁴ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 663

²⁵ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 664

²⁶ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 665

de validez definitiva se ponen en entredicho, y durante el examen de constitucionalidad tendrá una validez *prima facie*. La atribución del carácter de intervención a una norma legal pone en marcha el análisis de proporcionalidad en el que debe demostrarse que las desventajas que la norma legal introduce en el derecho fundamental están justificadas. De ser éste el resultado del análisis de proporcionalidad, la norma legal deberá ser declarada constitucional y adquirirá una validez definitiva ya no sólo estará investida de una presunción de validez definitiva; si sucede lo contrario, la norma legal deberá ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad y, de este modo, perderá todo tipo de validez²⁷.

A modo de síntesis de todas estas consideraciones sobre el concepto de intervención, pueden proponerse las siguientes reglas argumentativas:

Regla 13. Sobre la interpretación amplia del concepto de intervención en un derecho fundamental. El concepto de intervención en un derecho fundamental debe ser concebido de manera amplia. De acuerdo con esta concepción amplia, toda ley que afecte a un derecho fundamental de manera negativa o desventajosa debe ser considerada como una intervención legislativa en el derecho respectivo²⁸.

Regla 14. Sobre el concepto de afectación negativa. Para que se produzca una afectación negativa de un derecho fundamental, resulta necesario que entre la norma legal y el derecho medie un nexo de causalidad o de idoneidad negativa, bien sea de tipo jurídico o fáctico. Es pertinente que la norma o la posición iusfundamental afectada que contradiga la norma iusfundamental adscrita *prima facie* o bien, que sea idónea para impedir o dificultar el ejercicio de las acciones o menoscabar el *status* de las propiedades o situaciones pertenecientes al derecho afectado (afectación fáctica).

Regla 15. Sobre el concepto de causalidad negativa aplicado al concepto de intervención en el derecho fundamental. La norma legal (N) guarda una relación de causalidad negativa con el derecho fundamental (DF) y por tanto

²⁷ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 665

²⁸ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 665

debe considerarse como una intervención entre derecho, si conduce a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental (DF) se vea disminuida, en relación con el estado de cosas que existía antes de la norma legal.

Regla 16. Sobre la prohibición *prima facie* que pesa sobre las intervenciones legales en los derechos fundamentales. Toda norma legal que cumpla con las exigencias del concepto de intervención, y que sea considerada como una intervención en un derecho fundamental, está prohibida *prima facie*.

2.2.2.3 Tipos de intervenciones legislativas en los derechos fundamentales

La adopción de un concepto amplio de intervención legislativa, como el que acabamos de enunciar, implica atribuir este carácter a un nutrido y variado conjunto de normas legales que pueden producir estos adversos sobre los derechos fundamentales. Cuando se trata de los derechos de defensa, las intervenciones legislativas que los afectan consisten en conductas del Legislador que inciden de modo desventajoso en la libertad natural del individuo, en sus bienes personalísimos o en sus bienes materiales, cuando estos cuentan con una protección de derecho fundamental.

A pesar de provenir de un acto jurídico formal, las normas legales pueden dar lugar a intervenciones imperativas y a intervenciones fácticas en los derechos de defensa. Una intervención imperativa se presenta cuando una norma legal suprime o elimina una norma o una posición de derecho fundamental *prima facie*. En este caso, ocurre una intervención directa e inmediata en el ámbito de protección inicial del derecho fundamental. Este tipo de intervenciones se caracteriza por la existencia de una identidad entre la regulación legislativa encarnada en la norma legal y la afectación del derecho; la regulación y la afectación del derecho son inescindible, constituyen las dos caras de una misma moneda.

En cambio, una norma legal adquiere el carácter de intervención fáctica, cuando impide o dificulta el ejercicio del derecho garantizado por una norma o posición *prima facie* o desmejora el estatus de una propiedad o situación

también garantizada por una norma o posición de esta índole. Por lo general, las intervenciones fácticas son indirectas o mediatas; dichas intervenciones no suprimen abiertamente las normas o posiciones afectadas, sino que persiguen influir negativamente en la conducta del titular del derecho o en la conducta de terceras personas. En otros términos lo característico de las intervenciones fácticas estriba en que el Legislador no prohíbe directamente la realización de un comportamiento sino que influye en la conducta del titular del derecho fundamental mediante el establecimiento de ventajas y desventajas, como consecuencias asociadas a la ejecución de una conducta por parte del mismo titular o de terceras personas. Asimismo, constituyen intervenciones fácticas aquellas normas legales que no tiene por finalidad afectar a un derecho fundamental, pero que terminan haciéndolo al desencadenarse algunos de sus efectos. En este último supuesto se trata de intervenciones a causa de los efectos colaterales o secundarios de una norma legal, bien sea que éstos hayan podido preverse o se hayan suscitado de forma inopinada, por ejemplo, cuando una regulación legislativa que favorece los derechos fundamentales de alguno de los individuos, perjudica colateralmente otros derechos de los mismo titulares o los derechos de otros individuos.

A lo anterior debe agregarse que, desde la perspectiva temporal, las intervenciones fácticas en los derechos fundamentales pueden ser actuales o futuras, es decir, inmediatas o potenciales. Las intervenciones fácticas potenciales, aquéllas que pueden producirse en el futuro, reciben el nombre de amenazas a los derechos fundamentales. La relevancia de estas amenazas en el control de constitucionalidad ha sido reconocida explícitamente por el Tribunal Constitucional alemán en múltiples ocasiones, como en la conocida Sentencia Kalkar I, en donde sostuvo que *“también las regulaciones que en cuya ejecución puedan implicar una amenaza sobre los derechos fundamentales, no carente de importancia, pueden entrar en contradicción con la Ley Fundamental”*. Sin embargo, este mismo Tribunal ha aclarado que estas amenazas no se representan *ab initio* y en todos los casos una vulneración de los derechos fundamentales, sino que esto sólo se produce cuando se cumplen determinadas condiciones.

Aquí interesa distinguir entre las condiciones necesarias para que una amenaza pueda ser catalogada como una intervención en un derecho fundamental y aquellas que conducen a considerarla como una vulneración. Mientras las condiciones para lo primero son bastante laxas lo cual es coherente con el concepto amplio de intervención, las condiciones para lo segundo son más exigentes y se tienen en cuenta en la argumentación que tiene lugar en la estructura de los subprincipios de la proporcionalidad, en especial, en el de proporcionalidad en sentido estricto. De modo general puede aseverarse que una amenaza a un derecho fundamental debe ser considerada como una intervención, cuando existe una razonable probabilidad de que el efecto constituye la amenaza se desencadene y de que como consecuencia, se produzca una afectación negativa del respectivo derecho. En cambio, para que la amenaza, a la que previamente se le ha atribuido el carácter de intervención, constituya una vulneración del derecho fundamental, es necesario: (1) que carezca de toda justificación o que no sea idónea para fomentar ningún objetivo relevante (idoneidad) (2) que la amenaza no sea imprescindible, en términos del principio de necesidad; o (3) que el riesgo de perjudicar el derecho intervenido sea tan probable y tan intenso, que no compense los beneficios obtenidos por la medida legislativa que origina la amenaza (proporcionalidad en sentido estricto).

En fin, debe señalarse que para determinar si una norma legal debe ser considerada como una intervención imperativa o fáctica en un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional debe tener en cuenta diversos argumentos analíticos, fácticos y normativos. En el análisis de las intervenciones imperativas resultan de particular importancia los mismos argumentos analíticos que se utilizan para la adscripción de la norma o la posición *prima facie* y que se construyen sobre todo mediante la aplicación de los cánones interpretativos literal y teleológico. Una norma legal debe ser catalogada como una intervención imperativa, si mediante alguno de estos argumentos analíticos es posible fundamentar la adscripción *prima facie* a un derecho fundamental de la norma o la posición que resultan suprimidas o eliminadas por la norma legal. En cambio, los argumentos de tipo fáctico ocupan el papel protagónico en el análisis de las intervenciones fácticas y, particularmente, de las amenazas a los derechos fundamentales. Estas premisas suelen construirse con base en el resultado de

investigaciones empíricas acerca de los efectos que las medidas adoptadas por el Legislador pueden originar y de la probabilidad de que estas consecuencias se produzcan. De este modo, la atribución del carácter de intervención fáctica a una norma legislativa depende de hasta qué punto, el estado de los conocimientos de la disciplina científica relevante en cada caso, permite prever la probabilidad de la magnitud de los efectos desfavorables para los derechos fundamentales que la norma puede originar.

2.2.2.4 Intervención, limitación y delimitación legislativa de los derechos fundamentales²⁹

En primer lugar, resulta importante diferenciar el concepto de intervención en los derechos fundamentales de los conceptos de limitación y de delimitación. Estos dos conceptos han sido empleados con frecuencia por algunos representativos autores, para referirse a las atribuciones que la Constitución confiere al Legislador en relación con este tipo de derechos.

Para comenzar conviene recordar que la diferencia entre las nociones de delimitación y limitación es característica de la teoría interna de los derechos fundamentales. Dentro del esquema de esta teoría, las limitaciones a los derechos fundamentales se definen como actos del Legislador ³⁰que los privan de alguna parte de su contenido, que provienen del exterior de su ámbito normativo y que están siempre prohibidos. Por el contrario, la delimitación *consiste* en un acto del Legislador que define *los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental*.

El paralelismo entre estas dos nociones pretende evitar la aceptación de la idea de que el Legislador está autorizado para limitar los derechos fundamentales. Como indica J. Jiménez Campo, el Legislador nunca ostenta la competencia para *limitarlos*, para suprimir alguna parte de su contenido, sino sólo para *delimitarlos: me parece que este empleo de la palabra "delimitación" para aludir, en especial, a la ordenación legislativa de los derechos*

²⁹ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 670

³⁰ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 670

fundamentales evita el aparente absurdo de admitir que el legislador pueda "limitar" un derecho creado por la Constitución y soslaya, al tiempo, la insuprimible coloración axiológica de la voz "limitación". De este modo, se defiende la convicción de que los derechos fundamentales no toleran jamás una limitación externa, sino que sólo pueden ser objeto de actuaciones legislativas que delimiten sus contornos «*objetivos*» y los separen de los contornos objetivos de otros derechos y de otros bienes constitucionales.

Como ya hemos expuesto en la Primera Parte, esta concepción de los derechos fundamentales está afectada por diversos problemas, entre los cuales se destaca el marcado carácter institucionalista que de ella se deriva para la aplicación de los derechos fundamentales. A este inconveniente es preciso agregar, que el empleo de la dicotomía entre delimitación y limitación, en los términos de la teoría interna, parece oponerse de alguna manera al propio lenguaje de la Constitución.³¹ El texto redactado por el Constituyente hace alusión a estos dos conceptos en diversos enunciados del Capítulo II del Título 1, de forma opuesta al uso lingüístico que de ellos hace la teoría interna. A la teoría interna hay que conceder que la Constitución, en su artículo 33.2 CE, reconoce que los contornos del derecho de propiedad están delimitados por la función social que todos los bienes deben cumplir es decir, que dentro del ámbito de protección del derecho de propiedad no se incluye *ab initio* el derecho sobre los *bienes* que no cumplan una función social (que es una restricción directamente constitucional)- Sin embargo, en los artículos 16.1, 18.4 Y 20.4, la Constitución atribuye al Legislador la competencia para «*limitar*» los derechos fundamentales, en aras de proteger otros derechos y *bienes*, tales como «*el orden público*» -frente a las manifestaciones de la libertad ideológica, religiosa y de cultos- (art. 16.1 CE), «*el honor y la intimidad personal familiar y el pleno ejercicio de sus derechos*» -frente al uso de la informática- (art. 18.4 CE), «*el derecho al honor, a la intimidad a la propia imagen*» y «*la protección de la juventud y de la infancia*»³² frente al ejercicio de las libertades de información y comunicación del artículo 20.1 CE- (arc. 20.4). En estos tres artículos la propia Constitución posibilita, e incluso ordena, la imposición de «*limitaciones*»

³¹ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 672

³² Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 672

legislativas externas a los derechos fundamentales. No resulta demasiado aconsejable denominar *delimitaciones* a este tipo de «*limitaciones*» así designadas por propia *la* Constitución-, así como tampoco contraponerlas precisamente a las *limitaciones*»³³ esta vez en términos de la teoría interna, como parece sugerir Jiménez Campo. No resulta evidente qué razón puede justificar introducir una alteración de los usos lingüísticos de la constitución con respecto a los términos limitar, límites y limitaciones. En estos tres enunciados el nexos constitucional autoriza al Legislador para introducir auténticas limitaciones externas a los derechos fundamentales allí mencionados, con fundamento en otros derechos y bienes, sin que esta actividad pueda entenderse como una «*delimitación*» de sus contornos objetivos.

Por el contrario, sí resulta recomendable reconducir este tipo de límites o de limitaciones de las que habla, la Constitución, al concepto de intervención legislativa en los derechos fundamentales. Cuando el texto constitucional atribuye al Legislador la competencia para limitar ciertos derechos, lo inviste de la facultad para expedir normas que afecten negativamente su contenido garantizado *prima facie*, en aras de tutelar otros derechos y bienes constitucionales. Estas normas de límite o de intervención están sujetas en todo caso al principio de proporcionalidad y a la garantía del contenido esencial. No parece plausible estimar que la consagración constitucional de reservas de ley específica para algunos derechos, como las de los artículos 16.1, 18.4 Y 20.4, *implique* la atribución al Legislador de un poder irrestricto para intervenir en los derechos fundamentales y de este modo, la introducción de una excepción a la vigencia del principio de constitucionalidad. Incluso los *límites* legislativos que se impongan a esos derechos en ejercicio de dichas reservas, deben seguir el régimen propio de toda intervención legislativa y deben observar por tanto las exigencias del principio de proporcionalidad.

Finalmente, a nuestro modo de ver, es pertinente concluir que la delimitación puede definirse de dos maneras diferentes, si se entiende como la actividad de determinar los contornos del ámbito normativo de un derecho

³³ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 672

fundamental. Por una parte, puede entenderse como la definición del ámbito inicialmente protegido por el derecho fundamental, es decir, como la definición del ámbito en que tienen validez las normas y las posiciones *prima facie*³⁴.

Como observamos en el primer apartado de este Capítulo, la definición de este ámbito es una tarea interpretativa que consiste en establecer, si una determinada norma o posición tiene validez *prima facie* dentro de los márgenes semánticos de un derecho fundamental y por fuera del ámbito correspondiente a las restricciones directamente constitucionales. Por otra parte, la delimitación puede entenderse como la definición del ámbito de protección definitiva del derecho respectivo. En este segundo sentido, la delimitación también alude a una actividad interpretativa, diversa de la anterior, que tiene lugar cuando en los casos claros se establece *ab initio* que una norma o una posición vale de manera definitiva dentro en los derechos fundamentales deben efectuarse mediante ley orgánica. En este sentido, el Tribunal ha ido enunciando varios de criterios para determinar el alcance de la exigencia establecida por el artículo 81.1 CE, entre los cuales conviene destacar los *siguientes*:

1. La exigencia de ley orgánica para las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales debe interpretarse de forma restrictiva.³⁵ El fundamento de este criterio estriba en que la exigencia de mayoría absoluta para la aprobación de las leyes orgánicas, representa un elemento excepcional en el funcionamiento del sistema parlamentario democrático, en el que las decisiones se toman por mayoría simple. Si esta exigencia se ampliara a un número extenso de leyes relativas a los derechos fundamentales, se dificultaría en exceso el ejercicio de la competencia legislativa de intervención en los mismos, porque se condicionaría a la conformación de mayorías reforzadas.

2. De manera correlativa, el concepto de «desarrollo» de los derechos fundamentales del artículo 81.1 CE también debe interpretarse de forma restrictiva. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha considerado que el desarrollo de un derecho fundamental es un caso específico de regulación que

³⁴ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 673

³⁵ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg673

se caracteriza por las siguientes propiedades: (a) es «*directa*», (b) instituye una disciplina «*general o global*» del derecho o, (c) aún siendo pardo, afecta alguno de sus elementos «*sustancial*» o de sus «*aspectos esenciales*» y no afecta un elemento «*no necesario*». O no incide «*directamente sobre su ámbito y límites*» o se refiere sólo a algunas de sus «*modalidades de ejercicio*».

A nuestro modo de ver, las relaciones entre los conceptos de intervención, desarrollo y regulación de los derechos fundamentales pueden precisarse mediante los siguientes enunciados, que tienen en cuenta los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

1. El artículo 53.1 CE estatuye una reserva general de ley para la regulación de los derechos fundamentales. La regulación puede ser un caso particular de intervención en los derechos fundamentales, cuando implica una afectación negativa de ellos. La intervención es un concepto amplio, que se refiere a todas las afectaciones negativas de los derechos fundamentales provenientes de los poderes públicos y de los particulares. La regulación, en cambio, comprende las normas legislativas que tienen el rango de ley ordinaria. Eventualmente, estas normas pueden afectar de manera negativa a un derecho fundamental. En razón de estas características, la regulación se diferencia de las intervenciones o provenientes de otras fuentes de los derechos fundamentales; y de los desarrollos de estos derechos que deben tener forma de ley orgánica.

2. Toda regulación de un derecho fundamental afecta a sus normas y posiciones *prima facie* de y como consecuencia debe observar las exigencias del principio de proporcionalidad. Si la regulación afecta negativamente al derecho, éste eleva una pretensión en contra de que esta afectación negativa sea excesiva. Si, por el contrario, la regulación afecta positivamente al derecho, es decir, si trata de configurarlo o de posibilitar su ejercicio, el derecho eleva una pretensión en contra de que la configuración sea deficiente, es decir, de que la configuración legislativa no lo realice en la mayor medida posible. En este último supuesto, sin embargo, la regulación no está sometida al principio de proporcionalidad en su versión de interdicción del exceso, sino de prohibición de protección deficiente.

3. La reserva general de regulación de los derechos fundamentales no se diferencia de las reservas específicas estatuidas por diversas disposiciones del Capítulo II del Título ICE, en cuanto a que el resultado del ejercicio tanto de éstas como de aquéllas pueda ser una intervención legislativa en tales derechos. La diferencia existen entre estos dos tipos de reservas radica en el fin que justifica la intervención, tal como observaremos en el siguiente apartado.

4. El desarrollo de un derecho fundamental (art. 81.1 CE) es una especie de regulación. Como consecuencia, al igual que las regulaciones todo desarrollo de un derecho fundamental puede convertirse en una intervención, si afecta negativamente al derecho. Esto quiere decir, que toda regulación y todo desarrollo de un derecho fundamental están sometidos a la garantía del contenido esencial y al principio de proporcionalidad, cuando afecten negativamente al derecho de que se trate. Si lo afectan positivamente, están sometidos a la prohibición de protección deficiente.

5.- El desarrollo de un derecho fundamental es una regulación que se caracteriza por una de estas tres propiedades alternativas: (1) afecta de manera general al derecho fundamental; (2) lo afecta de forma muy intensa; o (3) afecta posiciones muy fundamentales o de gran significado en el sentido rawlsiano-material en el derecho. Con fundamento en estas tres propiedades, si nos situamos en el punto de vista del Tribunal Constitucional, es posible detectar la existencia de casos claros y casos dudosos tanto de simple regulación como de desarrollo, con el fin de precisar, cuándo las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales deben tener el carácter de ley orgánica. Un caso claro de desarrollo se presenta cuando existe la certeza de que el Legislador establece el régimen general de un derecho fundamental (criterio 1), lo afecta de manera muy intensa (criterio 2) o regula posiciones muy fundamentales (criterio 3). Por el contrario, el Tribunal se sitúa frente a un caso claro de simple regulación, cuando resulta palmario que el Legislador ha disciplinado sólo algunos aspectos parciales del derecho (criterio 1), lo ha hecho de manera poco intensa (criterio 2) y ha afectado sólo a algunas posiciones poco fundamentales (criterio 3). *Entre* estos dos extremos de casos claros, hay casos difíciles en los que existen dudas razonables acerca del cumplimiento de alguna de las

exigencias de estos tres criterios. En los casos difíciles, el Tribunal Constitucional debe ponderar dos principios en colisión: por una parte, el principio de máxima garantía de los derechos fundamentales, que habla a favor de considerar a las afectaciones dudosas como afectaciones generales, muy intensas y muy fundamentales y, por otra parte, el principio democrático, que habla a favor de consideradas como afectaciones parciales, poco intensas y poco fundamentales, para que no se imponga a la ley, el deber de *ser* una ley orgánica. En esta ponderación, el Tribunal Constitucional debe considerar todas las premisas normativas analíticas y fácticas que sean relevantes y para tomar su decisión, debe tener en cuenta la carga de argumentación que juega a favor del principio democrático y que está expresada en la interpretación restrictiva del concepto de desarrollo, enunciado en la jurisprudencia constitucional. De acuerdo con esta carga de argumentación, cuando no exista certidumbre acerca de las premisas normativas, analíticas y fácticas relevantes debe estimarse que éstas hablan a favor de incluir a la ley objeto del caso bajo el concepto de regulación y no bajo el concepto de desarrollo.

2.2.3 La intervención legislativa en los derechos fundamentales y su configuración

En el mismo hilo argumentativo, conviene precisar las relaciones entre los conceptos de intervención legislativa en los derechos fundamentales y de configuración.

El concepto de configuración o de determinación legislativa de los derechos fundamentales ha conocido una notable relevancia en la doctrina constitucional.³⁶ En términos generales puede afirmarse, que su importancia radica en que la configuración ha intentado proponerse y desarrollarse como un concepto contrapuesto al de limitación. De este modo, mientras la configuración legislativa de los derechos fundamentales consistiría en la actuación del Legislador tendiente a "*hacerlos funcionales*", a "*posibilitar su realización*", a trazar los procedimientos y establecer las condiciones necesarias para su

³⁶ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 682

ejercicio, la limitación se definiría como la supresión legislativa de algunos de sus contenidos normativos.

Esta contraposición es la piedra de choque que una parte de la doctrina utiliza para intentar deslindar, *a priori* y en abstracto, aquellas intervenciones legislativas que deberían observar las exigencias del principio de proporcionalidad y del contenido esencial, de aquéllas otras que, por no incidir supuestamente de forma negativa en los derechos fundamentales, deberían considerarse libres o desvinculadas³⁷.

De este modo, mientras toda limitación de un derecho fundamental estaría sujeta al respeto de su contenido esencial y de las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad, las configuraciones se encontrarían exoneradas de esta vinculación, porque presuntamente no afectarían negativamente al derecho, sino que, por el contrario, harían viable su ejercicio y su realización³⁸.

Debe admitirse que detrás del antagonismo entre la configuración y la limitación subyace una diferencia plausible y relevante. Se trata de la diferencia entre las afectaciones negativas y positivas que las leyes pueden engendrar en los derechos fundamentales. Estos dos tipos de afectaciones se constituyen como dos modelos conceptuales distintos, que a su vez están sometidos a una disciplina diversa. Sin embargo, de esta circunstancia no puede desprenderse la conclusión de que, mientras la limitación de los derechos fundamentales su afectación negativa se encuentra vinculada a las exigencias de la garantía del contenido esencial y de los subprincipios de la proporcionalidad, la configuración afectación positiva no lo está. En contra de esta conclusión pueden aducirse dos argumentos:

1. En primer lugar, existe un gran número de casos en que se presenta una dificultad meridiana para distinguir *a priori* y en abstracto, si una norma legal afecta positiva o negativamente a un derecho fundamental. Desde luego también

³⁷ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 683

³⁸ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 683

existen casos claros de configuración y de limitación. Sin embargo, estos casos suelen ser sólo excepcionales. Por lo general, las leyes contienen una variedad de normas que en su conjunto afectan tanto positiva como negativamente a los derechos fundamentales, sin que la línea divisoria entre estas dos dimensiones pueda trazarse antes de una interpretación de la ley en su contexto fáctico y normativo también en conexión con el derecho fundamental afectado.

Asimismo, si se parte de una interpretación amplia del supuesto de hecho de los derechos fundamentales, no es fácil concebir una norma legal que no implique ninguna afectación negativa real o potencial de los ámbitos de protección *prima facie*. La interpretación amplia de los derechos fundamentales implica aceptar que todas las normas y posiciones que puedan adscribirse dentro de sus ámbitos de protección inicial, reclaman *prima facie* para sí la máxima realización posible. Desde este "punto de vista, una ley de configuración que, por ejemplo, distribuya las posibilidades de ejercicio de un mismo derecho' fundamental entre varios titulares, para hacerlo viable en la práctica, debe ser considerada también como una ley de intervención, nulidad; es uno de sus presupuestos. Por el contrario, la certeza de que una norma legal es una restricción o una vulneración de un derecho, se produce sólo después de la aplicación del mencionado principio o por fuera de su estructura argumentativa. Fuera de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad, puede considerarse que una norma legal es una restricción de un derecho fundamental, cuando el Legislador afecta negativamente a un derecho de una forma que no despierta ninguna sospecha de inconstitucionalidad (es un caso fácil sobre la constitucionalidad de la ley). En cambio, la restricción obtiene su identidad después de la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad, cuando se llega a la conclusión de que la norma legal cumple sus exigencias y de que, por tanto, debe valer de manera definitiva. Por su parte, el convencimiento acerca de la vulneración de un derecho fundamental surge, por fuera de la estructura de la proporcionalidad, cuando se presenta un caso claro de inconstitucionalidad de la norma legal; y, después de la aplicación de sus subprincipios, cuando mediante este *iter* argumentativo se establece que la norma iusfundamental afectada debe valer de manera definitiva y que la norma legal debe ser declarada inconstitucional.

3. La intervención implica entonces tanto la validez *prima facie* de la norma legal, como la validez *prima facie* de la norma iusfundamental afectada; la restricción implica, por su parte la validez definitiva de la norma legal y la correlativa pérdida de validez *prima facie* de la norma iusfundamental afectada; en fin, la vulneración implica la validez definitiva de la norma iusfundamental afectada y la correlativa declaración de inconstitucionalidad y pérdida de la validez de la norma legal.

2.2.4 El principio de proporcionalidad el sentido estricto

2.2.4.1. Definición

Regla 48. Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

Esta definición significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin. Si el derecho fundamental adquiere prioridad en esta relación de precedencia, la norma iusfundamental adscrita *prima Facie* a su ámbito normativo adquirirá a su vez una validez definitiva y la norma legal deberá ser declarada inconstitucional. Si, por el contrario, la prioridad se atribuye al fin del Legislador, la norma iusfundamental adscrita *prima facie* perderá todo tipo de validez y la norma legal deberá ser declarada conforme con la Constitución.

Como ya tuvimos oportunidad de aclarar, el principio de proporcionalidad en sentido estricto también se conoce con el nombre de ponderación y en la doctrina alemana tradicional, con el de juicio de adecuación. Las normas legales que deben ser sometidos al examen de proporcionalidad en sentido estricto son

aquéllas que tengan el carácter de intervenciones legislativas en las normas o posiciones iusfundamentales adscritas *prima facie*, y que además hayan superado los regímenes de idoneidad y de necesidad. Sin embargo, como enseguida observaremos, la norma legal no es el objeto normativo de la ponderación. Los objetos normativos que se ponderan son, por una parte, el derecho fundamental afectado y, por la otra, el derecho fundamental o el principio constitucional de primer o de segundo grado que fundamenta la intervención legislativa (el objetivo *mediato* de la intervención legislativa).

3.4.1.3.2. Estructura Argumentativa

Regla 49. De acuerdo con la definición anterior, el decurso argumentativo del principio de proporcionalidad en sentido estricto debe estructurarse en tres pasos:

1. El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
2. El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del *fin* perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
3. El tercero es construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.

A continuación examinaremos con detenimiento cada uno de estos tres pasos.

- **La determinación de la importancia de la intervención en el derecho fundamental y de la importancia de la realización del fin legislativo.** Los objetos normativos que concurren a la ponderación son, de un lado el derecho fundamental afectado y, del otro, el derecho fundamental o el principio constitucional de primer o de segundo grado, cuya realización constituye el *fin* mediato de la intervención legislativa. La ponderación consiste en una comparación entre la importancia de la afectación negativa

que la intervención del Legislador causa en el derecho fundamental y la importancia de la afectación positiva que dicha intervención genera en el fin mediato que persigue.

Para llevar a cabo esta comparación, es imprescindible haber fijado la magnitud de la importancia en que los dos objetos normativos se ven afectados, respectivamente, de manera negativa y positiva, por la intervención del Legislador. De acuerdo con una nomenclatura ya usual en la doctrina, dicha magnitud se conoce como el «*peso*» que los objetos normativos revisten en la ponderación.

El peso que el derecho fundamental y el principio que sustenta la intervención legislativa tienen en la ponderación, depende esencialmente de dos variables, tal como se enuncia en las siguientes reglas argumentativas:

Regla 50. Peso abstracto. Cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación.

Regla 51. Peso concreto. Cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho en la ponderación. Correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamenta la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación.

La regla 50 hace referencia a la distinción entre los diversos tipos de principios que pueden fundamentar la intervención legislativa. Es bien cierto que el principio que sustenta la ley siempre tiene rango constitucional y que, por lo tanto, no está subordinado jerárquicamente al derecho fundamental que constituye el objeto de la intervención del Parlamento. Sin embargo, este principio puede tener un peso abstracto mayor o menor en la ponderación, peso que depende, entre otros factores, de su importancia material al interior del sistema de la Constitución.³⁹ Este principio constitucional tendrá la máxima importancia en la ponderación, si se trata de un derecho fundamental, pues, como más adelante observaremos, dentro de la estructura del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, los derechos fundamentales disfrutaban de

³⁹ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 762

una carga argumentativa a su favor⁴⁰. Si el principio que fundamenta la intervención legislativa es un derecho fundamental, podrá neutralizar entonces la carga de argumentación que juega a favor del derecho fundamental que es objeto de la intervención. Sucesivamente, la importancia de este principio variará en escala descendente, según se trate de un principio constitucional de primer grado o de un principio constitucional de segundo grado y dentro de estos últimos, según se trate de un principio perseguido por el Legislador en virtud de una reserva específica de ley o en virtud de la reserva general de intervención en los derechos fundamentales de los artículos 53.1 y 81.CE.⁴¹ Asimismo, dentro de los principios de segundo grado, su importancia variará de acuerdo con su reconocimiento en las fuentes de derecho y en la práctica constitucional, de modo que: cuanto más reconocimiento en las fuentes del Derecho y en la práctica constitucional tenga un principio constitucional de segundo grado, mayor será su peso en la ponderación; y viceversa: cuanto menos reconocimiento en las fuentes del Derecho y en la práctica constitucional tenga un principio constitucional de segundo grado, menor será su peso en la ponderación.

Junto a las aclaraciones anteriores, conviene señalar que el aspecto cardinal de la ponderación se refiere a aquello que se hace explícito en la regla 51, es decir, la determinación de la intensidad y del peso concreto en que se ven afectados los objetos normativos que concurren a la ponderación. Ahora bien, la determinación dicha intensidad en los casos concretos depende de la configuración material de cada derecho fundamental y cada principio constitucional específico. Sin embargo, desde el punto de vista estructural, es posible hacer algunas consideraciones generales en cuanto a los niveles en que debe efectuarse dicha determinación el empírico y el analítico-normativo- y en cuanto a los criterios que se utilizan en cada uno de estos niveles.

⁴⁰ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg762

⁴¹ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 762

2.2.4.2. Niveles en que se determina la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y la intensidad de la realización del fin legislativo

La intensidad de la intervención en el derecho fundamental y de la realización del fin legislativo debe determinarse en dos diversos niveles: el nivel analítico normativo y el nivel empírico.

En el nivel analítico-normativo adquieren validez las siguientes reglas argumentativas:

Regla 52. La intensidad de la intervención en el derecho fundamental depende de la fundamentalidad o el significado, en cuanto a la realización de las facultades de la persona liberal, de la persona democrática y del individuo del Estado social, que tenga la posición *prima Facie* afectada por la intervención legislativa, dentro del ámbito normativo del derecho respectivo.

Regla 53. La intensidad de la realización del fin mediato del Legislador depende de la fundamentalidad o del significado que el fin inmediato de la intervención en el derecho fundamental ostente dentro de su ámbito normativo.

Dicha fundamentalidad depende de la función que el fin inmediato desempeñe para la satisfacción de los intereses individuales o colectivos que el fin mediato garantiza.

De acuerdo con la regla 52, entonces, cuanto más fundamental sea la posición *prima Facie* afectada por la intervención legislativa dentro del ámbito normativo *del* derecho fundamental al que se adscribe, mayor será la intensidad de la intervención en este derecho y mayor será el peso que deberá atribuirse al mismo en la ponderación. Correlativamente, de conformidad con la regla 53, cuanto más fundamental sea el fin inmediato de la intervención legislativa para la realización del principio constitucional que constituye el fin mediato del Parlamento, mayor será la intensidad de la realización de este principio y mayor será el peso que deberá otorgársele en la ponderación.

Por su parte, en el nivel empírico adquieren validez las siguientes reglas argumentativas:

Regla 54. La intensidad de la intervención en el derecho fundamental depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa afecte negativamente a la posición iusfundamental *prima facie*.⁴²

Regla 55. La intensidad de la realización del fin mediato del Legislador depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa contribuya a obtener el fin inmediato del Legislador.⁴³

De acuerdo con la regla 54, entonces, cuanto más eficaz, rápida, probable y duradera sea la medida legislativa, para intervenir negativamente en la posición *prima Facie*, y cuanto más aspectos de esta posición afecte, mayor será la intensidad de la intervención del Legislador en el derecho al que esta posición se adscriba y mayor será el peso que deberá otorgarse al mismo en la ponderación. Correlativamente, de conformidad con la regla 55, cuanto más eficaz, rápida, probable y duradera sea la intervención legislativa para la realización del fin inmediato del Parlamento, y cuanto más aspectos de este fin realice, mayor será la intensidad de la realización del principio constitucional que constituya el *fin* mediato de la intervención y, en consecuencia, mayor será su peso en la ponderación.

Asimismo, debe advertirse que este sistema de criterios para la ponderación debe permanecer abierto a la incorporación de nuevas pautas que se deriven de los desarrollos de la práctica constitucional y a la concreción que sus reglas reciban en el ámbito de la dogmática de cada derecho fundamental y de cada principio constitución dogmática en la que se incluye no sólo la doctrina, sino también la jurisprudencia y los preceptos de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Para expresar esto último con un ejemplo puede

⁴² Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 763

⁴³ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 763

apuntarse que sólo las investigaciones dogmáticas sobre el derecho al honor pueden precisar con los matices necesarios, qué relación tiene este derecho con la dignidad humana. De este modo, en las colisiones que se presenten entre el derecho al honor y otros derechos principios constitucionales, se podrá otorgar un mayor peso a las posiciones iusfundamentales que tengan un nexo más fuerte con la dignidad humana, que a aquéllas que materialmente se alejen de ella. Lo mismo puede afirmarse, en un segundo ejemplo, acerca del nexo que existe entre las libertades de expresión y de información y el principio, democrático.⁴⁴

El resultado del examen de proporcionalidad en sentido estricto consiste en una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el principio constitucional que fundamenta la restricción legislativa. Se trata de una relación de precedencia condicionada, porque el elemento normativo que adquiere prioridad, no pasa a ocupar una posición jerárquica superior en el ordenamiento jurídico. Por el contrario, sólo determina la solución para el caso concreto y para los futuros casos idénticos y análogos. Es una prioridad condicionada a las circunstancias de los casos y válida únicamente cuando éstas u otras análogas se presenten. En este sentido el Tribunal Constitucional al establecido en la STC 320/1994, FJ 2º que en un caso de colisión entre derechos fundamentales: *«La solución consistirá en otorgar la preferencia a uno de ellos, justamente aquél que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente»*.⁴⁵

Ahora bien, la precedencia condicionada se estructura entre los dos objetos normativos que concurren a la ponderación. Si el derecho fundamental adquiere dicha precedencia, la norma iusfundamental adscrita *prima facie*

⁴⁴ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 780

⁴⁵ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 792

adquiere a su vez una validez definitiva y, como consecuencia, la ley debe ser declarada inconstitucional. Si, por el contrario, la precedencia se otorga al principio constitucional que respalda la intervención legislativa, es dicha intervención, concretada en la norma legal, la que adquiere la validez definitiva, mediante la declaración de constitucionalidad.

Esta relación directa entre la⁴⁶ precedencia que se otorga a uno de los objetos normativos y la validez definitiva que adquiere la norma respaldada por dicho principio, se hace explícita en la conocida «*ley de la colisión*», enunciada por R. Alexy. De acuerdo con esta ley: «*Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de Una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*». Cuanto el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica para juzgar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales, la *ley de colisión* vale también, pero reformulada de: acuerdo con la siguiente variante:⁴⁷

De acuerdo con esta variante de la ley de la colisión, por ejemplo, las circunstancias del caso concreto, bajo las cuales el derecho al honor cobra prioridad sobre el derecho a la información, siendo este último el fin mediato de la intervención legislativa, constituyen el supuesto de hecho de una norma iusfundamental adscrita a la disposición del derecho al honor. Dicha norma iusfundamental adquiere el carácter de regla, cobra validez definitiva y opera como premisa mayor de la fundamentación interna de la sentencia de constitucionalidad. Esta norma preside la subsunción del caso y determina el contenido del fallo.

Además de lo anterior, de acuerdo con lo señalado en la regla 75, la regla de precedencia condicionada adquiere al mismo tiempo una validez que se proyecta sobre los casos futuros idénticos y análogos, Aunque dicha validez puede ser desplazada por razones que jueguen en sentido contrario y que auspicien un cambio en la relación de precedencia, su proyección hacia el futuro

⁴⁶ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 792

⁴⁷ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 792

implica su universalidad y constituye la clave para que en el sistema jurídico se conforme una «*red de reglas de precedencia con condicionada*». Como bien ha señalado L. Clérico, esta red se conforma como un orden *prima facie* de reglas resultantes de la ponderación, que se aplican a circunstancias muy específicas, pero que, no por esta propiedad, dejan de tener una inmensa utilidad como puntos de vista para las ponderaciones futuras. Además, como enunciamos en la regla 75, las reglas que conforman este sistema cuentan con una carga de la argumentación que juega a su favor, de tal modo, que quien quiera apartarse de la solución establecida por una de estas reglas, debe aportar una fundamentación suficiente para el efecto. De esta manera se supera en una amplísima medida la objeción de la jurisprudencia *ad hoc*, mencionada en el Capítulo Segundo, y se garantiza además la apertura de la red de reglas de precedencia condicionada.

2.2.4.3. Perspectiva e intensidad de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto

En la STC 55/19996, FJ 9º, el Tribunal Constitucional señaló que el examen de proporcionalidad en sentido estricto “corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa”, quien no conoce otro límite que el de no lesionar «el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona». Como consecuencia, «sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable [por ejemplo] entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional. Para su realización también aquí habrá de partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa». En el mismo sentido, el Tribunal sostuvo en la STC 161/1997, F] 12º: «A la vista de los importantes bienes e intereses protegidos que resumíamos en el fundamento jurídico 10.)’ A pesar de la indudable severidad sancionadora que en sí supone la imposición de una pena privativa de libertad no constatamos un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» entre el desvalora de la conducta y la sanción que nos conduzca a afirmar que se ha

*producido una lesión de la libertad desde la perspectiva de los Art17.1 y 25.1 C.E».*⁴⁸

Estos dos pasajes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional conducen en principio a la conclusión de que al igual que los análisis de idoneidad y de necesidad, el examen de proporcionalidad en sentido estricto debe practicarse siempre desde la perspectiva del Legislador, mediante un control de evidencia; o en otros términos, que una intervención legislativa sólo debe ser considerada como una intervención desproporcionada en sentido estricto, si desde la perspectiva del Legislador y de manera evidente, restringe el derecho fundamental con una intensidad mayor que aquél que al principio constitucional que la fundamenta.

A nuestro juicio, esta tesis aplicada en jurisprudencia constitucional se asienta sobre un fundamento muy plausible. Se trata del reconocimiento de que la competencia legislativa de configuración de la vida política y de la Constitución implica que el Legislador dispone de diversos ámbitos de apreciación: el empírico, el analítico y el normativo. La atribución al Legislador de estos ámbitos significa que la legitimidad de sus decisiones debe mantenerse, a menos que existan evidencias contundentes de que dichas decisiones se fundamentan en premisas empíricas o analíticas erradas de forma palmaria o en premisas normativas meridianamente injustas. Expresado de otra manera, el respeto de la competencia legislativa de configuración lleva consigo el reconocimiento de que una norma legal sólo puede ser declarada desproporcionada en sentido estricto, con base en premisas empíricas, analíticas y normativas seguras, que evidencien la desproporción. La inseguridad en las premisas o la falta de prueba juega entonces a favor del Legislador. La legitimidad democrática de sus decisiones suple las deficiencias en los conocimientos empíricos, analíticos y normativos sobre los que dichas premisas versan.⁴⁹

Sin embargo, es pertinente reconocer que éste es únicamente uno de los puntos de vista relevantes a la hora de determinar la intensidad de la

⁴⁸ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 793

⁴⁹ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 795

ponderación. Si sólo existiese este punto de vista, el Legislador podría practicarle intervenciones muy intensas en los derechos fundamentales, que enajenaran al individuo zonas básicas de su libertad, sin que en algunos casos se pudiese controlar a fondo la norma legal, a causa de las eventuales carencias de conocimiento que pudiesen presentarse. Dicho de otro modo, la atribución al Legislador de los ámbitos de configuración empírica, analítica y normativa no puede significar que la desproporción de la intervención legislativa en un derecho fundamental sólo pueda ser declarada, cuando esta conclusión se extraiga con meridiana claridad de las premisas relevantes, aun cuando se trate de una intervención muy intensa en el derecho. Las intervenciones intensas deben ser controladas por parte del Tribunal Constitucional con una intensidad mayor a aquélla que ostenta el control de evidencia.

Lo anterior quiere decir, que a fin de determinar la perspectiva y la intensidad del examen de proporcionalidad en sentido estricto, deben ser tenidos en cuenta dos puntos de vista: de un lado, la seguridad de las premisas que evidencien la desproporción en sentido estricto de la ley, y del otro, la intensidad en el derecho fundamental. El primero de estos puntos de vista fundamenta la práctica de un control de evidencia en el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

2.2.4.4. La desproporción por protección deficiente

Finalmente, debemos precisar las variaciones que sufre la estructura del principio de proporcionalidad, que hemos presentado a lo largo de este Capítulo y que tiene validez exclusivamente desde la perspectiva de la determinación de los derechos fundamentales de defensa, cuando este principio se utiliza como criterio para la aplicación de los derechos fundamentales de protección en sentido amplio.⁵⁰ Como señalamos en el Capítulo Tercero, los derechos de protección en sentido amplio llevan consigo la pretensión *prima facie* de que se desarrollen diversos deberes de actuación por parte de los poderes públicos, destinados a garantizar el disfrute efectivo de las libertades (derechos de

⁵⁰ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 798

protección en sentido estricto), a proveer los medios indispensables para el ejercicio de las mismas y para la satisfacción de las necesidades básicas (derechos sociales) y a disponer los procedimientos y la organización institucional indispensable para que el Estado pueda tutelar adecuadamente todos los derechos fundamentales (derechos a organización y procedimiento). El carácter *prima Facie* de estas posiciones implica que las intervenciones de los poderes públicos de las que sean objeto, sólo sean constitucionalmente admisibles, si observan las exigencias del principio de proporcionalidad.⁵¹

Ahora bien, en la dogmática alemana es ya bien conocida la distinción entre dos diversas versiones del principio de proporcionalidad: la prohibición del exceso (*Übermaßverbot*) y la prohibición de protección deficiente (*Untermaßverbot*). Este último concepto se refiere a la estructura que el principio de proporcionalidad adquiere en la aplicación de los derechos fundamentales de protección. La prohibición de protección deficiente puede añadirse como un criterio estructural para la determinación de los derechos fundamentales, con cuya aplicación puede determinarse si un acto estatal por antonomasia una omisión vulnera un derecho fundamental de protección.⁵²

Este concepto ha ocupado el centro de una interesante polémica doctrinal, inaugurada por la Sentencia que el Tribunal Constitucional alemán pronunció en el segundo caso sobre el aborto. En la fundamentación de dicha Sentencia, el Alto Tribunal Federal sostuvo, en los siguientes términos, que el Legislador debe observar las exigencias de la prohibición de protección deficiente en la configuración de los deberes de protección estatal: «*Las prescripciones que el Legislador expida deben ofrecer una protección adecuada y efectiva y deben poder fundamentarse en cuidadosas investigaciones fácticas y en apreciaciones plausibles*». Asimismo señaló: «*dado que la prohibición de protección deficiente no puede vulnerarse la configuración de la protección mediante el orden jurídico debe corresponder a exigencias mínimas*».

⁵¹ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 798

⁵² Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 798

Esta somera mención, sin embargo, no esclarece qué diferencias estructurales existen entre esta prohibición de protección deficiente y la prohibición del exceso. Aquí intentaremos poner de manifiesto algunas de tales diferencias, mediante las siguientes reglas argumentativas;

Regla 81. Sobre la estructura de la prohibición de protección deficiente. La prohibición de protección deficiente tiene la misma estructura general que la prohibición del exceso. Esta segunda versión" del principio de proporcionalidad se compone de dos presupuestos la adscripción *prima facie* a un derecho fundamental de la posición de proporción afectada y la catalogación del acto legislativo examinado como una intervención en el derecho y tres subprincipios - idoneidad necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁵³

Regla 82. Sobre la adscripción *prima facie* en la estructura de la prohibición de protección deficiente. La adscripción *prima facie* que se lleva a cabo dentro del esquema de la prohibición de protección deficiente, sigue las mismas reglas que la de la prohibición del exceso (reglas 1 a 12). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que; posición que se adscribe, es un derecho fundamental de protección, que impone al Legislador un deber de actuación, consistente en realizar el objeto de la posición iusfundamental en la mayor medida posible.

Regla 83. Sobre la intervención legislativa en la estructura de la prohibición de .protección deficiente. La intervención legislativa que se lleva a cabo dentro del esquema de la prohibición de protección deficiente, sigue las mismas reglas que la de la prohibición del exceso (reglas 13 a 16). Sin embargo, deben ser tenidas en cuenta las siguientes variaciones:

- El acto que se examina.⁵⁴ El objeto del control de constitucionalidad en la prohibición de protección deficiente es una abstención legislativa o una norma legal que no protege el derecho fundamental o que lo protege deficientemente por no favorecer su realización en la mayor medida posible.

⁵³ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 798

⁵⁴ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 799

- Sobre el concepto de afectación negativa. Para que se produzca una afectación negativa de un derecho fundamental de protección, resulta necesario, que entre la norma legal o la abstención legislativa que se examina y el derecho relevante no medie un nexo de causalidad o de idoneidad positiva óptima que persiga la realización del derecho en la mayor medida posible. Es pertinente que la norma legal o la abstención legislativa no sea idónea para proteger la norma o la posición iusfundamental afectada en la mayor medida posible.
- Sobre el concepto de causalidad positiva óptima aplicado al concepto de intervención en el derecho fundamental de protección. La norma legal (N) o la abstención (A) no guarda una relación de causalidad positiva óptima con el derecho fundamental (DF), y por tanto debe considerarse como una intervención en este derecho, si no conduce a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental (DF) sea garantizada en la mayor medida posible.⁵⁵

Regla 84. Sobre el subprincipio de idoneidad de la prohibición de protección deficiente. El subprincipio de idoneidad de la prohibición de protección deficiente sigue *mutatis mutandi* las mismas reglas que el de la prohibición del exceso (reglas 18 a 34). Sin embargo, deben ser tenidas en cuenta las siguientes variaciones.

Definición: Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de idoneidad, cuando no favorece la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo.

⁵⁵ Ob. cit. BERNAL PULIDO, CARLOS, pg 799

SUBCAPITULO TERCERO

DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1 El derecho fundamental al debido proceso:

En términos generales, el Debido Proceso 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". Constituyen, pues, pilares fundamentales del derecho al debido proceso: la observancia de la jurisdicción y la competencia predeterminada legalmente, la defensa en juicio, la motivación de las resoluciones judiciales y la pluralidad de la instancia. De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del Debido Proceso no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En este sentido ha señalado: *"De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana"*. Este criterio ha sido reafirmado en diferentes decisiones a nivel de la región andina. Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el Congreso de la República es titular de la función jurisdiccional cuando a través de sus diferentes órganos ventila las acusaciones contra altos funcionarios del Estado mencionados en el

artículo 174º de la Constitución. En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que en dichos eventos las actividades que llevan a cabo la comisión de investigación y acusación de la Cámara de Representantes, la comisión de instrucción del Senado, la plenaria de ambas cámaras, etc; constituyen una manifestación de la *función jurisdiccional*, análoga a las etapas de investigación y calificación que realizan los fiscales y jueces comunes. Nuestra Carta Política establece en el art. 139º, inc. 3, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. El Art. I del Título Preliminar del CPC establece el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de los derechos o intereses con sujeción a un debido proceso. Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que el debido proceso "está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos". Desde esta perspectiva el Tribunal ha precisado que *"el Debido Proceso Administrativo, supone en toda circunstancia el respeto por parte de la administración pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el Artículo 139º de la Constitución del Estado (verbigracia; jurisdicción predeterminada por la ley, derecho de defensa, pluralidad de instancia, cosa juzgada, etc.)"*. Resulta interesante mencionar asimismo que el Tribunal Constitucional peruano ha determinado claramente que en las instancias o corporaciones particulares también es exigible el respeto del debido proceso. Así lo manifestó el Tribunal a propósito de una sanción aplicada a una persona en un procedimiento disciplinario llevado a cabo en una asociación deportiva. En esta decisión el Tribunal señaló que el respeto a las garantías del debido proceso también deben ser observadas "en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado (...)". En cuanto al Tribunal Constitucional de Bolivia, esta corporación ha señalado también que las garantías del debido proceso son aplicables a toda instancia a la que la ley atribuye capacidad de juzgar, como ocurre por ejemplo, en el caso de determinadas corporaciones de la Administración Pública. A nivel de la jurisprudencia constitucional comparada existe, en consecuencia, una marcada tendencia a proteger las garantías del debido proceso no solamente en los ámbitos de actuación de los órganos del Poder Judicial sino ante cualquier instancia que tenga competencias para

determinar derechos u obligaciones de cualquier índole, incluso instituciones de carácter privado.

3.2 El derecho de defensa

El artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece un conjunto de garantías mínimas que permiten asegurar el derecho de defensa en el marco de los procesos penales. Entre estas garantías se encuentran: El derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada en su contra. La concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa. El derecho del inculpado a defenderse por sí mismo o a través de un defensor de su elección o nombrado por el Estado. A continuación presentamos algunos alcances sobre el desarrollo de estas garantías en la jurisprudencia constitucional andina. 1. El derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada en su contra. Este derecho es esencial para el ejercicio del derecho de defensa pues el conocimiento de las razones por las cuales se le imputa a alguien la presunta comisión de un delito, permite a los abogados preparar adecuadamente los argumentos de descargo. Este derecho se ve satisfecho si se indica con claridad y exactitud las normas y los supuestos de hecho en que se basa la acusación. En esta dirección, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que "el derecho al debido proceso contiene en su núcleo esencial el derecho a conocer tan pronto como sea posible la imputación o la existencia de una investigación penal en curso previa o formal, a fin de poder tomar oportunamente todas las medidas que consagre el ordenamiento en aras del derecho de defensa". Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú ha considerado ilegales, inconstitucionales y arbitrarios los mandatos de detención que carecen de motivación, adjetivos que asimismo ha extendido a la privación de libertad efectuada al amparo de tales resoluciones 2. La concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa. Nos encontramos aquí ante dos derechos. Por un lado, a contar con el tiempo adecuado para preparar la defensa, y por el otro, a contar con los medios, igualmente adecuados, para tal efecto. Esto implica diversos aspectos, como por ejemplo, acceder a documentos y pruebas con una antelación suficiente para

preparar la defensa, ser informado con anticipación de las actuaciones judiciales y poder participar en ellas, etc. Desde esta perspectiva, el respeto a este derecho tiene una importante incidencia en los ordenamientos jurídicos de cada país, en especial sobre las normas que regulan los procesos penales, puesto que su contenido debe respetar los estándares que a nivel internacional se consideren como los apropiados, en cuanto a tiempo y medios, para garantizar una adecuada defensa. Un aspecto de especial importancia en relación a este tema lo constituye la garantía de poder acceder al expediente judicial. En este sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que el derecho a la defensa técnica debe estar garantizada desde el mismo momento en que se ordena investigar a una persona y que no basta con que se garantice la presencia física del abogado sino que se le debe permitir el acceso al expediente. Para la Corte, el defensor contribuye al esclarecimiento de los hechos mediante la contradicción y examen de las pruebas, lo que no se puede realizar si se impide u obstaculiza su acceso al expediente. 3. La concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa tema de especial importancia en el ámbito del derecho de defensa es determinar quiénes pueden llevar a cabo la defensa de una persona en un proceso. Sobre este tema, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en su jurisprudencia interesantes lineamientos, los cuales presentamos a continuación. Para la Corte Constitucional, el defensor de una persona acusada de la comisión de un delito debe ser un profesional del Derecho, salvo casos excepcionales en los que por no contarse en el lugar con abogados titulados se acuda a los egresados o estudiantes de Derecho pertenecientes a un consultorio jurídico. En este sentido, la Corte considera que la regulación normativa del defensor en materia penal puede diferir notablemente de la que se adopte para procesos de otra índole, pues allí es requisito indispensable que quien actúe como tal sea "abogado", y sólo lo es quien ha obtenido el título, salvo casos excepcionales; mientras que en materia laboral, civil, administrativa, etc; el legislador está autorizado para establecer los casos en que tal condición no se requiere. Con base a estos argumentos, la Corte Constitucional declaró inconstitucional una norma que disponía que a falta de abogado registrado, la defensa de oficio podía ser confiada a cualquier ciudadano honorable, siempre que no fuera empleado público. Para la Corte, en materia penal la garantía de la

defensa técnica mínima es indispensable, y sólo en situaciones excepcionales, por existir un grado aceptable de idoneidad y responsabilidad profesional, se autoriza que en defecto de abogados titulados la defensa se encomiende a egresados o estudiantes de derecho perteneciente a consultorios jurídicos. En esta dirección, la Corte Constitucional ha señalado que la defensa de una persona en las etapas de investigación y juzgamiento "no pueden ser adelantadas por una persona que no se encuentra científica y técnicamente habilitada como profesional del derecho, so pena de la configuración de una situación de anulabilidad de lo actuado en el estrado judicial por razones constitucionales, o de la inconstitucionalidad de la disposición reglamentaria que lo permita. Además, dicha defensa técnica comprende la absoluta confianza del defendido o la presunción legal de la misma confianza en el caso del reo ausente; en este sentido es claro que el legislador debe asegurar que las labores del defensor sean técnicamente independientes y absolutamente basadas en la idoneidad profesional y personal del defensor." Para la Corte Constitucional, la carencia de defensa técnica de una persona durante un proceso penal implica que su actuación dentro del mismo se vea mermada al no poder solicitar y controvertir las pruebas en forma debida. En este sentido, si el procesado no cuenta con la asistencia de un profesional del derecho es imposible que el juez pueda llegar a valorar los elementos que obran en el proceso. Asimismo, en una oportunidad la Corte Constitucional se pronunció en desacuerdo con una norma del Código Procesal Penal que facultaba a los oficiales de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, para actuar como defensores en los procesos penales seguidos ante los tribunales militares. En su decisión, la Corte Constitucional consideró que la defensa técnica reclama por parte del defensor una completa autonomía, independencia y capacidad de deliberación, lo que no se podía esperar de los integrantes de la fuerza pública en servicio activo, quienes se encuentran en una permanente relación de jerarquía con sus superiores, incluyendo a los abogados que al mismo tiempo integran los cuerpos armados.

3.3. El derecho fundamental de identidad personal:

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

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

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

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

La identidad, constituyendo un concepto unitario, posee una doble vertiente. De un lado, aquella estática, al que no cambia, con el transcurrir del tiempo. La primera de ellas, la estática, ha sido la única que se consideró jurídicamente, hasta no hace mucho, como la “identidad personal”. Se le designaba comúnmente como “identificación”. Entre los elementos estáticos de la identidad personal que no varían, que son estables a través de la existencia, se encuentran, entre otros, el código genético, el lugar y la fecha de nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, el contorno somático, el nombre. Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior por lo que la persona se le identifica, de modo inmediato, mediante estos atributos.

La identidad dinámica está compuesta por un complejo 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 y calificaciones dinámicos de la persona.

Luego de lo anteriormente expuesto, puede describirse la identidad personal como el conjunto de atributos y características, tanto estáticos como dinámicos, que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos

aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea “uno mismo” y “no otro”. Este plexo de atributos y características que se proyectan hacia el mundo exterior, permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en lo que ella es en cuanto ser humano único e irreplicable. Por consiguiente, ambas, la estática y la dinámica, como unidad totalitaria, perfilan la identidad de la persona. En síntesis, se puede decir que la identidad es el bagaje de características y atributos que definen la “verdad personal” en qué consiste cada persona.

El Dr. Bernalles Ballesteros⁵⁶ ha señalado que la identidad consagrada constitucionalmente, comprende los siguientes aspectos de la persona:

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 el nombre como el seudónimo han sido extensamente tratados en el código civil.⁵⁷

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 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. Esto incluye identidades de sexo, raza, culturales, religiosas, familiares y, en general, creencias, costumbres y modos de actuar que dan identidad propia a la persona.

Con relación a la identidad personal, el Tribunal Constitucional ha expresado los siguientes pronunciamientos:

⁵⁶ Bernalles Ballesteros, Enrique. “La constitución de 1993. Análisis Comparado”. Editora RAO-ICS. Quinta Edición. Setiembre 1999. Lima-Perú. Pg. 114.

⁵⁷ Código Civil. Art. 19: “*Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos*”.

“El derecho a la identidad personal, esto es, el derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad” Exp. N° 0050-2004-AI/TC, 03/06/2005. Fj. 76.

Así también, el Supremo Interprete de la Constitución, ha manifestado que:

“El artículo 2.1 de la constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad, derecho 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 (...). En nuestro ordenamiento jurídico, el DNI tiene una doble función; por un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, ya que posibilita la identificación precisa de su titular; y, por otro, es un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos que se encuentran consagrados en la Constitución.” Exp. N° 4444-2005-HC, 25/07/05. Fj. 4.

SUBCAPÍTULO CUARTO

DEFINICIÓN, ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DEL ADN

4.1 Origen, definición y características del ADN

El ácido desoxirribonucleico, frecuentemente abreviado ADN (y también DNA, del inglés Deoxyribonucleic Acid), constituye el principal componente del material genético de la inmensa mayoría de los organismos, junto con el ARN, siendo el componente químico primario de los cromosomas y el material con el que los genes están codificados.

La función principal del ADN es mantener a través del código genético, la información genética necesaria para crear un ser vivo idéntico a aquel del que proviene (o casi similar, en el caso de mezclarse con otra cadena como es el caso de la reproducción sexual o de sufrir mutaciones). Las cadenas de polipeptídicas codificadas por el ADN pueden ser estructurales como las proteínas de los músculos, cartílagos, pelo, etc., bien funcionales como las de la hemoglobina o las innumerables enzimas del organismo. La función principal de la herencia es la especificación de las proteínas, siendo el ADN una especie de plano o receta para nuestras proteínas.

Para hacerse una idea, una diminuta cantidad de ADN en un huevo fertilizado, determina casi todas las características físicas del animal en su desarrollo completo; por ejemplo: la diferencia entre un ser humano y una rana está codificada en una parte relativamente pequeña de este ADN.

En los organismos procariotas (moneras), así como en las mitocondrias y cloroplastos eucariotas, el ADN se presenta como una doble cadena (de cerca de 1 mm de longitud), circular y cerrada, que toma el nombre de cromosoma bacteriano, que es circular excepto en las micoplasmas, que es lineal. En los Eucariotas el ADN se encuentra localizado principalmente en el núcleo, apareciendo el superenrollamiento (trenzamiento de la trenza) y la asociación con proteínas histónicas y no histónicas. El ADN se enrolla (dos vueltas)

alrededor de un octeto de proteínas histónicas formando un nucleosoma, estos quedan separados por una secuencia de ADN de hasta 80 pares de bases, formando un "collar de perlas" o más correctamente denominado fibra de cromatina, siendo la estructura propia del núcleo interfásico, que no ha entrado en división. Este collar de nucleosomas vuelve a enrollarse y cada 6 nucleosomas constituyen un "paso de rosca" por medio de histoma H1 formando estructuras del tipo solenoide. En los virus, el ADN puede presentarse como una doble hélice cerrada, como una doble hélice abierta o simplemente como una única hebra lineal.⁵⁸

El ADN Se conoce desde hace más de cien años. Fue aislado por primera vez en 1869 por un médico alemán llamado Friedrich Miescher, en la misma década notable en la cual Darwin publicó El Origen de las Especies y Mendel presentó sus resultados a la Sociedad de Historia Natural de Brünn. La sustancia que Miescher aisló era blanca, azucarada, ligeramente ácida y contenía fósforo, la encontró en el pus de las vendas y en el esperma de salmón; dado que la encontró en el núcleo de las células, la llamo nucleína, aunque no fue reconocida hasta 1943 gracias al experimento realizado por Oswald Avery. En 1953 Watson y Crick, en Inglaterra descubrieron en base a información de otros científicos la estructura molecular del ADN. Lo que permitió entender cómo la información genética es almacenada y procesada.⁵⁹

4.1.1 El ADN como almacén de información

En realidad se puede considerar así, un almacén de información (mensaje) que se trasmite de generación en generación, conteniendo toda la información necesaria para construir y sostener el organismo en el que reside. Se puede considerar que las *obreras* de este mecanismo son las proteínas. Estas pueden ser estructurales como las proteínas de los músculos, cartílagos, pelo, etc., o bien funcionales como las de la hemoglobina, o las innumerables enzimas, del organismo. La función principal de la herencia es la especificación de las proteínas, siendo el ADN una especie de *plano* o *receta* para nuestras

⁵⁸ <http://es.wikipedia.org/wiki/Adn>

⁵⁹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Adn>

proteínas. Unas veces la modificación del ADN que provoca disfunción proteica lo llamamos enfermedad, otras veces, en sentido beneficioso, dará lugar a lo que conocemos como evolución.⁶⁰

Las alrededor de treinta mil proteínas diferentes en el cuerpo humano están hechas de veinte aminoácidos diferentes, y una molécula de ADN debe especificar la secuencia en que se unan dichos aminoácidos.

El ADN en el genoma de un organismo podría dividirse conceptualmente en dos, el que codifica las proteínas y el que no codifica. En el proceso de elaborar una proteína, el ADN de un gen se lee y se transcribe a ARN. Este ARN sirve como mensajero entre el ADN y la *maquinaria* que elaborará las proteínas y por eso recibe el nombre de ARN mensajero. El ARN mensajero instruye a la maquinaria que elabora las proteínas, para que ensamble los aminoácidos en el orden preciso para armar la proteína.⁶¹

El dogma central de la biología molecular establece que el flujo de actividad y de información es: ADN → ARN → proteína

En la actualidad se supone que este "dogma" debe ser ampliado, pues se han encontrado otros flujos de información: en algunos organismos (virus de ARN) la información fluye de ARN a ADN, este proceso se conoce como "transcripción inversa o reversa". Adicionalmente, se sabe que existen secuencias de ADN que se transcriben a RNA y son funcionales como tales, sin llegar a traducirse a proteína.⁶²

⁶⁰ <http://es.wikipedia.org/wiki/Adn>

⁶¹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Adn>

⁶² <http://es.wikipedia.org/wiki/Adn>

SUBCAPÍTULO QUINTO

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 28457

5.1 Antecedentes legislativos de la ley 28457

Propuesta normativa que regula el procedimiento para determinar la Filiación de Paternidad Extramatrimonial se fundamenta en el Proyecto de Ley N° 10772 del 09 de Julio del 2004, posteriormente el Proyecto de Ley N° 10919 del 01 de Julio del 2004, para dar paso al Proyecto de Ley N° 11536 del 28 de Setiembre del 2004. Proponen regular el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial.

El proyecto inicial tiene su origen en LA COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA-CERIAJUS. Que se basa en que la Administración de Justicia del Estado Peruano, se han presentado diferentes diagnósticos, los cuales presentan en esencia idénticos indicadores respecto al estado situacional del sistema de justicia: como lentitud de los procesos, corrupción, ineficiencia e ineficacia, dificultad en el acceso a la justicia, adiestramiento insuficiente, procedimientos extensos, sistema de gestión deficiente y sin la información requerida, infraestructura física pobre, escasa credibilidad en el sistema, entre otros.

A mediados del año 2001, el Grupo de Trabajo de **ALTO Nivel - GTAN**, conformado a raíz del Convenio de Cooperación Interinstitucional para la Coordinación del Proceso de Modernización del Sistema Nacional de Administración de Justicia suscrito entre el Ministerio Público, el Poder Judicial, la Fiscalía de la Nación, el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Ministerio de Justicia ha generado, mediante la suma de las tres opciones y propuestas de las entidades vinculadas a la administración de justicia una propuesta inicial de plan estratégico para resolver y conducir con el

concurso de la sociedad civil hacia la construcción de las bases del sistema de justicia en el Perú.

Estos primeros esfuerzos realizados por el Estado hacia generación de un servicio de justicia al alcance de todos los peruanos debe ser continuado y plasmado a través de una iniciativa que convocando a instituciones públicas y privadas, implemente las propuestas e ideas iniciales sobre nuestro sistema judicial.

Asimismo, en el mes de Julio de 2002 se suscribió el Acuerdo Nacional entre las principales fuerzas políticas del país cuya Vigésimo Octava Política de Estado está referida a la plena vigencia de la Constitución de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial.

5.2 Exposición de motivos de la ley 28457

La iniciativa legislativa planteada tiene como fuente una de las propuestas elaboradas por el CERIAJUS. La finalidad de la propuesta procura enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más graves y extendidos en el país, como es: la filiación extramatrimonial.

El Estado no puede ser ajeno a esta realidad donde muchos padres utilizan las dilaciones procesales para evadir sus responsabilidades.

La persona que tenga interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un/a juez de Paz Letrado que expida una resolución declarando la filiación demandada. Si el demandado no formula oposición en el plazo de diez días de haber sido notificado, el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad. En el caso de formular oposición, se suspende el mandato siempre y cuando el demandado se someta y pague la prueba del ADN, dentro de los diez días de la fecha en el que la demandante preste garantía dineraria para el costo de la prueba; si pasado el plazo no se cumpliera con la realización

de la prueba, la oposición será declarada infundada y el mandato se convertirá en declaración firme de paternidad.

Luego de la realización de la prueba, si ésta resultara negativa, la oposición será declarada fundada y la demandante será condenada a las costas y costos del proceso. En el caso que la prueba resultara positiva, la oposición será declarada infundada y el mandato se convertirá en declaración firme de paternidad.

SUBCAPÍTULO SÉXTO
EL PROCESO DE RECLAMACION DE PATERNIDAD
EN EL DERECHO COMPARADO

6.1 El proceso de reclamación de paternidad en España, Chile, Argentina y Colombia.

A) En España

Para la legislación española, la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos⁶³.

El proceso de filiación que intenta el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial conduce a una sentencia tras un proceso de averiguación y prueba⁶⁴.

Imprescribibilidad de la Acción.-

Esta acción es imprescriptible, corresponde al hijo *durante toda la vida*. Si el legitimado muere sin haber ejercitado esta acción y antes de cuatro años desde que llegó a la capacidad, o antes de un año desde que se descubrieron las pruebas, la acción la pueden ejercitar sus herederos durante el plazo de caducidad del tiempo que falte para el transcurso de los términos.

Competencia.-

1.-Objetiva: Juzgados de Primera Instancia (art. 85.1 LOPJ y 45 LEC)

⁶³ Art. 108 de la Ley 11/1981, de 13 de Mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Disponible en: http://www.porticolegal.com/pa_ley.php?ref=89

⁶⁴ Marti Martí, Joaquim. *Las medidas cautelares en los procesos de filiación*. Año VI, Nº 56, Enero 2009. Disponible en: <http://www.bufetejmarti.com/Documenta/MCFILIACION.htm>

No corresponde el conocimiento al Juzgado de Familia (la filiación no está incluida en los títulos IV y VII del Libro I del CC).

2.- Territorial: no hay normas especiales, se siguen las normas generales del domicilio del demandado (Art. 50 LEC).

Al tratarse de un juicio verbal es indisponible la competencia territorial, por lo que no cabe sumisión tácita ni expresa (art. 54.1 LEC)⁶⁵

Titular de la Acción.-

El art. 131 CC refiere que en la reclamación de la filiación, *cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada en casos de la constante posesión de estado.*

La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial por parte del hijo que no tiene la posesión de estado, se reconoce en el art. 133 CC. Esta acción es la propiamente dicha de investigación de la paternidad.

Procedimiento.-

1.- Juicio verbal. El art. 753 LEC remite a trámites del juicio verbal. Con alguna modificación: de la demanda se da traslado al Ministerio Fiscal y a la otra parte, para que contesten en plazo de 20 días.

2.- Principio de prueba (767 LEC): no se admitirá la demanda si no se presenta un principio de prueba. Basta con que se presente o muestre con la demanda, referencias concretas a medios de prueba a practicar (la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento procesal), que contribuyan a conferir al supuesto fáctico de la petición credibilidad y verosimilitud. Se trata de un filtro para impedir demandas infundadas o caprichosas.

3.- Postulación procesal (750 LEC):

⁶⁵ Sanz-Diez de Ulzurrun Escoriaza. Las Acciones de Filiación.

Es preceptiva la representación a través de procurador y la defensa por medio de letrado

4.- Acumulación de acciones: Según jurisprudencia, no existe obstáculo para acumular acciones a las de filiación (por ejemplo de reclamación de alimentos) siempre que sean compatibles y encajen en el cauce del juicio verbal.

El art. 438.3 LEC dispone los casos en los que resulta admisible la acumulación objetiva de acciones en los juicios verbales, que parecen permitir la acumulación de la petición de alimentos (nº 1) e indemnización por daños y perjuicios (nº 2).

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que los alimentos serán exigibles desde la fecha de presentación de la demanda.

5. Pruebas

A.- El Juez puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes (752.1 LEC).

B.- Los hechos base de la acción deben ser probados, pues el Tribunal no está vinculado por la conformidad de las partes, el silencio o las evasivas.

C.- El Tribunal tampoco está vinculado por las normas sobre fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, ni los documentos públicos o privados reconocidos por las partes.

D.- El proceso se decide con arreglo a los hechos, debatidos y probados, con independencia del momento en que han sido introducidos en el proceso.

F.- Admisibilidad de todas las pruebas, incluidas las biológicas.

G.- La filiación puede declararse sin prueba directa (767.3 LEC) si hay reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado, convivencia con la madre al tiempo de la concepción u hechos de los que se infiera la filiación.

El sistema que rige en España después de la Ley 11/1981 concede, para la investigación de la paternidad, dos clases de pruebas, las directas (biológicas y reconocimiento principalmente), y las indirectas o presuntivas, entrando en este último grupo la negativa a dejarse practicar la prueba biológica, en cuanto si bien tal actitud no puede llevar a la consecuencia de que quien se niegue, sin justa causa, a tal pericia incurra en *ficta confessio*, sí puede constituir un indicio que unido a la acreditación de la oportunidad de acceso carnal con la actora en las fechas críticas en que se cifra la concepción y a otros elementos probatorios que permiten la convicción de la realidad sobre la paternidad pretendida, pasa a tener la categoría de elemento probatorio de carácter positivo.

Prueba biológica (767.4).-

En la actualidad, la fiabilidad de las pruebas biológicas es altísima, de certeza para considerar excluida la paternidad y de casi certeza (99,9%) para la prueba positiva. Por tanto, se trata de una prueba de extrema importancia, cuya práctica y resultado puede determinar el litigio.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no existe ningún precepto que permita la ejecución coactiva de la práctica de la prueba biológica, de tal forma que el obligado a su práctica puede negarse a someterse a dicha prueba, pues lo contrario quebrantaría los Art. 15 y 18 CE (integridad física y moral e intimidad personal).

Ello determinó que en numerosas ocasiones se plantease el problema de las consecuencias de la negativa al sometimiento a la prueba, lo que ha motivado una nutrida jurisprudencia. Hoy en día la jurisprudencia unánime, al sostener que si bien tal negativa no se puede considerar como una *ficta confessio*, sí como un indicio de inestimable valor que, por otra parte, denota un afán obstruccionista y un ejercicio antisocial del Derecho, lo que provoca que, conjugada con otros elementos de juicio, la filiación se declare acreditada.

El nuevo art. 767.4 LEC dispone que la negativa injustificada a

someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.

Esta norma recoge el criterio prácticamente unánime de la última jurisprudencia del TC y TS sobre los efectos de la negativa a someterse a las prueba de paternidad, que otorgaban mayor relevancia al derecho a conocer la filiación que a los derechos a la intimidad e integridad.

Negativa justificada a someterse a la prueba.-

Se estima que se produce negativa justificada cuando no hay constitucionalidad de la resolución judicial que ordene la práctica de la prueba biológica (no cumplimiento requisitos STC 17.1.1994):

1.- Gravísimo quebranto para la salud del interesado. Este supuesto es cada vez más improbable, pues las modernas técnicas exigen tan solo unas gotas de sangre y a veces ni eso (basta un poco de saliva). En Sentencia de 31.5.99, el T.C. afirmó sin rodeos que esta prueba ni es degradante ni es contraria a los derechos en la integridad física y a la intimidad.

2.- Si no existen indicios serios de la conducta que se atribuye al demandado, es decir si es una demanda frívola o maliciosa. La jurisprudencia ya venía sosteniendo que si no existen unas pruebas mínimas sobre la existencia de relaciones entre los litigantes no se puede dar valor alguno a la negativa al sometimiento a dichas pruebas, toda vez que la misma es legítima. Ahora bien, se entiende que el control judicial de admisión de la demanda y, sobre todo, de admisión de la prueba excluye de por sí la inexistencia de indicios.

3.- Que no se verifique por un profesional capacitado, en circunstancias adecuadas.

4.-Cuando hay otros medios menos lesivos para la integridad física con los que pueda obtenerse la evidencia de la paternidad.

5.-Cuando su práctica pueda suponer para el que tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud, criterio que debe entenderse hoy en día superado por la técnica, pues bastan unas muestras de saliva para realizar el análisis.

Pero una vez tomada la resolución por el Juzgado sobre la práctica de la prueba pericial biológica, el afectado está obligado a posibilitar su práctica, según doctrina coincidente del TC y TS que mantiene que las partes tienen obligación de facilitar la prueba que ha sido acordada por el órgano jurisdiccional. De no hacerlo, se vulneran preceptos constitucionales: art.24.1, ya que deja en indefensión a la parte contraria; art. 14, por provocar una discriminación por razón de la filiación, al no poder serle declarada; art. 39, quebrantando la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación y art. 118 por negarse a la colaboración, en la práctica de la prueba, requerida por el órgano judicial.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que una cosa es la negativa injustificada a la práctica de la prueba biológica y otra bien distinta es que esta prueba no se practique por causas ajenas a la voluntad de los interesados⁶⁶.

Consecuencias de la negativa injustificada.-

Como queda dicho, la negativa injustificada no basta por sí sola para determinar la filiación, pues tal negativa no determina la verdad biológica, sino tan solo la actitud obstruccionista de quien se niega. Una cosa es el temor a ser padre y otra serlo realmente.

Por eso la consecuencia no es la ficta confesión sino que es “un valioso

⁶⁶ Ob. Cit.

indicio” que debe ser complementado por otros datos reveladores.

Finalmente hemos de hacer referencia a una sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2005, que insiste en señalar que la doctrina del TS es la antes indicada de que la negativa a la realización de la prueba de paternidad no puede ser por si misma razón suficiente para declarar probada tal paternidad.

Medida Cautelar (Art. 768 LEC)

Es usual que en la demanda de reclamación de paternidad se incluya una solicitud de alimentos provisionales, la cual no sólo implica la petición de una medida cautelar, sino que también supone el ejercicio de la acción de alimentos provisionales dándose una acumulación de acciones.

En los procesos de filiación, encontramos una excepción en el cumplimiento del requisito del *periculum in mora*. Sobre todo en la medida cautelar de alimentos provisionales.

El *periculum in mora*, en las medidas cautelares en los procesos de filiación se ve sometido a una especialidad y excepcionalidad. En los restantes procesos civiles el peticionario debe acreditar que debe asegurarse el bien litigioso. Que la adopción de la medida cautelar va a permitir asegurar el cumplimiento de la sentencia (mediante el embargo preventivo de bienes, la anotación preventiva de demanda, la administración judicial), o incluso que la dilación del proceso va a perjudicar al bien litigioso (depósito de bien mueble, anotación preventiva de demanda, adopción de medidas correctoras o de aseguramiento de edificios, etc.). En los procesos de filiación los tres requisitos básicos de la adopción de medida cautelar de alimentos (la más frecuente) quedan sustituidos por un vínculo de parentesco, un estado de necesidad en el alimentista y una posibilidad económica en el pariente obligado⁶⁷.

⁶⁷ Marti Martí, Joaquim. *Las medidas cautelares en los procesos de filiación*. Año VI, Nº 56, Enero 2009. Disponible en: <http://www.bufetejmarti.com/Documenta/MCFILIACION.htm>

Asimismo, encontramos otra excepción a los requisitos de toda medida cautelar, por cuanto el art. 768 LEC prevé la posibilidad de que el juez de instancia no exija caución a quien la inste.

Las características básicas de estas medidas son las siguientes:

- 1.- Pueden acordarse en cualquier momento del procedimiento.
- 2.- Su objeto puede ser tanto personal (protección de su persona) como patrimonial (protección de sus bienes y alimentos).
- 3.- Se tramitan por el cauce de las medidas cautelares de los Art. 734 a 736 LEC, aunque por razones de urgencia pueden adoptarse sin previa audiencia de los interesados, que se celebraría en un momento posterior.
- 4.- Se puede dispensar de la prestación de caución por el solicitante (Art. 768 LEC)⁶⁸.

En los procesos de filiación otras medidas cautelares pueden darse, además de las medidas de aseguramiento de los alimentos provisionales, las pretensiones para el aseguramiento del bien litigioso (la paternidad) y al objeto de evitar que la dilación del proceso vaya en perjuicio de la labor juzgadora. Todo ello al amparo del art. 768 LEC. Así, podríamos encontrarnos con la petición de medidas cautelares tendentes a evitar que el demandado pueda destruir pruebas relativas a la paternidad o a la posesión de estado (fotografías, documentos, etc.) y por ello se solicite el depósito de bienes muebles.

Se considera como prueba de la relación carnal de las partes, los telegramas enviados al padre por la madre en el que se refería *“Eusebio, ha nacido nuestro hijo. Estamos en casa. Espero tus noticias. Marta”*. Pues bien, ese documento, en poder del demandado, bien podría ser motivo de aseguramiento mediante la medida cautelar de depósito de bien mueble⁶⁹.

⁶⁸ Sanz-Diez de Ulzurrun Escoriaza. Las Acciones de Filiación.

⁶⁹ Ob. Cit.

Sentencia.-

El art. 120 del Código Civil Español contempla la sentencia firme como uno de los medios de determinación de la filiación extramatrimonial. La sentencia firme, es la recaída en el proceso civil seguido por el ejercicio de una acción de filiación, regulado en los art. 764 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (el equivalente a nuestro Código de Procedimiento Civil).

Está expresamente excluida la ejecución provisional de la sentencia en este tipo de litigios (525.1.1º LEC).

Recurso.-

A.-Ordinario: recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (art. 455.1 y 2.2.º), que cabe siempre.

B.- Extraordinarios: Cabe recurso extraordinario por infracción procesal en los casos previstos en el art. 469 LEC. También es viable el recurso de casación por la vía del art. 477.2.3.º y 3 LEC, es decir por existencia de interés casacional, según la interpretación de la Junta General de Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2000⁷⁰.

Normatividad

Ley Nº 11/1981

Código Civil Español

Ley de Enjuiciamiento Civil

⁷⁰ Sanz-Diez de Ulzurrun Escoriaza. Las Acciones de Filiación.

B) En Chile

Hasta junio del 2005 existía en Chile un procedimiento preliminar al juicio de filiación: la citación judicial para confesar paternidad. Se trataba de un trámite judicial en el que la persona que tuviera bajo su cuidado al menor solicitaba al tribunal de menores del domicilio del hijo que el juez requiriera al supuesto padre que vaya personalmente al juzgado y señale, bajo juramento, si era efectivamente el padre de ese hijo/a.

El 5 de julio de 2005 se publicó en Chile la Ley 20030 que “Modifica el Código Civil en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad y a la valoración de los medios de prueba”.

La Ley elimina el reconocimiento judicial mediante la confesión de paternidad o maternidad prestada bajo juramento la que tenía un trámite de aplicación excepcional, siendo el procedimiento dispuesto el ordinario. Se unifican las vías voluntaria y contenciosa en un proceso único de reconocimiento de filiación que debe adecuarse a las normas procesales dispuestas en la Ley 19968 (30/08/2004), que crea los Tribunales de Familia.

Tribunal competente:

Las acciones de filiación son de competencia de tribunales ordinarios, jueces de letras con jurisdicción en lo civil del domicilio del demandado.

Procedimiento:

Juicio Ordinario.

No cabe el trámite de conciliación por el art. 262 C.P.C.

Debe oírse al defensor público. Art. 366 inc. 1º C.O.T.

La Demanda:

La ley 20.030 derogó el art 196 del CC que prescribía que el juez sólo daría curso a la demanda si con ella se presentaran antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda, y que cuando no se diera curso a la demanda por no presentar antecedentes suficientes o actuar de mala fe, el juez sancionaría la mala fe⁷¹.

Entablada la acción de reclamación de filiación, si la persona demandada no comparece a la audiencia preparatoria o si negare o manifestare dudas sobre su paternidad o maternidad, el juez ordenará, de inmediato, la práctica de la prueba pericial biológica, lo que se notificará personalmente o por cualquier medio que garantice la debida información del demandado⁷².

El proceso tendrá el carácter de secreto hasta que se dicte la sentencia de término (art. 197). Solo tendrán acceso a él, las partes y sus apoderados judiciales. Dictada la sentencia del proceso se hace público, lo que es lógico porque una cuestión relativa al estado civil de las personas que ya ha sido resuelta no puede permanecer en misterio⁷³.

Indemnización de perjuicios: art. 197 inc final.-

La persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada, es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado.

Régimen probatorio:

El régimen probatorio es excepcional,

- a. Se admite toda clase de pruebas. Art. 198

⁷¹ Art. 1º de la Ley 20.030 del 2005. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=239819>

⁷² Ob. Cit.

⁷³ Universidad de Valparaíso. Patria Potestad. Derecho Civil de Familia en Chile. 5º Año de Derecho. Disponible en: html.rincondelvago.com/patria-potestad_1.html

- b. Las pruebas pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.
- c. El juez podrá ejercer esta facultad tanto dentro del periodo probatorio como por la vía de las medidas para mejor resolver.
- d. También podrán decretarse pruebas en segunda instancia.

Pericias biológicas. Art. 199.-

En la modificatoria al artículo 199 del Código Civil, por vez primera, en Chile, se otorga a las impruebas valor suficiente para establecer la filiación extramatrimonial o excluirla. Antes de su vigencia no se les otorgaba tal carácter, sólo se permitía la presentación de toda clase de pruebas para el esclarecimiento de la filiación, las que podían ser decretadas de oficio o de parte.

Costo de la prueba.-

El costo es *asumido* por el Estado si son ordenadas judicialmente. Las partes tendrán derecho, por una sola vez, a solicitar un informe pericial biológico⁷⁴.

Si la madre solicita la realización de este tipo de examen y está siendo representada por un abogado de las instituciones de atención jurídica que tengan privilegio de pobreza (corporación de asistencia judicial, por ejemplo), no deberá pagar por ella. Sin embargo, si la madre no tiene privilegio de pobreza, el juez determinara la forma en que las partes del juicio dieran pagar los gastos⁷⁵.

Negativa injustificada a someterse a la pericia biológica.

A este respecto el actual Art. 199 establece *“La negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen hará presumir legalmente la paternidad o la maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda. Se entenderá que hay negativa injustificada si, citada la parte dos veces, no concurre a la realización*

⁷⁴ Art 1º de la Ley 20.030 del 2005. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=239819>

⁷⁵ Ob. Cit.

del examen. Para este efecto, las citaciones deberán efectuarse bajo apercibimiento de aplicarse la presunción señalada en el inciso anterior."

Alimentos Provisionales: Art. 209 CC. .-

Reclamada judicialmente la filiación, dado que este proceso puede tener una duración larga- el juez puede decretar alimentos provisionales en los términos del 327 CC. Estos alimentos provisionales son tramitados como incidente en el juicio de filiación.

Sentencia.-

En caso que el demandado reconozca voluntariamente la filiación, el juez no emitirá sentencia, el reconocimiento judicial de la paternidad o maternidad se reducirá a acta que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo o hija, para lo cual el tribunal remitirá al Registro Civil copia auténtica (Art. 1º, Ley 20.030).

Determinación Judicial Contra la Oposición del Padre o Madre.-

Esta produce el efecto del art. 203 c.c., es decir, el padre o madre queda privado de la patria potestad, y en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la personas o los bienes del hijo o de sus descendientes, pero subsisten todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento va en beneficio del hijo o de sus descendientes.

La ley ordena que el juez declare explícitamente la privación de derecho en la sentencia y hay que dejar constancia de esto en la subinscripción correspondiente.

La actual ley de filiación establece medidas con la finalidad de proteger a los posibles afectados y desalentar el ejercicio abusivo de ciertos procedimientos. Se trata del hecho de declarar el carácter de secreto al proceso y la acción de indemnización de perjuicios que se concede al afectado en contra de quien

ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada.

NORMATIVIDAD

Ley N° 19.585 (26/10/1998)

Ley N° 20.030 (12/07/2005)

Código Civil Chileno

Código de Procedimiento Civil.

Código Orgánico de Tribunales de Chile

C) En la Argentina

Establece la norma que "En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo."

Las acciones de filiación pueden tener lugar por naturaleza o por adopción, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y extramatrimonial.

La Ley N° 7.676 regula el procedimiento del Fuero de Familia. La demanda se deduce por ante el Juez de Familia, que instruye la causa y ante quien debe acompañarse el certificado que prescribe el art. 51 como requisito de admisibilidad de la presentación (art. 58 L.F.).

Etapa Pre jurisdiccional.-

El procedimiento requiere la etapa pre jurisdiccional conciliatoria ante el Asesor de Familia. La propuesta del otorgamiento del acto jurídico familiar destinado a establecer el vínculo jurídico de la filiación constituye el tema o materia a tratar por los Asesores.

La etapa pre jurisdiccional es obligatoria y constituye un requisito de admisibilidad de la demanda. El objeto a lograr en esta etapa es el reconocimiento voluntario.

Competencia

La competencia de las acciones de filiación se rige por los principios generales, salvo en aquellas jurisdicciones en que existan tribunales especiales en razón de la materia, como sucede en la provincia de Santa Fe en que las acciones de filiación pertenecen a la competencia del Tribunal Colegiado de Instancia única en lo civil o en otros casos del Juzgado de Primera Instancia. En las provincias de Santa Fé, Buenos Aires y Jujui se sigue el procedimiento predominantemente oral, cuando interviene el Tribunal Colegiado⁷⁶.

El Juicio.-

La demanda se deduce ante el Juez de Familia, luego que el Asesor ha extendido el certificado correspondiente, que da cuenta del resultado negativo de su labor conciliadora.

El Juez de Familia, cumpliendo las etapas previstas en el Capítulo III de la L.F., debe dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 62, procurando, en forma oral y privada, el avenimiento de las partes. Si entendemos que la función conciliadora se debe dirigir a lograr el acto jurídico familiar de reconocimiento, en la forma del art. 248, inc. 1º del Código Civil, podemos concluir que en los juicios de filiación esta tarea es obligación del Juez de Familia. La mediación puede también estar orientada a la ilustración acerca de los medios que la ciencia ofrece en la actualidad para determinar con certeza la realidad biológica. En la práctica, en la

⁷⁶ Méndez Costa, María Josefa. La Filiación. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina, 1986. P. 259. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1413>

audiencia en forma oral y reservada los jueces intentarán el reconocimiento voluntario.

Si no se logra el avenimiento de las partes, se traba la litis y el juez continuará su función como instructor de la causa, admitiendo las pruebas ofrecidas y ordenando el diligenciamiento de las que correspondan a esta etapa. Los jueces y las Cámaras de Familia están facultados para designar audiencias en estas causas, para intentar el avenimiento de las partes.

Clausurado el período probatorio, a petición de parte, se elevarán los autos por ante la Cámara de Familia. Este Tribunal, en la realización de la vista de causa, receptorá las pruebas (confesional, testimonial e inspecciones judiciales) en audiencia oral continua y reservada; recibíendose luego los alegatos de las partes, el Ministerio Fiscal y en su caso del Asesor de Familia. Cabe, señalar que este Tribunal de juicio está también facultado para convocar, de oficio o a petición de parte, audiencias de conciliación en el sentido antes expresado, tantas veces como lo estime conveniente.

La Prueba Biológica.-

El derecho Argentino consagra el principio de la verdad biológica. Esta afirmación constituye una de las premisas reiteradas con mayor asiduidad al reformarse el Código Civil, en el año 1985, mediante la Ley N° 23.264. La doctrina, luego de aquella primera enunciación destaca los preceptos de la ley sustantiva que en materia de acciones de estado condicen con la misma.

En las acciones de filiación las pruebas biológicas pueden ser ordenadas de oficio por el juez (art. 253 del C.C). El principio que inspira, en general, el procedimiento procesal civil indica que corresponde a las partes probar los hechos en que sustentan el reclamo de sus derechos. Salvo en casos excepcionalísimos, la actuación del juez se halla circunscripta a la órbita del material aportado por aquellas.

El Código Civil, en el art. 253, contiene directivas en materia de procedimiento. Cuando la norma sustantiva incluye normas procesales, reservadas constitucionalmente a las provincias, lo hace para garantizar atributos esenciales de la persona.

Los juicios de filiación inciden en el estado de la persona. Se encuentran comprometidos derechos esenciales, cuya protección justifica esta facultad otorgada a los magistrados.

La Negativa a someterse a la prueba.-

La doctrina de los fallos de la Cámara de Familia de Segunda Nominación sobre el tema coincide en que la negativa a la realización de las pruebas por el sistema denominado Complejo Mayor de Histocompatibilidad (ADN) por el demandado crea la gravísima sospecha que la misma se efectúa para eludir el medio por el cual se llegará a señalarlo como padre del demandante. Esta posición - avalada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales - se ha consolidado en el art. 4 de la Ley N° 23.511 que establece que la negativa a someterse (en juicio de filiación) "a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente".

Cuando el demandado por filiación se niega a someterse a la pericia H.L.A. deber tenerse por cierta la paternidad alegada y así declararse (salvo la prueba fehaciente de la imposibilidad absoluta del nexo biológico por factores excluyentes).

La trascendencia probatoria de esta negativa adquiere relevancia al sumarse al resto de las probanzas arrojadas en autos, especialmente cuando se prueba la existencia de relaciones sexuales entre la madre del reclamante y el demandado a la época de la concepción.

Si la testimonial deja probada, con declaraciones en las que no se advierte contradicción, la vinculación sentimental entre la madre del menor y el

demandado, las conclusiones de la aplicación del precepto contenido en el art. 4 de la Ley 23.511 quedan suficientemente reforzadas.⁷⁷

Imprescribibilidad.-

El art. 251 del CC dispone la imprescribibilidad de las acciones de filiación con respecto al estado de familia y al substracto biológico de la filiación.

Normatividad

Ley N° 14.367

Ley N° 23.264

Ley Federal Argentina

Código Civil Argentino

Código de Procedimiento Civil.

D) En Colombia

En Colombia, la investigación de paternidad se genera cuando el presunto padre se niega a realizar el reconocimiento voluntario de un menor. En estos casos el padre / madre afectado, a través de un apoderado o el Defensor de Familia, pueden presentar una demanda ante un Juzgado de Familia con el fin de que se declare la paternidad del menor. El Defensor de Familia del Centro Zonal correspondiente realizará una citación al presunto padre del menor con el objetivo de mediar para lograr el reconocimiento y la corrección de su registro civil. Si el presunto padre no reconoce su paternidad se dará inicio a un proceso de investigación de paternidad⁷⁸.

⁷⁷ Bergoglio, María Teresa y Grosso, Rodolfo Rolando. La paternidad extramatrimonial. *En revista: Anuario: Nro 2*. CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/argentina/cijs/SEC2004.HTMLI>

⁷⁸ De la Fuente de Lleras, Cecilia. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Disponible en: <https://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/php/decide.php?patron=03.07080103>

Procedimiento.-

El procedimiento de los juicios para establecer paternidad o maternidad debe ser especial preferente⁷⁹. Así, una vez presentada la demanda, en el auto admisorio, el juez debe ordenar la prueba, y en notificación personal al demandado, se le debe correr un traslado de 8 días hábiles para contestarla. Una vez que se tenga el resultado de la prueba, el juez debe entrar a dictar sentencia.

Competencia.-

Es competente para conocer de ésta acción el juez de familia del lugar de residencia del menor, por los trámites establecidos en la ley 75 de 1.968

Titular de la Acción.-

La persona que tiene bajo su cuidado al menor

Pruebas.-

En el Art.1^o establece que en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenara la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%⁸⁰.

Las relaciones sexuales en la apoca en que se presume la concepción, el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y el parto y la posesión notoria del estado de hijo, son causas legales que fundan la presunción sustancial de paternidad extramatrimonial, las cuales dentro de las posibilidades de su acreditación, suelen ser demostrados mediante la prueba testimonial⁸¹.

⁷⁹ Art. 7 de la Ley 721 del 24/12/2001.

⁸⁰ *Ob. Cit.*

⁸¹ Universidad Cooperativa de Colombia. Investigación de Paternidad y Maternidad. Filiación y Reconocimiento del hijo Extramatrimonial. Cátedra de Derecho de Familia. Bogotá, 2007. Disponible en: html.rincondelvago.com/investigacion-de-paternidad-y-maternidad.html

Determinación de La Filiación Mediante Exámenes.-

Al tenor de la ley 721 del 2001 para tramitar los procesos de filiación, siempre será necesario llevar a cabo una prueba con marcadores genéticos de ADN para establecer una probabilidad de parentesco del 99.99% que permitan declarar o excluir la paternidad.

Negativa a someterse a la prueba de ADN.-

En caso de renuencia a la prueba por parte del demandado, sin más trámites y mediante sentencia, el juez procederá a declarar la paternidad que se le imputa.

Costo de la Prueba.-

El costo de la prueba corre a cargo de quien la solicite, salvo que medie amparado pobreza, evento en el cual lo asume el Estado.

Pruebas En Casos De Imposibilidad Para Obtener La Prueba De ADN.-

Ley 721/2001 ART 3º: Solo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para el fallo correspondiente⁸². En materia de filiación para establecer la paternidad o maternidad los medios probatorios distintos a la prueba genética del ADN tienen un carácter subsidiario.

2.4.9 NORMATIVIDAD

Ley N° 721 (24/12/2001)

Ley N° 75 de 1968

Ley 45 de 1936

Código Civil Colombiano

Código de Procedimiento Civil

⁸² *Ob. Cit.*

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 HIPÓTESIS

3.1.1 Hipótesis General

La inadecuada aplicación del Principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457 ha generado conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006-2010.

3.1.2 Hipótesis Específicas

- a) Existe un alto porcentaje de procesos de filiación extramatrimonial en los que se estableció el reconocimiento inmediato del menor, debido a la aplicación de la prueba del ADN.
- b) El principio de proporcionalidad ha sido aplicado inadecuadamente por el legislador generando un conflicto inconstitucional.
- c) La desproporcionalidad de la Ley N° 28457 afecta el derecho al debido proceso.
- d) Existe urgente necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457, para solucionar los conflictos entre derechos fundamentales.

3.2 VARIABLES

3.2.1 Variable Dependiente

3.2.1.1 Denominación de la variable

Conflicto entre el derecho a la Identidad y el derecho al debido Proceso

3.2.1.2 Indicadores:

- Nivel de aplicación del derecho a la identidad
- Nivel de aplicación del derecho al debido proceso
- Conflicto entre derechos fundamentales

3.2.1.3 Escala de Medición de la Variable

Nominal

3.2.2 Identificación de la Variable Independiente

3.2.1.1 Denominación de la variable

- Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial (Ley N° 28457).

3.2.1.2 Indicadores:

- Porcentaje de procesos de filiación extramatrimonial en los que se aplicó la Prueba del ADN.
- Nivel de aplicación del principio de proporcionalidad
- Nivel de transgresión de derechos fundamentales
- Tipo de medio probatorio estipulado
- Nivel de Inconstitucionalidad

3.2.1.3 Escala de Medición de la Variable

Nominal

3.3 Tipo de Investigación

El tipo de investigación es Aplicada, porque está orientada en la aplicación de los conocimientos a la solución de un problema, pues confronta la teoría con la realidad.

También es un tipo de investigación socio jurídico por que se estudian los hechos y relaciones de orden social reguladas por normas jurídicas y por qué se pretende determinar la importancia del tema a investigar.

3.4 Diseño de la investigación

El Diseño de Investigación es un Diseño no experimental. Descriptivo - Explicativo.

3.5 Ámbito de estudio

Desde el punto de vista geográfico el presente trabajo de investigación es a nivel distrital, por que trató sobre la aplicación del Principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457 y el conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006-2010.

3.6 Tiempo Social de la Investigación

La investigación comprende el período 2006-2010.

3.7 Población y Muestra

La población de estudio estará comprendida por los profesionales del derecho (abogados) y los expedientes judiciales sobre filiación extramatrimonial.

3.7.1 Unidad de Estudio

Las unidades de estudio están constituidas por los profesionales del derecho y los expedientes judiciales sobre procesos de filiación extramatrimonial.

3.7.2 Población y muestra

A) Profesionales en materia del derecho:

Cuadro N°01

Población	Número
Abogados	1760
Jueces de Paz Letrado	04
Jueces de Familia	03
Fiscales de Familia	04
TOTAL	1771

Fuente: Colegio de Abogados y Corte Superior de Justicia de Tacna
Elaboración: Propia

B) Expedientes judiciales sobre procesos de filiación extramatrimonial :

Cuadro N°02

Año	N° de expediente
2006	40
2007	42
2008	46
2009	49
2010	52
TOTAL	229

Fuente: Base de Datos de la Corte Superior de Justicia de Tacna
Elaboración: Propia

3.7.3 Muestra

Muestra Probabilística o dirigida; ya que estará determinada en función de los especialistas en derecho (abogados) y los expedientes judiciales sobre procesos de filiación extramatrimonial.

3.7.3.1 Procedimiento para determinar la muestra (Abogados)

Procedimiento para determinar la muestra

$$n = \frac{NZ^2}{4(n-1)e^2 + Z^2}$$

Donde:

N= Población

n= Muestra provisional

Z=Nivel de confianza

E= 0.05 (precisión o margen de error)

Fórmula:

$$n = \frac{1760 * 1.96^2}{4 (1760-1) 0.05^2 + 1.96^2}$$

$$n = \frac{6761}{21.43}$$

$$n = 315.50$$

$$n = 316 \text{ abogados}$$

Procedimiento para determinar la muestra (Expedientes Judiciales)

Procedimiento para determinar la muestra

$$n = \frac{NZ^2}{4(n-1)e^2 + Z^2}$$

Donde:

N= Población

n= Muestra provisional

Z=Nivel de confianza

E= 0.05 (precisión o margen de error)

Fórmula:

$$n = \frac{229 \cdot 1.96^2}{4(229-1)0.05^2 + 1.96^2}$$

$$n = \frac{879.72}{6.12}$$

$$n = 143.74$$

n= 144 expedientes judiciales sobre Filiación de Paternidad Extramatrimonial

3.7.3.2 Estratificación de la muestra

A) Profesionales en materia del derecho:

Cuadro N°03

Población	Número	Muestra
Abogados	1760	316
Jueces de Paz Letrado	04	04
Jueces de Familia	03	03
Fiscales de Familia	04	04
TOTAL	1771	327

Fuente: Colegio de Abogados y Corte Superior de Justicia de Tacna

B) Expedientes judiciales sobre procesos de filiación extramatrimonial:**Cuadro N°04**

AÑO	N° DE EXPEDIENTE	MUESTRA
2006	40	25
2007	42	26
2008	46	29
2009	49	31
2010	52	33
TOTAL	229	144

Fuente: Base de Datos de la Corte Superior de Justicia de Tacna
Elaboración: Propia

3.7.4 Criterios de inclusión y exclusión.**3.7.4.1 Criterios inclusión**

Se tomaron en consideración a profesionales del Distrito Judicial de Tacna:

- Abogados
- Jueces de Paz Letrado y de Familia
- Fiscales de familia

3.7.4.2 Criterios de exclusión

Se excluyeron a todos los que no están inmersos en el criterio anterior

3.8 Técnicas e Instrumentos

Se utilizaron técnicas de investigación documental y de investigación de campo apropiadas, y se elaboraron y aplicaron Instrumentos de Recolección de datos.

3.8.1 Técnicas e instrumentos de recolección de investigación documental – expediente judicial

- a) **Técnica:** Observación o Investigación Documental – Expediente judicial
- b) **Instrumento:** Ficha de Expediente judicial.
Aplicada en los 100 expedientes judiciales de Filiación extramatrimonial.

3.8.2 Técnicas e instrumentos de recolección de investigación de campo

- a) **Técnica:** Encuesta.
- b) **Instrumento:** Cuestionario estructurado.
Aplicada a los abogados.

3.8.3 Técnicas e instrumentos de recolección de investigación de campo

- a) **Técnica:** Entrevista.
- b) **Instrumento:** Cuestionario de entrevista.
 - Aplicada a los Jueces de Paz Letrado y de Familia; y a los Fiscales de Familia.

3.9 Validación y confiabilidad

Los instrumentos fueron sometidos a las pruebas de validez (juicio de expertos) y confiabilidad.

CAPITULO IV

LOS RESULTADOS

4.1 Descripción del trabajo de campo

A fin de determinar si se ha generado un conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso, la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006-2010; se aplicaron dos instrumentos de medición: cuestionario y la ficha de análisis documental. Cuyos resultados son analizados, interpretados y comprobados; destacándose lo siguiente:

4.2 Diseño de la presentación de los resultados

Los resultados del cuestionario aplicado a los profesionales del derecho, son presentados a continuación en las tablas y gráficos del 1 al 11; cuyos resultados son presentados a continuación en las tablas y gráficos respectivas, con el análisis estadístico descriptivo respectivamente.

4.3 Presentación de los resultados

4.3.1 Resultados del cuestionario: el principio de proporcionalidad en la ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial (Ley N°28457) y el conflicto entre el derecho a la identidad y el debido proceso.

Con la finalidad de evaluar la aplicación del Principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457 y el conflicto generado entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006-2010, se aplicó el siguiente

cuestionario a los profesionales del derecho en el mes de mayo del 2012; encontrándose los siguientes resultados:

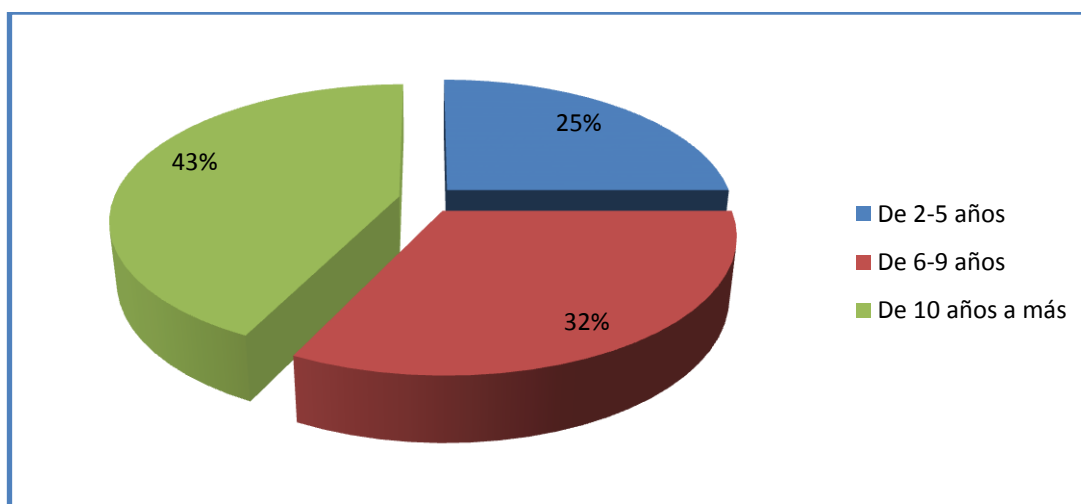
Datos Generales:

Tabla N°01
Años de experiencia como abogado

Años de Experiencia	f	%
De 2-5 años	79	25
De 6-9 años	102	32
De 10 años a más	135	43
Total	316	100

Fuente: Cuestionario sobre el Principio de Proporcionalidad y la Ley 28457
Elaboración: Propia

Gráfico N°01



Fuente: Tabla N° 01
Elaboración: Propia

Los resultados obtenidos en la tabla y gráfico anterior, el 43,00% de los encuestados tienen entre 10 a más años de experiencia, el 32,00% tienen entre 6 a 9 años a más de experiencia; y, el 25,00% de 2 a 5 años de experiencia.

De lo anterior se puede concluir que en el distrito judicial de Tacna existe un mayor porcentaje de abogados con experiencia en la especialidad.

Información Específica

Contiene información sobre los ítems acerca del Principio de Proporcionalidad y la Ley de Filiación de Paternidad Extramatrimonial (28457).

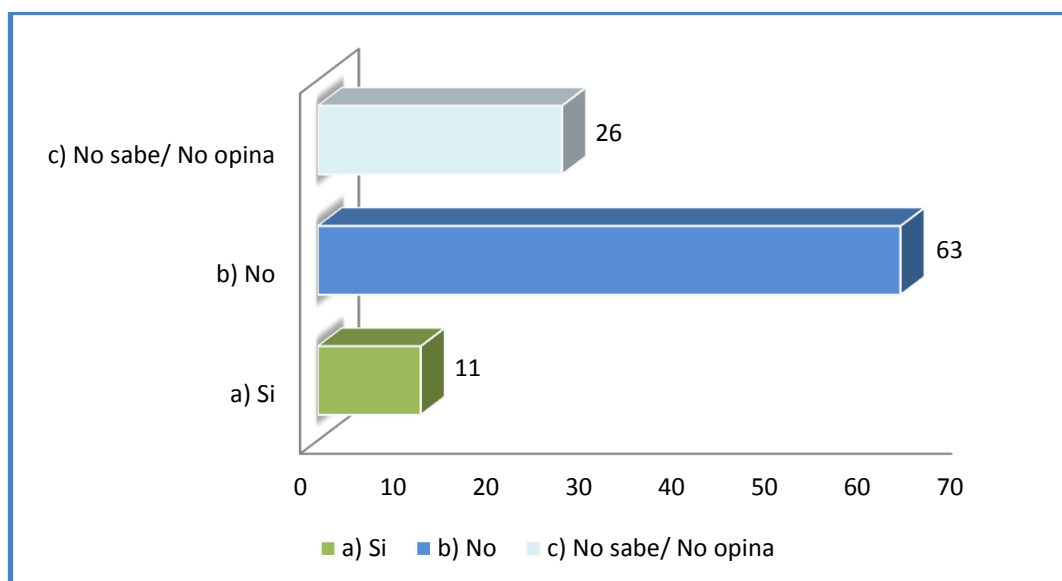
Tabla N° 02

Es conveniente la existencia de conflictos entre Derechos Fundamentales, dentro de un ordenamiento Constitucional regido bajo el principio de coherencia, unidad de la Constitución y concordancia práctica.

Alternativas	f	%
a) Si	198	63
b) No	35	11
c) No sabe/ No opina	83	26
Total	316	100

Fuente: Cuestionario sobre el Principio de Proporcionalidad y la Ley 28457
Elaboración: Propia

Gráfico N° 02



Fuente: Tabla N° 02
Elaboración: Propia

En los resultados anteriores se observa que el 63,00% manifiesta que No, es conveniente la existencia de conflictos entre Derechos Fundamentales, dentro de un Ordenamiento Constitucional regido bajo el principio de coherencia, unidad de la Constitución y concordancia práctica; el 26,00% no opina sobre el respecto; y, sólo el 11,00% manifiesta lo contrario.

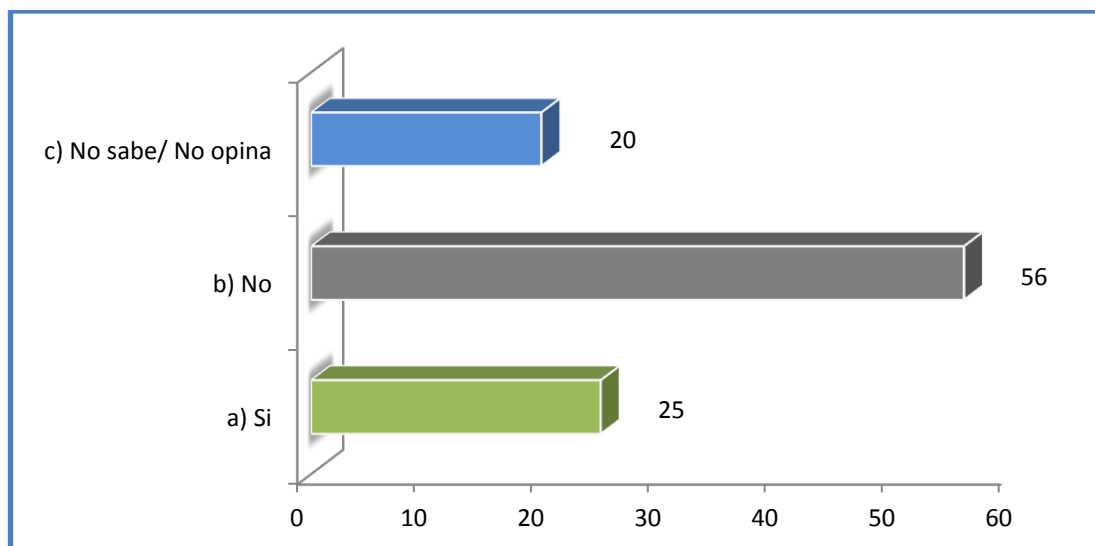
Tabla N° 03

El principio de proporcionalidad ha sido aplicado adecuadamente por el legislador para evitar que el conflicto provocado sea inconstitucional.

Alternativas	f	%
a) Si	78	25
b) No	176	56
c) No sabe/ No opina	62	20
Total	316	100

Fuente: Cuestionario sobre el Principio de Proporcionalidad y la Ley 28457
Elaboración: Propia

Gráfico N° 03



Fuente: Tabla N° 03
Elaboración: Propia

En la tabla y gráfico se puede observar que el 56,00% de los encuestados consideran que el principio de proporcionalidad No ha sido aplicado adecuadamente por el legislador para evitar que el conflicto provocado sea inconstitucional; el 25,00% manifiesta lo contrario; el 20,00% no sabe ni opina al respecto.

Los derechos del accionante no pueden ser sobrepuestos, sobrevalorados frente a los derechos del demandado, siendo estos subvaluados; ni a la inversa. Esta situación sólo genera la inconstitucionalidad de la norma.

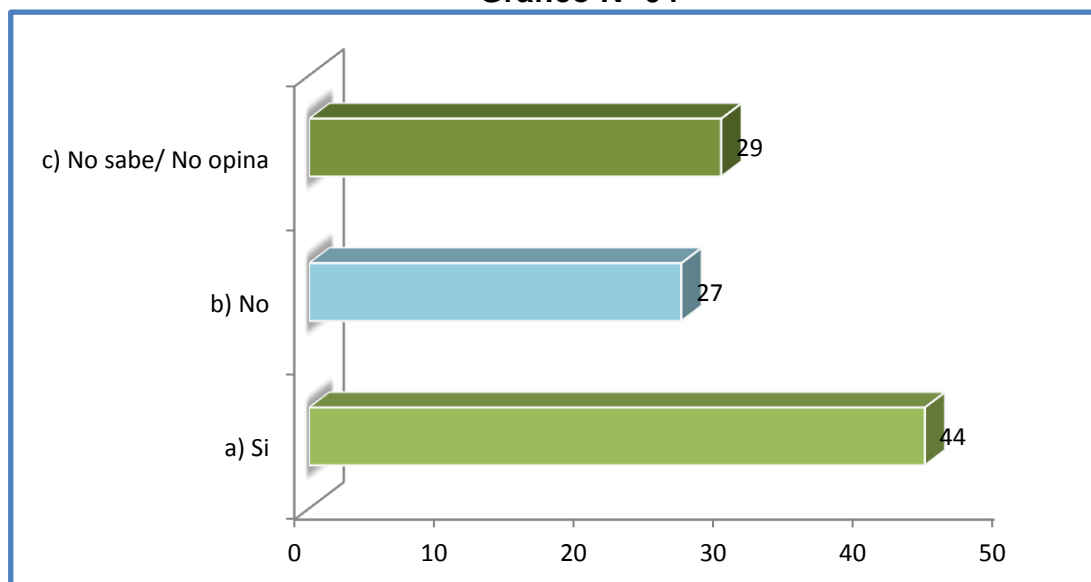
Tabla N° 04

Lo dispuesto en la Ley N° 28457 esto es: la presentación de un medio probatorio de validez absoluta (prueba biológica del ADN), no posibilita el ofrecimiento de ningún otro medio probatorio al demandado.

Alternativas	f	%
a) Si	139	44
b) No	84	27
c) No sabe/ No opina	93	29
Total	316	100

Fuente: Cuestionario sobre el Principio de Proporcionalidad y la Ley 28457
Elaboración: Propia

Gráfico N° 04



Fuente: Tabla N° 04
Elaboración: Propia

Los resultados obtenidos en la tabla y gráfico, nos permiten demostrar que en un mayor porcentaje del 44,00% de los profesionales del derecho manifiestan que lo dispuesto en la Ley N° 28457 esto es: la presentación de un medio probatorio de validez absoluta (prueba biológica del ADN), es cierto no posibilita el ofrecimiento de ningún otro medio probatorio al demandado; el 27,00% no lo considera; y el 29,00% prefiere no opinar al respecto.

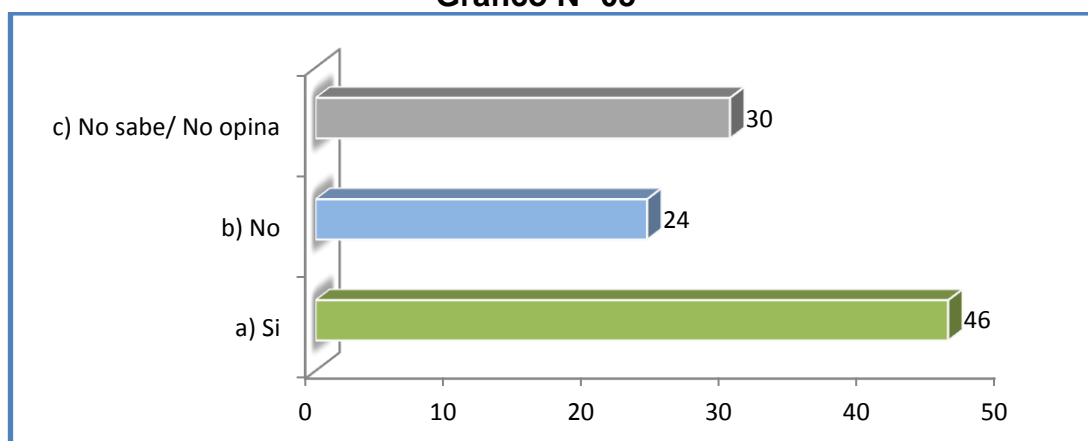
En la ley 28457, la única prueba es la del ADN, por tanto no es posible ofrecer ni actuar otro tipo de medio de prueba pues es prueba plena.

Tabla N° 05
La Ley N° 28457 contraviene el derecho a un debido proceso en el cual debe haber igualdad entre las partes a fin de presentar los medios probatorios que consideren pertinentes para mejor resolver la litis.

Alternativas	f	%
a) Si	145	46
b) No	76	24
c) No sabe/ No opina	95	30
Total	316	100

Fuente: Cuestionario sobre el Principio de Proporcionalidad y la Ley 28457
 Elaboración: Propia

Gráfico N° 05



Fuente: Tabla N° 05
 Elaboración: Propia

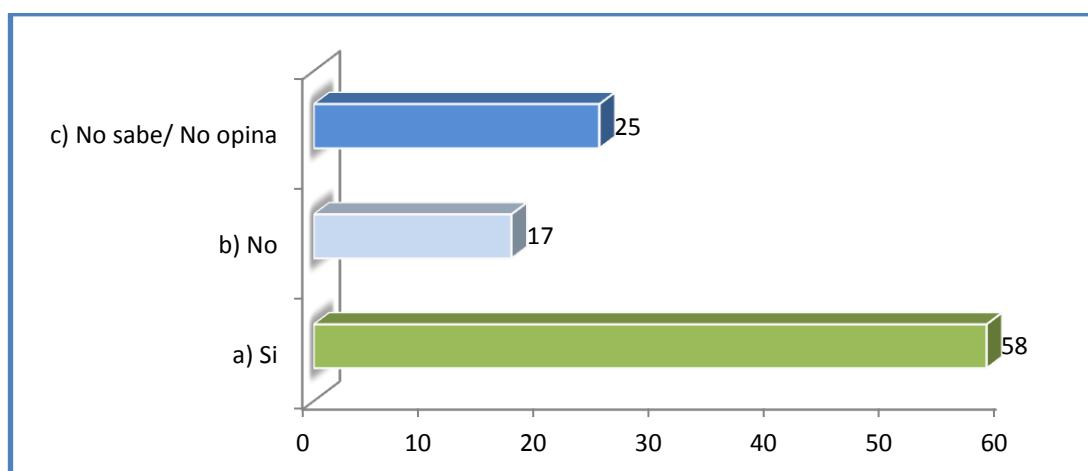
El 46,00% de los profesionales en derecho manifiestan que la Ley N° 28457 contraviene el derecho a un debido proceso en el cual debe haber igualdad entre las partes a fin de presentar los medios probatorios que consideren pertinentes para mejor resolver la litis; el 24% opina lo contrario; y, el 30% prefiere no opinar sobre el respecto. La Ley 28457, sólo permite como medio probatorio la prueba científica del ADN. Asimismo, de acuerdo al artículo 1° de la Ley 28457, si el demandado no formula oposición, se deberá declarar la paternidad, lo cual implica que no se requerirá la actuación de medio probatorio alguno, y la fundamentación de la sentencia, carecerá de valoración de los medios probatorios y tampoco podrá pronunciarse si se ha acreditado los hechos alegados por la parte demandante, en tanto, el referido artículo 1° indica ello, esto evidencia, que se estaría afectando al debido proceso al vulnerarse el principio de motivación de las resoluciones judiciales y el derecho a la prueba, por ende constituiría una violación al debido proceso.

Tabla N° 06
La Ley N° 28457 violenta los derechos fundamentales del presunto progenitor.

Alternativas	f	%
a) Si	184	58
b) No	54	17
c) No sabe/ No opina	78	25
Total	316	100

Fuente: Cuestionario sobre el Principio de Proporcionalidad y la Ley 28457
 Elaboración: Propia

Gráfico N° 06



Fuente: Tabla N° 06
 Elaboración: Propia

El 58,00% de los encuestados, permiten aseverar que la Ley N° 28457 violenta los derechos fundamentales del presunto progenitor; el 17% opina lo contrario; y, el 25% no opina sobre el respecto.

Según Placido, “toda persona tiene derecho a indagar su filiación, a conocerla, a emplazarla, a recibir para ello tutela jurisdiccional efectiva; pero dentro del marco de los medios probatorios que “no implican violación inconstitucional a los derechos de la contraparte”. Por lo que se puede concluir que la Ley N° 28457, en su artículo 1° de la Ley 28457, al fijar el plazo de 10 días para establecer la paternidad, no permite al demandado hacer cumplir su derecho al debido proceso, contraviniendo además su derecho a la intimidad; por lo que se puede comprobar la violentación de los derechos fundamentales del presunto progenitor.

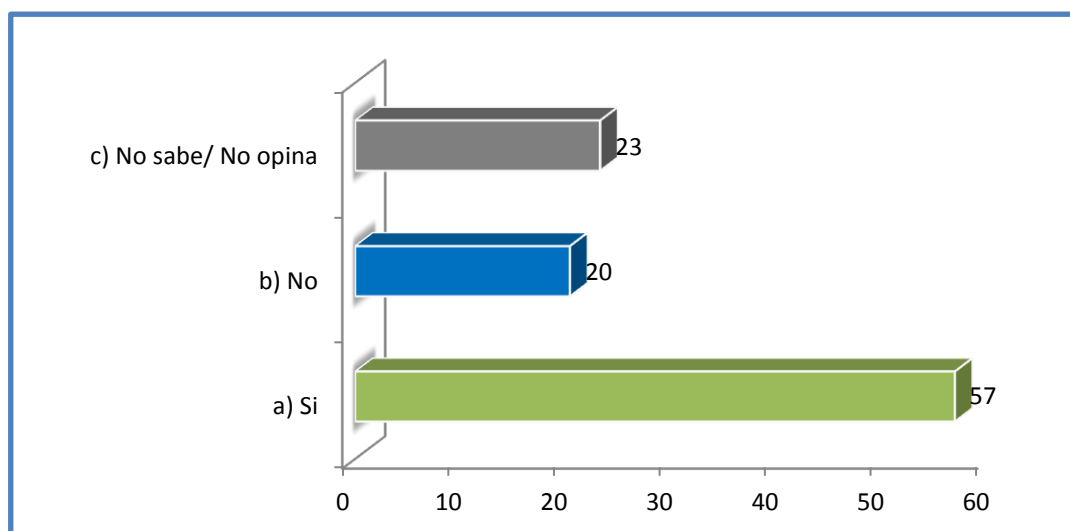
Tabla N° 07

La Ley 28457 vulnera los elementos del debido proceso, como los son: el derecho a la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales.

Alternativas	f	%
a) Si	179	57
b) No	64	20
c) No sabe/ No opina	73	23
Total	316	100

Fuente: Cuestionario sobre el Principio de Proporcionalidad y la Ley 28457
Elaboración: Propia

Gráfico N° 07



Fuente: Tabla N°07
Elaboración: Propia

En los resultados obtenidos en la tabla y gráfico se observa que el 57,00% de los profesionales encuestados consideran que la Ley 28457 vulnera los elementos del debido proceso, como los son: el derecho a la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales; el 20, 00% no lo considera; y el 23,00% prefiere no opinar al respecto.

Esto resultados se deben a que el segundo párrafo del artículo 1° de la Ley 28457; vulnera los elementos fundamentales del debido proceso; como lo son el derecho a la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales; es decir, existen dos normas contrapuestas: el artículo 139, incisos 3 y 5 de la Constitución, con la Ley antes citada.

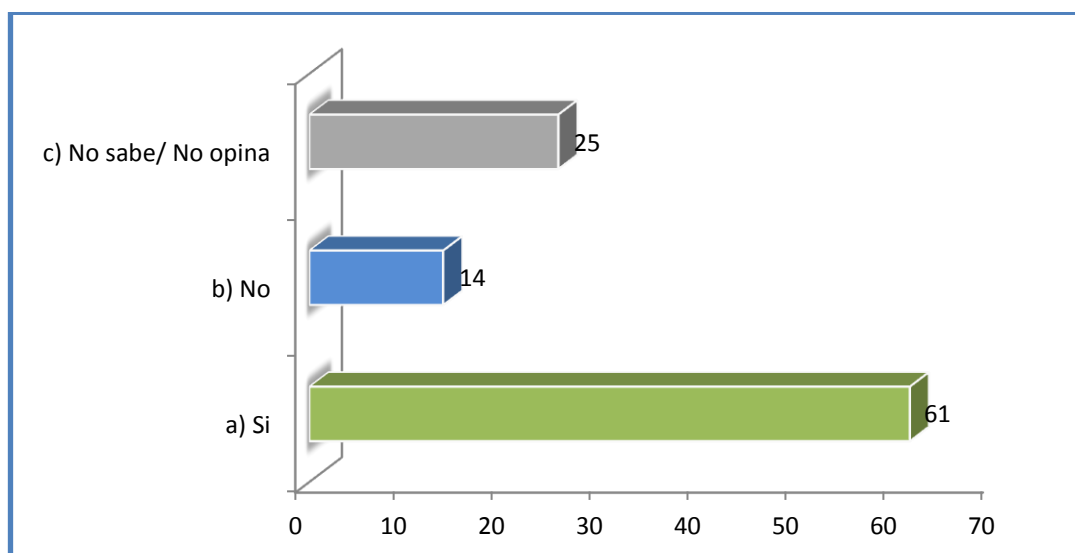
Tabla N° 08

La desproporcionalidad en la Ley N° 28457 genera conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso.

Alternativas	f	%
a) Si	193	61
b) No	43	14
c) No sabe/ No opina	80	25
Total	316	100

Fuente: Cuestionario sobre el Principio de Proporcionalidad y la Ley 28457
Elaboración: Propia

Gráfico N° 08



Fuente: Tabla N°08
Elaboración: Propia

Interpretación:

Los resultados obtenidos en la tabla y gráfico, se puede observar que el 61,00% de los profesionales encuestados manifiestan que la desproporcionalidad de la Ley N° 28457 genera conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso; el 14,00% no lo considera; y, el 25,00% prefiere no opinar al respecto. Estas declaraciones son a consecuencia que la Ley 28457, protege los derechos del menor (derecho a la identidad) a costa de los derechos del progenitor; ya que no le permite actuar según lo establecido en el debido proceso.

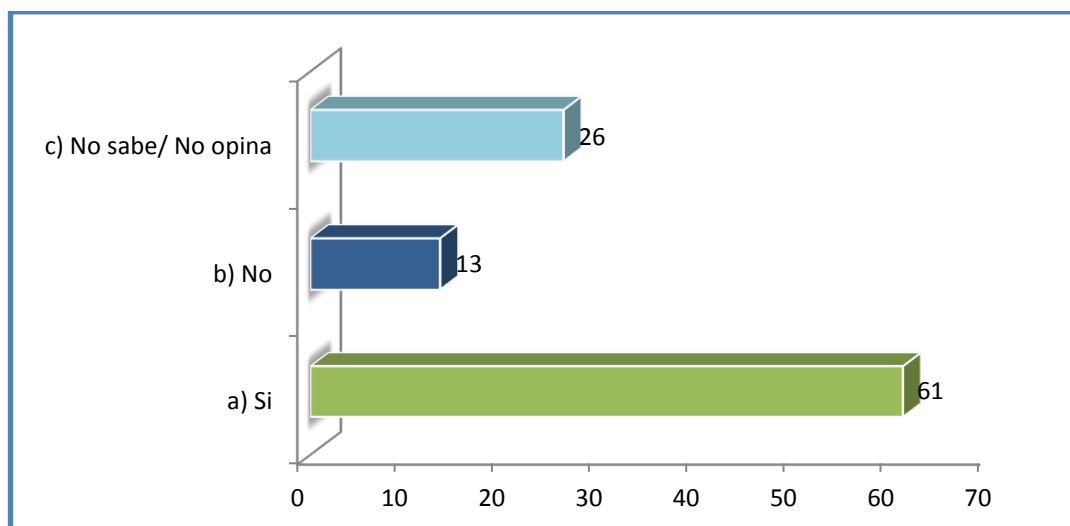
Tabla N° 09

La afectación del Derecho del Debido Proceso hace que la Ley N° 28457 se convierte en inconstitucional.

Alternativas	f	%
a) Si	192	61
b) No	42	13
c) No sabe/ No opina	82	26
Total	316	100

Fuente: Cuestionario sobre el Principio de Proporcionalidad y la Ley 28457
Elaboración: Propia

Gráfico N° 09



Fuente: Tabla N° 09
Elaboración: Propia

Los resultados obtenidos en la tabla y gráfico, se puede observar que el 61,00% de los profesionales encuestados manifiestan que la afectación del Derecho del Debido al Debido Proceso hace que la Ley N° 28457 se convierte en inconstitucional; el 13,00% no lo considera; y, el 26,00% no opina sobre el caso.

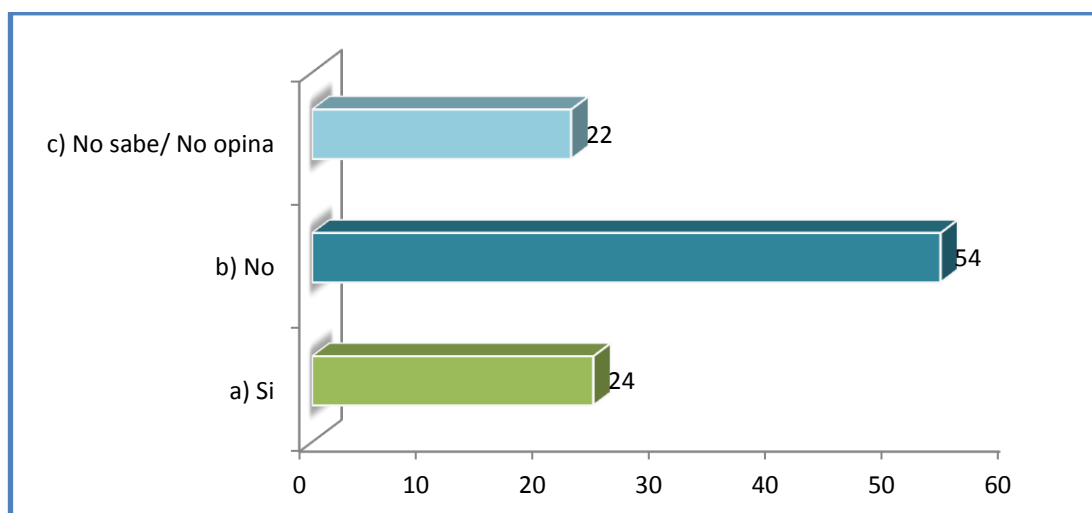
Estos resultados surgen debido a la inadecuada aplicación del debido proceso; lo que ha determinado la transgresión de derechos fundamentales establecidos en la constitución (artículo 139, incisos 3 y 5); por lo que en suma hace que la norma sea inconstitucional.

Tabla N° 10
La Ley N° 28457, representa una solución integral en los procesos de filiación extramatrimonial.

Alternativas	f	%
a) Si	76	24
b) No	170	54
c) No sabe/ No opina	70	22
Total	316	100

Fuente: Cuestionario sobre el Principio de Proporcionalidad y la Ley 28457
 Elaboración: Propia

Gráfico N° 10



Fuente: Tabla N° 10
 Elaboración: Propia

En los resultados anteriores se puede observar que el 54,00% de los profesionales encuestados consideran que la Ley N° 28457, representa una solución integral en los procesos de filiación extramatrimonial; el 24,00% señala lo contrario; y, el 22,00% prefiere no opinar al respecto. Las manifestaciones anteriores permiten concluir que urge la necesidad de plantear modificatorias en la Ley para reducir los índices de violencia familiar en la localidad.

La Ley 28457 de Paternidad Extramatrimonial, no representa una solución integral; en las que claramente los hijos tienen mayores beneficios que los padres; a los cuales no se les permite accionar según lo normado al debido proceso.

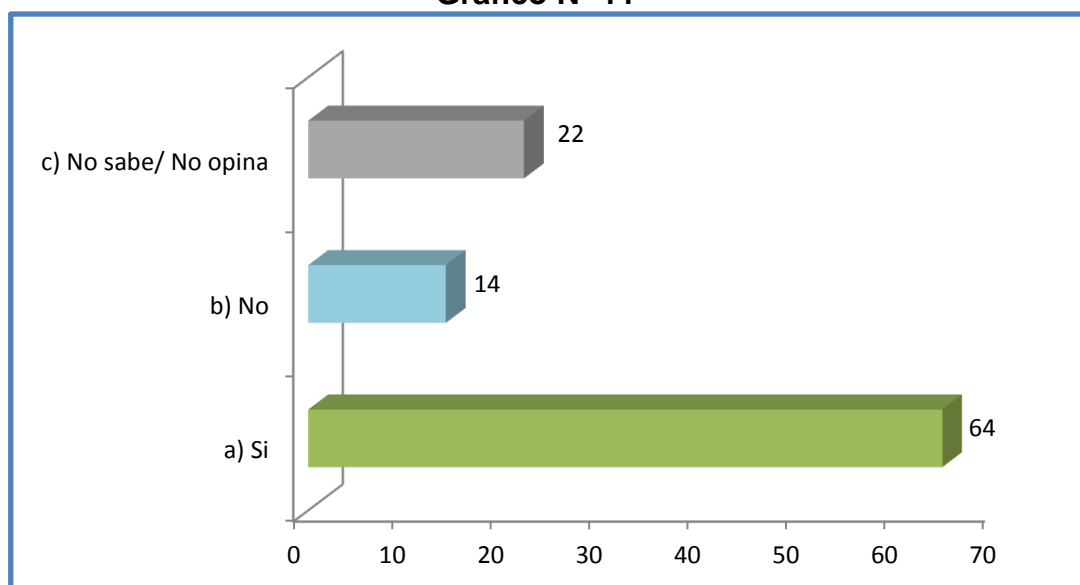
Tabla N° 11

La Ley N° 28457 debe ser sometido al jurídico de proporcionalidad, para solucionar los conflictos entre Derechos Fundamentales.

Alternativas	f	%
a) Si	203	64
b) No	44	14
c) No sabe/ No opina	69	22
Total	316	100

Fuente: Cuestionario sobre el Principio de Proporcionalidad y la Ley 28457
Elaboración: Propia

Gráfico N° 11



Fuente: Tabla N° 11
Elaboración: Propia

Los resultados obtenidos en el tabla y gráfico, se puede observar que el 64,00% de los profesionales encuestados consideran que la Ley N° 28457 debe ser sometido al jurídico de proporcionalidad, para solucionar los conflictos entre Derechos Fundamentales; el 14,00% opina lo contrario; y, el 22,00% prefiere no opinar sobre el respecto.

Es muy importante que a fin de que se llegue a una mejor solución de la litis; la Ley N° 28457 sea sometida al jurídico de proporcionalidad; la que implica determinar si es razonable que se produzca la restricción al derecho fundamental en un grado similar al grado de beneficio con la consecución de la finalidad.

4.3.2 Análisis, e interpretación sobre los procesos sobre filiación extramatrimonial.

A fin de determinar el porcentaje de procesos de filiación extramatrimonial en las que se estableció el reconocimiento inmediato del menor, debido a la aplicación del artículo 1 de la Ley 28457; cuyos resultados son detallados a continuación:

Cuadro N°05: Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial.2006

N°	N° Proceso	Materia	Aplicación de Medio probatorio: Prueba de ADN	Aplicación de Disposición: Artículo 1° de la Ley 28457	Resultado	Derecho Reconocido	Aplicación de Principio de Proporcionalidad	Transgresión de Derechos Fundamentales	Tipo de Derecho trasgredido
1	2006-159	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
2	2006-446	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
3	2006-533	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
4	2006-448	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
5	2006-580	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
6	2006-632	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
7	2006-643	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
8	2006-675	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
9	2006-676	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
10	2006-715	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
11	2006-819	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
12	2006-722	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
13	2006-856	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
14	2006-769	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
15	2006-678	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
16	2006-345	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
17	2006-567	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
18	2006-434	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
19	2006-778	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
20	2006-879	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
21	2006-432	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
22	2006-721	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
23	2006-709	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
24	2006-876	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
25	2006-945	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso

Fuente: Registro de Archivo de la Corte Superior de Justicia de Tacna

Elaboración: Propia

Análisis:

En el cuadro N°05; se puede observar los resultados sobre los Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006.

Los resultados nos demuestran que de veinticinco (25) Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial, en la mayoría de casos se ha dispuesto la aplicación de la Prueba del ADN. Asimismo se observa que en la mayoría de procesos se aplicó lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley 28457, que a la letra dice: Si el aplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Asimismo, se observa que en todos los procesos ha tenido como resultado la Declaración de la Filiación de Paternidad Extramatrimonial; siendo el derecho reconocido el derecho a la identidad; observándose que no se dio la aplicación del principio de proporcionalidad en la ley; habiendo por ende la transgresión de los derechos fundamentales; siendo el derecho vulnerado el debido proceso, al disponerse la aplicación inmediata del artículo 1° de la Ley 28457; así como también por disponerse que el medio probatorio del ADN, constituye el factor fundamental para la disposición de la Filiación de la Paternidad Extramatrimonial.

Cuadro N°06
Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial.2007

N°	N° Proceso	Materia	Aplicación de Medio probatorio: Prueba de ADN	Aplicación de Disposición: Artículo 1° de la Ley 28457	Resultado	Derecho Reconocido	Aplicación de Principio de Proporcionalidad	Transgresión de Derechos Fundamentales	Tipo de Derecho trasgredido
1	2007-108	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
2	2007-137	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
3	2007-159	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
4	2007-171	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
5	2007-207	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
6	2007-231	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
7	2007-237	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
8	2007-335	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
9	2007-370	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
10	2007-413	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
11	2007-436	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
12	2007-486	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
13	2007-784	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
14	2007-809	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
15	2007-828	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
16	2007-839	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
17	2007-840	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
18	2007-856	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
19	2007-933	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
20	2007-967	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
21	2007-996	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
22	2007-734	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
23	2007-761	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
24	2007-654	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
25	2007-768	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
26	2007-653	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	No	No	Si	Debido Proceso

Fuente: Registro de Archivo de la Corte Superior de Justicia de Tacna

Elaboración: Propia

Análisis:

En el cuadro N°06; se puede observar los resultados sobre los Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2007.

Los resultados nos demuestran que de veintiséis (26) Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial, en la mayoría de casos se ha dispuesto la aplicación de la Prueba del ADN. Asimismo se observa que en la mayoría de procesos se aplicó lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley 28457, que a la letra dice: Si el aplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Asimismo, se observa que en la mayoría de procesos ha tenido como resultado la Declaración de la Filiación de Paternidad Extramatrimonial; siendo el derecho reconocido el derecho a la identidad; observándose que no se dio la aplicación del principio de proporcionalidad en la ley; habiendo por ende la transgresión de los derechos fundamentales; siendo el derecho vulnerado el debido proceso, al disponerse la aplicación inmediata del artículo 1° de la Ley 28457; así como también por disponerse que el medio probatorio del ADN, constituye el factor fundamental para la disposición de la Filiación de la Paternidad Extramatrimonial.

Cuadro N°07: Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial.2008

N°	N° Proceso	Materia	Aplicación de Medio probatorio: Prueba de ADN	Aplicación de Disposición: Artículo 1° de la Ley 28457	Resultado	Derecho Reconocido	Aplicación de Principio de Proporcionalidad	Transgresión de Derechos Fundamentales	Tipo de Derecho trasgredido
1	2008-158	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
2	2008-308	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
3	2008-335	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
4	2008-362	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
5	2008-409	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
6	2008-413	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
7	2008-445	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
8	2008-597	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
9	2008-620	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
10	2008-669	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
11	2008-718	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
12	2008-818	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
13	2008-825	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
14	2008-856	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
15	2008-877	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
16	2008-884	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
17	2008-888	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
18	2008-890	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
19	2008-891	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
20	2008-903	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
21	2008-915	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
22	2008-918	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
23	2008-920	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
24	2008-924	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
25	2008-926	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
26	2008-934	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
27	2008-936	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
28	2008-949	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
29	2008-960	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso

Fuente: Registro de Archivo de la Corte Superior de Justicia de Tacna

Elaboración: Propia

Análisis:

En el cuadro N°07; se puede observar los resultados sobre los Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2008.

Los resultados nos demuestran que de veintinueve (29) Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial, en la mayoría de casos se ha dispuesto la aplicación de la Prueba del ADN. Asimismo se observa que en la mayoría de procesos se aplicó lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley 28457, que a la letra dice: Si el aplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Asimismo, se observa que en la mayoría de procesos ha tenido como resultado la Declaración de la Filiación de Paternidad Extramatrimonial; siendo el derecho reconocido el derecho a la identidad; observándose que no se dio la aplicación del principio de proporcionalidad en la ley; habiendo por ende la transgresión de los derechos fundamentales; siendo el derecho vulnerado el debido proceso, al disponerse la aplicación inmediata del artículo 1° de la Ley 28457; así como también por disponerse que el medio probatorio del ADN, constituye el factor fundamental para la disposición de la Filiación de la Paternidad Extramatrimonial.

Cuadro N°08: Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial.2009

N°	N° Proceso	Materia	Aplicación de Medio probatorio: Prueba de ADN	Aplicación de Disposición:Artículo 1° de la Ley 28457	Resultado	Derecho Reconocido	Aplicación de Principio de Proporcionalidad	Transgresión de Derechos Fundamentales	Tipo de Derecho trasgredido
1	2009-519	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
2	2009-534	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
3	2009-533	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
4	2009-548	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
5	2009-550	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
6	2009-565	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
7	2009-573	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
8	2009-575	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
9	2009-534	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
10	2009-545	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
11	2009-548	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
12	2009-552	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
13	2009-556	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
14	2009-569	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
15	2009-576	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
16	2009-584	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
17	2009-592	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
18	2009-594	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
19	2009-598	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
20	2009-599	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
21	2009-602	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
22	2009-621	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
23	2009-649	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
24	2009-676	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
25	2009-678	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
26	2009-682	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
27	2009-712	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
28	2009-726	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
29	2009-744	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
30	2009-760	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
31	2009-762	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso

Fuente: Registro de Archivo de la Corte Superior de Justicia de Tacna

Elaboración: Propia

Análisis:

En el cuadro N°08; se puede observar los resultados sobre los Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2009.

Los resultados nos demuestran que de treinta y uno (31) Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial, en la mayoría de casos se ha dispuesto la aplicación de la Prueba del ADN. Asimismo se observa que en la mayoría de procesos se aplicó lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley 28457, que a la letra dice: Si el aplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Asimismo, se observa que en la mayoría de procesos ha tenido como resultado la Declaración de la Filiación de Paternidad Extramatrimonial; siendo el derecho reconocido el derecho a la identidad; observándose que no se dio la aplicación del principio de proporcionalidad en la ley; habiendo por ende la transgresión de los derechos fundamentales; siendo el derecho vulnerado el debido proceso, al disponerse la aplicación inmediata del artículo 1° de la Ley 28457; así como también por disponerse que el medio probatorio del ADN, constituye el factor fundamental para la disposición de la Filiación de la Paternidad Extramatrimonial.

Cuadro N°09: Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial.2010

N°	N° Proceso	Materia	Aplicación de Medio probatorio: Prueba de ADN	Aplicación de Disposición: Artículo 1° de la Ley 28457	Resultado	Derecho Reconocido	Aplicación de Principio de Proporcionalidad	Transgresión de Derechos Fundamentales	Tipo de Derecho trasgredido
1	2010-158	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
2	2010-308	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
3	2010-335	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
4	2010-362	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
5	2010-409	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
6	2010-413	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
7	2010-445	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
8	2010-597	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
9	2010-620	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
10	2010-669	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
11	2010-718	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
12	2010-818	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
13	2010-849	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
14	2010-856	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
15	2010-877	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
16	2010-884	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
17	2010-891	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
18	2010-897	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
19	2010-916	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
20	2010-923	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
21	2010-955	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
22	2010-968	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
23	2010-970	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
24	2010-974	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
25	2010-976	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
26	2010-982	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
27	2010-984	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
28	2010-992	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
29	2010-995	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
30	2010-965	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
31	2010-972	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
32	2010-974	Filiación Paterna Extramatrimonial	Si	No	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso
33	2010-998	Filiación Paterna Extramatrimonial	No	Si	Declaración de la Filiación Paterna Extramatrimonial	Identidad	No	Si	Debido Proceso

Fuente: Registro de Archivo de la Corte Superior de Justicia de Tacna

Elaboración: Propia

Análisis:

En el cuadro N°09; se puede observar los resultados sobre los Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2010.

Los resultados nos demuestran que de treinta y tres (33) Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial, en la mayoría de casos se ha dispuesto la aplicación de la Prueba del ADN. Asimismo se observa que en la mayoría de procesos se aplicó lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley 28457, que a la letra dice: Si el aplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

En los procesos observados se ha determinado que en el caso de autos se verifica que el demandado no ha formulado contradicción pese a haber sido notificado válidamente, habiendo dejado transcurrir el plazo de ley otorgado para presentar dicha oposición. Así también se manifiesta que, el artículo 412 del Código Civil establece que la resolución judicial que declara la paternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento, los cuales según el artículo 387 del mismo cuerpo legal, son las únicas pruebas de filiación extramatrimonial; por lo que estando a lo dispuesto en la Ley 28457 en su artículo primero, se procede a la declaración de la Filiación de Paternidad Extramatrimonial.

Asimismo, se observa que en la mayoría de procesos ha tenido como resultado la Declaración de la Filiación de Paternidad Extramatrimonial; siendo el derecho reconocido el derecho a la identidad; observándose que no se dio aplicación al principio de proporcionalidad en la ley; habiendo por ende la transgresión de los derechos fundamentales; existiendo la vulneración el debido proceso, al disponerse la aplicación inmediata del artículo 1° de la Ley 28457; así como también por disponerse que el medio probatorio del ADN, constituye el factor fundamental para la disposición de la Filiación de la Paternidad Extramatrimonial.

4.3.3 Análisis de entrevista a magistrados sobre los procesos sobre filiación extramatrimonial.

A fin de determinar si ha generado conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso, por la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad de la Ley N° 28457, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006-2010; se aplicó una entrevista a los magistrados (jueces y fiscales); quienes nos hicieron llegar sus apreciaciones y nos manifestaron lo siguiente:

1. ¿Considera usted que puede existir conflictos entre los Derechos Fundamentales, dentro de un ordenamiento Constitucional regido bajo el Principio de Coherencia, Unidad de la Constitución y Concordancia Práctica? Fundamente.

El conflicto de los derechos fundamentales se da en el ordenamiento constitucional porque de acuerdo a los criterios de las personas, algunos derechos fundamentales priman sobre otros, así por ejemplo para algunos, la libertad es un derecho fundamental de primer nivel, para otros la vida, la identidad.

No se puede establecer con exactitud un orden estricto respecto de los derechos fundamentales.

2. ¿Considera usted que en la Ley N° 28457, rige el principio de proporcionalidad? Fundamente.

No, porque ante la importancia de conocer el origen de una persona, la ley no ha considerado el respeto por el debido proceso del demandado. Por ende el menor ha tenido mayores beneficios; amparados en el Principio Superior del Niño.

- 3. Considera usted que la Ley N° 28457 debe establecer que quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad debe pedir un medio probatorio idóneo. Fundamente.**

En la ley 28457, la única prueba es la del ADN, por tanto no es posible ofrecer ni actuar otro tipo de medio de prueba pues es prueba plena.

- 4. Considera usted que la Ley N° 28457 contraviene el derecho a un debido proceso? Fundamente.**

Si, por que no permite la aplicación de otro medio probatorio. Asimismo se observa que vulnera los elementos fundamentales del debido proceso; como lo son el derecho a la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales.

- 5. ¿Considera usted que la Ley N° 28457 al establecer que “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”; violenta los derechos fundamentales del presunto progenitor? Fundamente.**

Sí, porque no se da la oportunidad al demandado porque no permite al demandado actuar de acuerdo a lo establecido del debido proceso.

- 6. ¿Considera usted que La Ley N° 28457 vulnera el contenido esencial del derecho fundamental del debido proceso? Fundamente.**

Si; al no permitir actuar al debido proceso como un conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

El debido proceso, es el derecho que tiene todo persona a que se ventile y se resuelva su causa con justicia respetando las necesarias garantías legales.

- 7. Considera usted que se afecta el Derecho al Debido Proceso, del demandado la Ley N° 28457 es inconstitucional? Fundamente.**

Si, al no permitir al demandado de ningún otro medio probatorio; además de no permitir el accionar adecuado del Debido Proceso.

- 8. ¿Considera usted que el legislador debe modificar y/o suprimir diversos artículos de la Ley N° 28457, Ley de Filiación Extramatrimonial, con el objeto de convertir el proceso monitorio puro en un proceso sumarísimo? Fundamente.**

Me parece que no, porque la filiación que se debate en proceso no necesita más actividad procesal que la establecida en la ley.

- 9. ¿Considera usted que la Ley 28457 vulnera los elementos del debido proceso, como los son: el derecho a la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales? Fundamente. Porque**

Sí, estos resultados se deben a que el segundo párrafo del artículo 1° de la Ley 28457; vulnera los elementos fundamentales del debido proceso; como lo son el derecho a la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales; es decir, existen dos normas contrapuestas: el artículo 139, incisos 3 y 5 de la Constitución, con la Ley antes citada.

- 10. ¿Considera usted que debe someterse al principio de proporcionalidad la Ley N° 28457, para solucionar los conflictos entre Derechos Fundamentales? Fundamente.**

Sí, porque la Ley 28457 debe buscar la protección de los derechos de ambas partes; esto es la identidad y el debido proceso; esto a fin de evitar el conflicto entre derechos fundamentales.

4.4 Discusión de resultados

La presente investigación determinó que sí ha generado un conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso, la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006-2010. Los resultados del instrumento de medición del cuestionario aplicado a los profesionales del derecho y el análisis de expedientes judiciales, permitieron comprobar que: La inadecuada aplicación del Principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457 ha generado conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso, en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006-2010.

En congruencia, el CERIAJUS. La finalidad de la propuesta procura enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más graves y extendidos en el país, como es: la filiación extramatrimonial.

El Estado no puede ser ajeno a esta realidad donde muchos padres utilizan las dilaciones procesales para evadir sus responsabilidades.

La persona que tenga interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un/a juez de Paz Letrado que expida una resolución declarando la filiación demandada. Si el demandado no formula oposición en el plazo de diez días de haber sido notificado, el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad. En el caso de formular oposición, se suspende el mandato siempre y cuando el demandado se someta y pague la prueba del ADN, dentro de los diez días de la fecha en el que la demandante preste garantía dineraria para el costo de la prueba; si pasado el plazo no se cumpliera con la realización de la prueba, la oposición será declarada infundada y el mandato se convertirá en declaración firme de paternidad.

Luego de la realización de la prueba, si ésta resultara negativa, la oposición será declarada fundada y la demandante será condenada a las costas y costos del proceso. En el caso que la prueba resultara positiva, la oposición será declarada infundada y el mandato se convertirá en declaración firme de paternidad.

4.5. Comprobación de hipótesis

4.5.1 Comprobación de la hipótesis específica “a”

“Existe un alto porcentaje de procesos de filiación extramatrimonial en los que se estableció el reconocimiento inmediato del menor, mediante la aplicación de la prueba del ADN.”

A fin de comprobar la hipótesis planteada, se realizó un análisis de los procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial; empleando para ello una Ficha de Análisis documental; cuyos resultados son mostrados en los cuadros 5, 6, 7, 8 y 9; en donde se puede observar que en la mayor parte de procesos se ha dado el reconocimiento de la identidad del menor a través de la prueba del ADN.

Por lo tanto en función del objetivo e hipótesis propuesta queda comprada la hipótesis específica “a”.

4.5.2 Comprobación de la hipótesis específica “b”

“El principio de proporcionalidad ha sido aplicado inadecuadamente por el legislador generando un conflicto constitucional.”

Para comprobar la hipótesis específica “b” se analizaron los resultados del cuestionario, mostrados en las tablas y gráficos 3, 4, y 6; cuyos porcentajes del 56, 44 y 47%, los encuestados manifiestan que el principio de proporcionalidad ha sido aplicado desproporcionalmente por el legislador generando un conflicto constitucional. Los resultados anteriores fueron corroborados en la entrevista

aplicada a los magistrados; y también con la Ficha de Observación en donde se analizó los procesos de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, correspondiente a los períodos 2006 al 2010.

Por lo tanto en función del objetivo e hipótesis propuesta queda comprada la hipótesis específica “b”.

4.5.3 Comprobación de la hipótesis específica “c”

“La desproporcionalidad de la Ley N° 28457 afecta el Derecho al Debido Proceso.”

Para comprobar la hipótesis específica “c” se analizaron las sentencias de los procesos interpuestos en la cual se observa que los procesos judiciales (cuadros 05, 06, 07,08 y 09) de Filiación de Paternidad Extramatrimonial; se afectó el derecho del debido proceso. Asimismo se analizaron los resultados del cuestionario aplicado sobre Filiación de Paternidad Extramatrimonial; cuyos resultados mostrados en las tablas y gráficos 7, 8 y 9 , se observa que la mayor parte de los encuestados manifiesta que la desproporcionalidad de la Ley N° 28457 viene afectando el Derecho al Debido Proceso.

Por lo tanto en función del objetivo e hipótesis propuesta queda comprada la hipótesis específica “c”.

4.5.4 Comprobación de la hipótesis específica “d”

“Existe urgente necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la Ley N° 28457, para solucionar los conflictos entre Derechos Fundamentales”.

Para comprobar la hipótesis específica “d” se analizaron los resultados de los Procesos de Filiación de Paternidad Extramatrimonial; los cuales fueron analizados en los cuadros 05, 06, 07, 08, y 09; asimismo los resultados del cuestionario mostrados en los tablas y gráficos 05, 07 y 09 se pudo cruzar información cualitativa sobre el respecto; llegándose a concluir sobre la urgente

necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad a la Ley N° 28457 para solucionar los conflictos entre Derechos Fundamentales.

Por lo tanto en función del objetivo e hipótesis propuesta queda comprada la hipótesis específica “d”.

4.5.5 Comprobación de la hipótesis general

“La inadecuada aplicación del Principio de proporcionalidad de la Ley N° 28457 ha generado un conflicto entre el Derecho a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso, en los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Tacna, período 2006-2010”.

La hipótesis de estudio planteada, ha sido verificada en función de las cuatro hipótesis específicas:

- a) Existe un alto porcentaje de procesos de filiación extramatrimonial en los que se estableció el reconocimiento inmediato del menor, mediante la aplicación de la prueba del ADN.
- b) El principio de proporcionalidad ha sido aplicado desproporcionalmente por el legislador generando un conflicto constitucional.
- c) La desproporcionalidad en la Ley N° 28457 viene afectando los Derechos al Debido Proceso, Intimidad e Integridad del demandado.
- d) Existe urgente necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad a Ley N° 28457, para solucionar los conflictos entre Derechos Fundamentales.

Por lo tanto, en función de los objetivos e hipótesis planteadas queda verificada y aceptada la Hipótesis General.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

5.1 Conclusiones

Primera:

Existe un alto porcentaje de procesos de filiación extramatrimonial en los que se estableció el reconocimiento inmediato del menor, con la aplicación de la prueba del ADN.

En el período 2006 al 2010; en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Tacna; se presentaron al menos 229 procesos sobre Filiación de Paternidad Extramatrimonial; de los cuales según la muestra establecida en 144 procesos, se halló que en el 80% de los casos se otorgó la Filiación mediante la Prueba del ADN.

Segunda:

El principio de proporcionalidad ha sido aplicado inadecuadamente por el legislador generando un conflicto constitucional. Los derechos del accionante han sido sobrepuestos, sobrevalorados frente a los derechos del demandado, siendo estos subvaluados; amparados en el Principio del Interés Superior del Niño.

Tercera:

La desproporcionalidad en la Ley N° 28457 afecta el Derecho al Debido Proceso. La Ley 28457, protege los derechos del menor (derecho a la identidad) a costa de los derechos del progenitor; ya que no le permite actuar según lo establecido en el debido proceso; es decir con la debida motivación de las

resoluciones y los medios probatorios adecuados para emitir la sentencia definitiva en los casos que el demandado no se opone a la demanda.

Cuarta:

Existe urgente necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad a la Ley N° 28457, para solucionar los conflictos entre Derechos Fundamentales.

En la Ley N° 28457 no rige el principio de proporcionalidad; puesto que se protege el derecho de identidad del menor, vulnerando el contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso del demandado; por lo que en suma la convierte en inconstitucional.

5.2 Sugerencias

Primera:

La sentencia declaratoria de Filiación de Paternidad Extramatrimonial, debe emitirse en función irrestricta al debido proceso; siendo un principio elemental la motivación de las resoluciones judiciales, la misma que debe contener la fundamentación fáctica, jurídica y la valoración de los medios probatorios adecuados para su declaración definitiva. Sobre todo en el caso que el demandado no se sometió al ADN.

Segunda:

Se sugiere que los Órganos del Poder Judicial, sobre todo en el caso que el demandado no se sometió al ADN, antes de emitir una resolución declarando la filiación extramatrimonial, comprueben fehacientemente que el demandado haya tomado conocimiento oportuno de la demanda interpuesta en su contra, disponiendo la Constatación Domiciliaria, que de cuenta sobre la dirección del demandado. Se debe notificar a los demandados, además del domicilio fijado en la demanda, en los domicilios consignados en la Ficha RENIEC y solicitar un informe al departamento de Migraciones a efectos de tener pleno conocimiento sobre el paradero del demandado, en el Perú o en el extranjero.

Tercera:

El Estado debería contribuir con los gastos que determine la actuación de la prueba de ADN u otra de validez científica en virtud a que sus obligaciones internacionales le determinan no sólo la dación de normas jurídicas a favor de los derechos humanos, sino y principalmente la implementación y provisión de los elementos materiales que los hagan efectivos y reales; así, el Programa Nacional de Asistencia de la Filiación (PNAF) debería ser creado e implementarse (con ayuda de empresas privadas inclusive) con el propósito de

facilitar el acceso de las personas a la prueba de ADN, ejecutando acciones tendientes a obtener el financiamiento y/o abaratamiento de la indicada prueba, gestionando su realización y desarrollando acciones de difusión sobre el uso y características de las pruebas científicas y de los lugares en los cuales se efectúan dicha prueba, debiéndose constituir un fondo en virtud a un tributo, el cual sea asumido por todos los ciudadanos.

Cuarta:

La Ley 28457 debe ser sometida al jurídico de proporcionalidad; a fin de evitar el conflicto entre los derechos fundamentales.

“El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales.

PROPUESTA LEGISLATIVA

LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 1º DE LA LEY No. 28457 – LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACION JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.

ARTÍCULO 1º: MODIFICACION DEL ARTÍCULO 1º de la Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, por el siguiente texto:

“ARTICULO 1º.- De la demanda.

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juez de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada, debiendo ser emplazado en la dirección domiciliaria que se menciona en la demanda y además en la que aparece en la ficha de la RENIEC del demandado, como anexo se acompañara reporte actualizado de la oficina de migraciones. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, se dispondrá Constatación Domiciliaria, que de cuenta sobre la dirección del demandado, además se requerirá a la demandante, para que en el plazo de diez días, acompañe medios probatorios que sustente los hechos expuesto en la demanda y permitan crear certeza al juez, para la expedición de la declaración de paternidad.

ARTÍCULO 2º: Vigencia de la Ley

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano”.

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. EL PROBLEMA

Desde la aplicación de la presente Ley, se aprecia que los juzgados de paz letrado vienen expidiendo resoluciones de “declaración de paternidad” las cuales son impugnadas ante los juzgados de familia, donde se anulan, en razón de haberse efectuado un emplazamiento al demandado de forma defectuosa, por lo que el presente proyecto

trata de garantizar el cumplimiento del emplazamiento al demandado con la demanda interpuesta.

II. ANALISIS COSTO BENEFICIO

La aprobación de la modificación planteada no amerita ningún gasto al Tesoro Público, porque se trata de implementar una norma legal, a fin de beneficiar la buena administración de justicia.

III. EFECTOS EN LA LEGISLACION

Con el presente Proyecto no se crea un nuevo marco jurídico, sino que se busca garantizar el correcto emplazamiento al demandado y de esta forma la expedición de la declaración de paternidad, con las garantías de ley.

IV. RELACION CON EL ACUERDO NACIONAL

La propuesta tiene relación directa con el Artículo 139. 3 de la Constitución Política del Perú sobre el Principio del debido proceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R., (2005) Teoría de los derechos fundamentales, op.cit.,p.48.
- Alza, R. (2007).Derecho Genético Y Del Niño Y Adolescente.
- Arias-, Máx. (1997).Exégesis – TOMO VII. Gaceta Jurídica Editores.
- Bernales, E. (2000). “La constitución de 1993. Análisis Comparado”. Editora RAO-ICS. Quinta Edición. Setiembre 1999. Lima-Perú. Pg. 114.
- Bernal, C. (2005).El principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid.
- Bockenforde.E.-W., (2004).“Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en Escritos sobre derechos fundamentales. Nomos Verla, Baden-Baden, 1993,pp.44-71.
- Ciancardo Juan. (2000). Le conflictivismo en los Derechos Fundamentales. Ediciones Universidad de Navarra Pamplona. España pág. 107.
- Cienfuegos, D.(2003). “EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LOS ACTOS DE IMPOSIBLE REPARACIÓN. *La tesis de la 1ª/J17/2003, sobre admisión de admisión y desahogo de la prueba pericial en genética*”. Revista Lex. México. Núm. 101, noviembre de 2003. P. 47.
- Diaz, H.(1988). Derecho de familia. Ediciones jurídicas del sur. Segunda edición, Arequipa – Perú.
- Esser.J.,(1956).Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen, Möhr, 1956.
- Fernández, F., “La teoría jurídica (...)”, art. Cit pp. 226-235

- García, J. y Jiménez, A. (1986). *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986; ALEXY.R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., pp.506-524.
- Gascón, M.(200). *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, op.cit., p.286.
Cfr asimismo, respaldando esta posición, PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, op.cit., pp147-148.
- Hart H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp.54 et seq.
- Husson, L. "Droits l'homme et droits subjectifs" en *A.P.D.* 26, 1981, 346-379, pp. 350-351.
- Villey, M. *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, Dalloz, París, 1975, pp. 135-136; MASSINI CORREAS, C.I. *Filosofía (...)*, op.cit., p.61..
- Kelsen, H, *Reine Rechtslehre*, (1989) *Teoría pura del derecho* Viena, Deuticke.
- Luchmann, N., *Rechtssoziologie*, tomo I, Reinbek bei Hamburgo, 1972, p.43.
- Austin J.(2006). *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, New York, Burt Franklin, 1970, p.126
- Martínez, A.(2006). *LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL (..)* op.cit. pg87.
- Massini, C.I.(2001). "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos", en MASSINI, C.I. y SERNA, P. (eds.) *El derecho a la vida*, op.cit. 179 – 243. p.183.
- Ollero, A.. (1985). *Principio de igualdad y teoría del derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución*, en *A.D.H.* 4., PP.175 et seq.

Peralta, J. (1996).Derecho de familia en el Código Civil.Lima- Perú .

Pound,R., Jurisprudente, St. Paul (Minnessota), West Publishing, 1959, v.11; “Mi filosofía del derecho”.

Varsi , E. (2006).El Proceso de filiación extramatrimonial. GACETA JURÍDICA. Primera edición. Lima

SITIOS WEB:

1. http://www.amag.edu.pe/files/filiacion_extramatrimonial.ppt
2. <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=216>
3. <http://www.monografias.com/trabajos29/filiacion-extramatrimonial/filiacion-extramatrimonial.shtml>
4. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6514>
5. <http://www.cajpe.org.pe/alertas/alerpp20.htm>
6. <http://japonyol.net/latin/es/codigo-per.html>
7. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2252/18.pdf>

ANEXOS

CUESTIONARIO

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL Y EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL DEBIDO PROCESO. TACNA, 2006-2010.

A.- Introducción

Señor abogado y litigante, el presente cuestionario es parte del trabajo de investigación que tiene por finalidad la obtención de información acerca de los procesos de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial.

B. Datos Generales

1. Sexo:
2. Años de experiencia como abogado:

C. Indicaciones

Al responder cada uno de los ítems marque con un aspa la alternativa que considere conveniente, ya que el presente instrumento de medición servirá de apoyo a nuestra investigación de estudio.

1. **¿Considera usted que debe existir conflicto entre Derechos Fundamentales, dentro de un ordenamiento Constitucional regido bajo el principio de coherencia, unidad de la Constitución y concordancia práctica?**
 - a) Si
 - b) No
 - c) No sabe/no opina
2. **¿Considera usted que el principio de proporcionalidad ha sido aplicado adecuadamente por el legislador para evitar que el conflicto provocado sea inconstitucional?**
 - a) Si
 - b) No
 - c) No sabe/no opina
3. **Considera usted que lo dispuesto en la Ley N° 28457 esto es: la presentación de un medio probatorio de validez absoluta (prueba biológica del ADN), no posibilita el ofrecimiento de ningún otro medio probatorio al demandado.**
 - a) Si
 - b) No
 - c) No sabe/no opina
4. **¿Considera usted que la Ley N° 28457 contraviene el derecho a un debido proceso en el cual debe haber igualdad entre las partes a fin de presentar los medios probatorios que consideren pertinentes para mejor resolver la litis?**
 - a) Si
 - b) No
 - c) No sabe/no opina

5. **¿Considera usted que la Ley N° 28457 violenta los derechos fundamentales del presunto progenitor?**
- a) Si
 - b) No
 - c) No sabe/no opina
6. **¿Considera usted que la Ley 28457 vulnera los elementos del debido proceso, como los son: el derecho a la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales?**
- a) Si
 - b) No
 - c) No sabe/no opina
7. **¿Considera usted que la desproporcionalidad de la Ley N° 28457 genera conflicto entre el Derechos a la Identidad y el Derecho al Debido Proceso?**
- a) Si
 - b) No
 - c) No sabe/no opina
8. **Considera usted que al afectar el Derecho del Debido al Debido Proceso, la Ley N° 28457 se convierte en inconstitucional?**
- a) Si
 - b) No
 - c) No sabe/no opina
9. **¿Considera usted que La Ley N° 28457, representa una solución integral en los procesos de filiación extramatrimonial?**
- a) Si
 - b) No
 - c) No sabe/no opina
10. **¿Considera usted que debe ser sometido al jurídico de proporcionalidad la Ley N° 28457, para solucionar los conflictos entre Derechos Fundamentales?**
- a) Si
 - b) No
 - c) No sabe/no opina

Gracias por su gentil colaboración

ENTREVISTA

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL Y EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL DEBIDO PROCESO. TACNA, 2006-2010.

A.- Introducción

Señor Magistrado, el presente cuestionario es parte del trabajo de investigación que tiene por finalidad la obtención de información acerca de los procesos de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial.

B. Datos Generales

1. Sexo:

2. Años de experiencia como Magistrado:

C. Indicaciones

Al responder cada uno de los ítems marque con un aspa la alternativa que considere conveniente, ya que el presente instrumento de medición servirá de apoyo a nuestra investigación de estudio.

1- ¿Considera usted que puede existir conflictos entre los Derechos Fundamentales, dentro de un ordenamiento Constitucional regido bajo el principio de coherencia, unidad de la Constitución y concordancia práctica? Fundamente.

.....
.....
.....
.....

2- ¿Considera usted que en la Ley N° 28457, rige el principio de proporcionalidad? Fundamente.

.....
.....
.....

.....
.....
3- Considera usted que la Ley N° 28457 debe establecer que quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad debe pedir un medio probatorio idóneo. Fundamente.

.....
.....
.....
.....
.....

4- ¿Considera usted que la Ley N° 28457 contraviene el derecho a un debido proceso? Fundamente.

.....
.....
.....
.....

5- ¿Considera usted que la Ley N° 28457 al establecer que “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”; violenta los derechos fundamentales del presunto progenitor? Fundamente.

.....
.....
.....
.....

6- ¿Considera usted que La Ley N° 28457 vulnera el contenido esencial del derecho fundamental del debido proceso? Fundamente.

.....
.....
.....
.....

7.-Considera usted que se afecta el Derecho del Debido al Debido Proceso, del demandado la Ley N° 28457 es inconstitucional? Fundamente.

.....
.....

.....
.....

8-¿Considera usted que el legislador debe modificar y/o suprimir diversos artículos de la Ley N° 28457, Ley de Filiación Extramatrimonial, con el objeto de convertir el proceso monitorio puro en un proceso sumarísimo? Fundamente.

.....
.....
.....
.....

9-¿Considera usted que la Ley 28457 vulnera los elementos del debido proceso, como los son: el derecho a la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales? Fundamente. Porque

.....
.....
.....
.....

10 -¿Considera usted que debe someterse al principio de proporcionalidad la Ley N° 28457, para solucionar los conflictos entre Derechos Fundamentales? Fundamente.

.....
.....
.....
.....

Gracias por su gentil colaboración