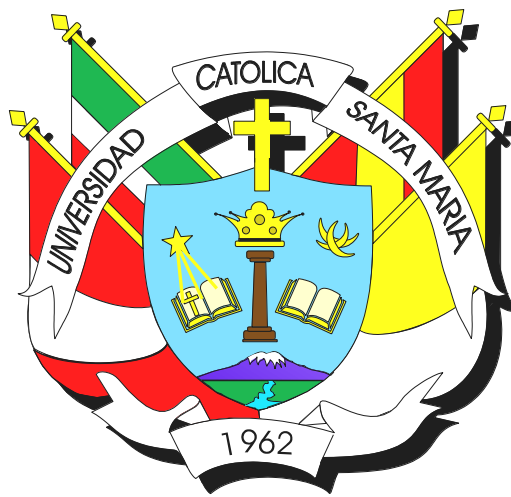


# UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

## ESCUELA DE POSTGRADO MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA



### TESIS

## CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - LEY 28457, EN LOS JUZGADOS DE PAZ LETRADOS DE AREQUIPA

Presentada para optar el grado académico de Magíster en  
Derecho de Familia por la maestrista:

**SILVIA AGUILAR HERMOZA**

**AREQUIPA- PERÙ**

**2006**



**"Nunca se siente más seguro un niño,  
que cuando sus padres lo respetan".**

Ian Blaustone



Dedicatoria:

A Dios por ser la guía en mi camino diario  
a André y Brisita por ser la razón de mi vida,  
a mi madre por darme la vida y el apoyo brindado,  
a mi gran amiga la Dra. Angélita Quijano, por su apoyo y comprensión., y  
a mi hermano por su colaboración.

## ÍNDICE

**PRESENTACIÓN**  
**RESUMEN**  
**SUMMARY**  
**INTRODUCCIÓN**

### **CAPITULO UNICO** **ANÁLISIS DE RESULTADOS**

#### **TÍTULO I**

#### **"CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - LEY 28457 "**

<b>1.- COMENTARIOS GENERALES DE LA LEY Nro. 28457.....</b>	<b>17</b>
<b>1.1.- EVOLUCION DE LA REGULACION NORMATIVA DE LA DECLARACION JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....</b>	<b>19</b>
<b>1.2.- LOS SUPUESTOS QUE DE SER COMPROBADOS JUSTIFICAN LA DECLARACION JUEICAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL (EL ARTICULO 402 DEL CODIGO CIVIL) .....</b>	<b>22</b>
<b>1.3.- LA PRESUNCION DE PATERNIDAD (EL ARTICULO 415 DEL CODIGO CIVIL).....</b>	<b>24</b>
<b>2.- ESTRUCTURA DE DATOS.....</b>	<b>28</b>
<b>2.1.- Cantidad de procesos revisados.....</b>	<b>28</b>
<b>2.2.- Procesos Admitidos, improcedentes y rechazados.....</b>	<b>30</b>
<b>2.3.- Pago de tasas Judiciales.....</b>	<b>31</b>
<b>2.4.- Relación de pareja .....</b>	<b>33</b>
<b>2.5.- Pruebas solicitadas por el Juzgado .....</b>	<b>34</b>
<b>2.6.- Cantidad de Menores de quienes se ha solicitado la filiación .....</b>	<b>35</b>
<b>2.7.- Formas de emplazamiento al demandado.....</b>	<b>36</b>
<b>2.8.- Ofrecimiento de medios probatorios por parte de la demandante.....</b>	<b>38</b>

2.9.- Formuló Oposición el demandado .....	40
2.10.- Demandado que se sometió a la prueba de ADN.....	41
2.11.- Procesos sentenciados.....	42
2.12.- El Juzgado remitió oficio a la Municipalidad correspondiente.....	43

## TITULO II

### LA FAMILIA

1.- GENERALIDADES.....	45
2.- LOS VINCULOS FAMILIARES .....	46
3.- EL MATRIMONIO .....	47
4.- LA DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL.....	48
5.- LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA.....	50
6.- EL DERECHO A LA VERDAD BIOLÓGICA.....	52

## TITULO III

### LA FILIACION

1.- NOCIONES GENERALES DE LA FILIACIÓN .....	54
2.- FUENTES DE LA FILIACIÓN .....	58
3.- CLASES DE FILIACIÓN .....	60
4.- VINCULOS GENÉTICOS.....	61
5.- ACCIONES DE FILIACIÓN .....	62
5.1.- Concepto.....	63
5.2.-Objetivo.....	63
5.3.- Características.....	63
5.4.- Clasificación.....	64
5.5.- Acciones de desconocimiento.....	65
6.- MODOS Y PRUEBA DE LA FILIACIÓN .....	65
7.- FILIACIÓN MATRIMONIAL.....	69
7.1.- Noción general.....	69
7.2.- TEORÍA DE LA CONCEPCION .....	69

<b>7.3.- TEORÍA DEL NACIMIENTO.....</b>	<b>69</b>
<b>7.4.- TEORÍA MIXTA.....</b>	<b>70</b>
<b>7.5.- Presunción legal de paternidad del marido de la madre.....</b>	<b>71</b>
<b>7.6.- Impugnación de la presunción de paternidad matrimonial.....</b>	<b>72</b>

#### **TITULO IV**

#### **LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

<b>1.-GENERALIDADES.....</b>	<b>75</b>
<b>2.- NATURALEZA JURIDICA.....</b>	<b>77</b>
<b>3.- CARACTERES JURIDICOS.....</b>	<b>78</b>
<b>4.- EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO.....</b>	<b>80</b>
<b>4.1.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA.....</b>	<b>81</b>
<b>4.2.- QUIENES PUEDEN RECONOCER Y SER RECONOCIDOS.....</b>	<b>82</b>
<b>4.3.- FORMA DEL RECONOCIMIENTO.....</b>	<b>83</b>
<b>4.4.- EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO.....</b>	<b>84</b>
<b>5.- DECLARACION JUDICIAL DEL VINCULO PATERNO FILIAL .....</b>	<b>86</b>
<b>5.1.- Concepto.....</b>	<b>86</b>
<b>5.2.- Escrito indubitado .....</b>	<b>87</b>
<b>5.3.- Posesión constante de estado.....</b>	<b>88</b>
<b>6.- LA PRUEBA DE ADN.....</b>	<b>92</b>
<b>6.1.- Concepto.....</b>	<b>92</b>
<b>6.2.- Carácter de prueba plena de ADN.....</b>	<b>93</b>
<b>6.3.- La obligatoriedad al sometimiento del ADN.....</b>	<b>94</b>
<b>6.4.- Teoría del fin supremo.....</b>	<b>94</b>
<b>6.5.- Teoría de los derechos de la persona.....</b>	<b>95</b>
<b>7.- REGLAS PROCESALES .....</b>	<b>97</b>
<b>8.- DERECHOS DEL HIJO ALIMENTISTA .....</b>	<b>102</b>

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>104</b>
<b>SUGERENCIAS.....</b>	<b>108</b>
<b>PROPUESTA.....</b>	<b>110</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>113</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>115</b>



## PRESENTACIÓN

Señor Rector de la Universidad “Católica de Santa María” de Arequipa.

Señor Director de la Escuela de Post Grado.

Señor Presidente del Jurado.

Señores Miembros del Jurado.

Pongo a vuestra consideración el trabajo de investigación denominado **“CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - LEY 28457, EN LOS JUZGADOS DE PAZ LETRADOS DE AREQUIPA AÑO 2005”**, con el que pretendo optar el **TÍTULO DE MAGISTRA EN DERECHO DE FAMILIA**.

Esperando que el trabajo de investigación en sus resultados contribuya con los objetivos de la Escuela de Post Grado de nuestra magna Universidad, proyectando la investigación a una realidad concreta y permita tomar conciencia de la gran importancia que se le debe dar al tema del derecho a la identidad que tiene todo ser humano.

Los datos recoleccionados deberá dar hincapié a que se tome conciencia de que no es posible concebir en nuestros tiempos que hayan muchos niños y niñas sin una identidad definida, esto es que no cuenten con el apellido paterno de su padre biológico y sean en muchos casos sólo declarados por la madre, como si sólo la madre tuviera la responsabilidad sobre el menor.

**SILVIA AGUILAR HERMOZA**

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación que pongo en vuestro conocimiento, para obtener el grado de magíster en Derecho de Familia, se denomina *“Consecuencias de la Aplicación de la Nueva Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial - Ley 28457, en los Juzgados de Paz Letrados de Arequipa año 2005”*, a través del cual se va a determinar si realmente la nueva ley cumple con su finalidad cual es el de dar una identidad a un niño o niña, garantizando un debido proceso, sobre todo con respecto al demandado.

Muchos tenemos conocimiento de lo que significa la filiación extramatrimonial, pero no le damos la importancia debida o necesaria, por que hay madres que lejos de buscar una estabilidad emocional de su niña o niño a futuro, dándoles el apellido que realmente les corresponde, se limitan a interponer un proceso de alimentos, buscando únicamente conseguir un amparo económico, que no digo que no este bien, sí esta bien por que también se tiene que proteger económicamente al menor, pero eso no es todo, por que mañana mas tarde, ese niño o niña preguntará **¿quién es mi padre?**, y **¿por qué no tengo su apellido?**, pues lo que se quiere o se pretende con esta investigación es demostrar cuan eficaz resulta la nueva ley o simplemente **no sirve**, por que si bien es cierto esta ley es mas rápida en el sentido de plazo o de tiempo, tiene sus limitaciones que son ajenas a la voluntad de las partes, tal es así que se establece que se ofrezca como prueba el ADN, prueba ésta que está demostrado que al noventa y nueve punto nueve por ciento da un grado de certeza respecto de su resultado, pero esta prueba no es gratis, tiene un costo alto, como es el de \$ 800.00 dólares americanos, al que muchas de las personas o partes demandantes no tienen acceso para poder pagarla, lo que hace que el proceso se estanque o quede paralizado, hasta conseguir dinero.

Se ha observado, como resultado de la presente investigación, que la ley es buena en su texto pero no cumple con su finalidad cual es el de dar una solución a un problema de identidad, de un niño o niña, que ésta ley presenta varios vacíos legales que no están contemplados y que se resuelve según el parecer de cada Magistrado, lo cual no debe permitirse, porque las leyes se dan para que se cumplan y se apliquen, empero creemos que

esta ley debe ser modificada en sus aspectos como una notificación válida al demandado, garantizando el debido proceso, además de otros aspectos como el caso del Auxilio Judicial y el adjuntar la partida de nacimiento con la anotación marginal del menor de quien se solicitó la filiación. .

Es así que para el mejor análisis de dicho tema de investigación, he tomado en cuenta como título único denominado "Consecuencias de la Aplicación de la Nueva Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial - Ley 28457, en los Juzgados de Paz Letrados de Arequipa" y dividido en cuatro Títulos; de los cuales el primero está referido "consecuencias de la aplicación de la nueva ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial - ley 28457, donde se ha desarrollado la Aplicación de la Ley 28457 en los procesos judiciales de filiación extramatrimonial, se tiene en este título los comentarios generales de la Ley 28457, la evolución de la regulación normativa de la declaración judicial de filiación extramatrimonial, los supuestos que de ser probados justifican la declaración judicial de filiación extramatrimonial (el artículo 402 del Código Civil); la presunción de paternidad artículo 415 del Código Civil; aplicación en los procesos y la estructura de datos; el análisis de campo con sus respectivos resultados en base al proceso judicial de Filiación Extramatrimonial que se tramitan en los Juzgados de Paz Letrados de Arequipa.

El título segundo está referido a lo que es la familia, como célula básica de la sociedad, saber que es el matrimonio, la disolución del vínculo matrimonial, la protección constitucional de la familia, el derecho a la verdad biológica.

Como tercer título se ha considerado la filiación, encontrando en éste las nociones generales de la filiación, fuentes de la filiación, clases de filiación, vínculos genéticos, acciones de filiación modos y prueba de la filiación, filiación matrimonial, impugnación de la presunción de paternidad matrimonial

Como Cuarto título la Filiación Extramatrimonial, desarrollando para ello los aspectos generales, la naturaleza jurídica, caracteres jurídicos, el reconocimiento voluntario su

concepto y naturaleza jurídica, quienes pueden reconocer y ser reconocidos, forma del reconocimiento, efectos del reconocimiento, declaración judicial del vinculo paterno filial en donde se desarrolla el concepto, escrito indubitado, posesión constante de estado; la prueba del ADN, como prueba fundamental en los procesos de filiación extramatrimonial, se desarrolla su concepto, carácter de pruebas plena del ADN, la obligatoriedad al sometimiento del ADN, teoría del fin supremo, teoría de los derechos de la persona, así mismo se desarrolla las reglas procesales, y los derechos del hijo alimentista.

Investigación que pongo a vuestra consideración, habiendo establecido de manera clara y concreta el contenido general de la misma.

**La autora**



## SUMMARY

The present investigation work that I put in your knowledge, to obtain the magister degree in family right, is denominated "*Consequences of the application of the new law that regulates the process of judicial filiations of paternity extra matrimonial - law 28457, in the literate tribunals of peace of Arequipa year 2005*", through which will determine if the new law really fulfils its purpose which is the one of giving an identity to a boy or girl, guaranteeing a due process, mainly with regard to the defendant.

Many have knowledge of what means the filiations extra matrimonial, but we don't give him the due or necessary importance for that there are mothers that far from looking for their girl's emotional stability or boy to future, giving them the last name that really corresponds them, is limited to interpose a process of foods, only looking for to get an economic help, that I don't say that not this well, yes this well for that one also has to protect the minor economically, but that everything is not for that tomorrow but it takes, that boy or will girl ask who my father is?, and why don't I have his last name?, because what is wanted or is it sought with this investigation it is to demonstrate how effective the new law is or doesn't it simply serve for that although certain is this law it is but quick in the term sense or of time, does he/she have its limitations that are unaware to the will of the parts, such it is so he/she settles down that he/she offers like test the DNA, proves this that is demonstrated that to the ninety nine point nine percent a degree of certainty gives regarding its result, but this test is not free, does he/she have a high cost, like the one is of \$800.00 American dollars, to the one that many of people or don't parts plaintiffs have access to be able to pay it, does that make that the process stagnates or be paralyzed, until getting money.

It has been observed, as a result of the present investigation that the law is good in its text but it doesn't fulfil its purpose which is the one of giving a solution to a problem of identity, of a boy or girl that this law presents several legal holes that are not contemplated and that he/she is solved according to each Magistrate's view, that which should not be

allowed, because the laws are given so that they are completed and they are applied, but we believe that this law should be modified in their aspects like a notification been worth the defendant, guaranteeing the due process, besides other aspects like the case of the Judicial Aid and attaching the birth certificate with the marginal annotation of the smaller than who the filiations was requested.

It is so for the best analysis of this investigation topic, I have taken into account as title only denominated Consequences of the Application of the New Law that regulates the process of Judicial Filiations of Paternity Extra matrimonial - Law 28457, in the Literate Tribunals of Peace of Arequipa and divided in four chapters; of which the first one is referred to what is the family, as basic cell of the society, to know that it is the marriage, the break up of the I link matrimonial, the constitutional protection of the family, the right to the biological truth.

As second chapter I have considered the filiations, finding in this the general notions of the filiations, sources of the filiations, filiation's classes, genetic bonds, actions of filiation's ways and it proves of the filiations, matrimonial filiations, and objection of the presumption of matrimonial paternity.

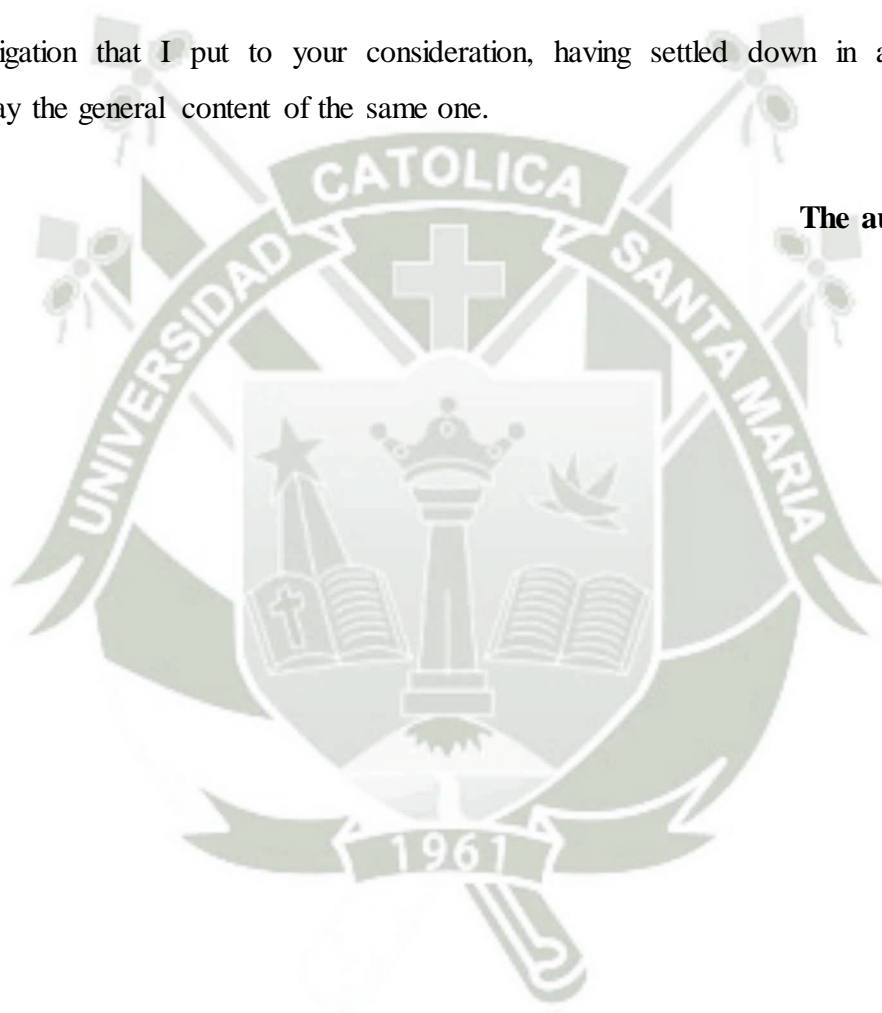
As third chapter the Filiations Extra matrimonial, developing for it the general aspects, the artificial nature, juridical characters, the voluntary recognition their concept and artificial nature who can recognize and to be recognized, it forms of the recognition, effects of the recognition, judicial declaration of the I link paternal branch where is developed the concept, written indebted, constant possession of state; the test of the DNA, like fundamental test in the processes of filiations extra matrimonial, their concept, full character of tests of the DNA, the obligatory is developed to the subjection of the DNA, theory of the supreme end, theory of the person's rights, likewise is developed the procedural rules, and the son's aliments rights.

And as room and last chapter we have to the Application of the Law 28457 in the judicial processes of filiations extra matrimonial, one has in this I surrender the general

comments of the Law 28457, the evolution of the normative regulation of the judicial declaration of filiations extra matrimonial, the suppositions that justify the judicial declaration of filiations extra matrimonial of being proven (the art. 402 of the Civil Code); the presumption of paternity art. 415 of the Civil Code; application in the processes and the structure of data; the field analysis with their respective results based on the judicial process of Filiations Extra matrimonial that are processed in the Literate Tribunals of Peace of Arequipa.

Investigation that I put to your consideration, having settled down in a clear and concrete way the general content of the same one.

**The author**



## INTRODUCCION

El Derecho a tener un nombre es un derecho consagrado por nuestra constitución Política del Estado como un derecho fundamental, de toda persona, pero vemos que este derecho es muchas veces negado a cantidad de niños y niñas, que sin tener culpa de nada, nacen sin gozar de este derecho, lo cual nos parece que en nuestros días no se puede dar, ni concebir ni mucho menos permitir tal infracción a un derecho fundamental, es por ello que me motivo hacer la presente investigación, el cual se denomina **“Consecuencias de la Aplicación de la Nueva Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial - Ley 28457, en los Juzgados de Paz Letrados de Arequipa”**.

El espíritu de la Ley 28457 es el hacer el bien buscando una solución a un problema, pero al considerarse o dársele una mecánica procesal especial a este tipo de procesos que anteriormente se tramitaban por los mecanismos del proceso de conocimiento, ahora en la nueva ley se tramita como un proceso especial, donde se le corre traslado a la parte demandada por el plazo de diez días para que formule oposición y si no lo hace se tendrá o se le considerará padre del menor cuya filiación se persigue.

Existe la necesidad de buscar mecanismos que den o ayuden a las personas a saber su identidad biológica, de donde vienen, quien es su padre, o quien es su madre, a través de procesos que den seguridad jurídica en la determinación de la misma.

Para su desarrollo se ha elaborado un título Único y cuatro títulos, el primero está referido "consecuencias de la aplicación de la nueva ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial - ley 28457, donde se ha desarrollado la Aplicación de la Ley 28457 en los procesos judiciales de filiación extramatrimonial, se tiene en este título los comentarios generales de la Ley 28457, la evolución de la regulación normativa de la declaración judicial de filiación extramatrimonial, los supuestos que de ser probados justifican la declaración judicial de filiación extramatrimonial (el artículo 402 del Código Civil); la presunción de paternidad artículo 415 del Código Civil; aplicación en los procesos y la estructura de datos; el análisis de campo con sus respectivos resultados en

base al proceso judicial de Filiación Extramatrimonial que se tramitan en los Juzgados de Paz Letrados de Arequipa.

El título segundo es la Familia, como célula básica de una sociedad, y lugar donde se desarrolla un niño o una niña aprendiendo a conocerse a si misma y su entorno; un segundo capítulo la Filiación, donde se desarrolla las fuentes de la filiación, las clases de filiación, acciones de filiación, modos y prueba de la filiación, la filiación matrimonial, impugnación de la presunción de paternidad matrimonial; el cuarto título tenemos la filiación extramatrimonial, donde se aborda los temas de la naturaleza jurídica, caracteres jurídicos, reconocimiento voluntario, la declaración judicial del vinculo paterno filial, la prueba de ADN, obligatoriedad a someterse a la prueba de ADN, las reglas procesales, y los derechos del hijo alimentista.

Al termino del Capítulo Único, se formula las conclusiones, respuestas a los indicadores y se dan las sugerencias.

Se plantea una propuesta de modificación y agregados a la Ley 28457, para que esta sea mas viable y cumpla con su finalidad.

Finalmente se presenta la bibliografía que sirvió de soporte teórico y analítico para el desarrollo de la investigación y los anexos correspondientes.

Espero que el desarrollo de la presente investigación contribuya al conocimiento de estudiantes de derecho, magistrados y especialistas en Derecho de Familia, y servirá además para incentivarlos en el estudio de la materia.

Expreso mi profundo agradecimiento a los docentes de la Escuela de Post Grado, de la Maestría de Derecho de Familia a Distancia, que me brindaron formación en el Derecho de Familia, rama ésta tan importante para la formación de una buena sociedad.

**La autora**

## CAPITULO UNICO

### ANÁLISIS DE RESULTADOS

#### TITULO I

#### CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - LEY 28457

##### 1.- COMENTARIOS GENERALES DE LA LEY NRO. 28457

La Filiación Extramatrimonial y en especial el Proceso Judicial de Filiación Extramatrimonial, en nuestra cultura jurídica ha sufrido grandes cambios dentro de los tres formantes del derecho, doctrina, legislación y jurisprudencia, de modo que, si bien es cierto no pretendemos abarcar todas esas transformaciones, sí consideramos oportuno hacer referencia a las que, desde nuestro punto de vista resultan de mayor valía.

Así a nivel legislativo tenemos, que el artículo 348 del Código Civil de 1936 decía:

"Son hijos ilegítimos los nacidos fuera del matrimonio". El término ilegítimo, que se utilizaba comunmente para individualizar al hijo nacido fuera del matrimonio, a quienes incluso se les identificaba como: espurios, formerizos, sacrilego y mánceres<sup>1</sup>, con el correr de los años ha desaparecido y actualmente, al nacido fuera del matrimonio se le denomina hijo extramatrimonial, sin embargo, resulta oportuno señalar, que si bien es cierto la doctrina y legislación actual has superado dicha terminología aún quedan ciertos rezagos, como en el caso del llamado hijo alimentista, contemplado en el artículo 415 del Código Civil, para denotar a quien pide y recibe alimentos no del padre, sino del presunto padre.

Nos queda claro que la única diferencia entre los hijos habidos dentro del matrimonio y los hasta hace muy poco tiempo atrás mal llamados hijos ilegítimos es, que los primeros

nacieron dentro de una unión conyugal (matrimonio), condición que por cierto no afecta ningún derecho patrimonial ni extra patrimonial, ni altera en absoluto su filiación; sin embargo, el solo hecho de haber nacido fuera de dicha unión, no solo les recortaba algunos privilegios, (a quienes no eran reconocidos por el progenitor), sino le impedía conocer su verdadero origen biológico y/o genético, e incluso la legislación llegó a impedir la investigación de la paternidad extramatrimonial, basada en:

1.- La dificultad de Probar; debido a que cuando se trataba de la paternidad no existía medio alguno de probar y acreditar indubitablemente la relación paterno filial, y

2.- La vulneración de la paz, intimidad e integridad de la familia, y es que se suponía que las relaciones extramatrimoniales resultaban inmorales y vergonzantes.

La primera de las causas, *dificultad de probar* en estos tiempos, resulta completamente injustificada, en tanto las pruebas biológicas, pueden con un grado de certeza y probabilidad, cercana al 100%, acreditar la relación paterno filial.

Y por otro lado, no es posible que el ordenamiento jurídico, so pretexto de no perturbar la paz de las familias y perjudicar los derechos del cónyuge o de los hijos habidos dentro de matrimonio, actúe como cómplice del presunto padre, sin dispensar una verdadera tutela al hijo extramatrimonial.

La investigación de la paternidad, a través de nuestro ordenamiento jurídico, ha tenido un tratamiento diferenciado, veamos

- El código Civil de 1852, influenciado por el Código Francés y mas radical aún que el propio Código Napoleón, prohibió no sólo la investigación de la paternidad natural, sino incluso la de la maternidad natural.

---

<sup>1</sup> Cornejo Chavez, Hector, Derecho Familiar PERUANO, Tomo II, Lima 1998. novena edición, Gaceta Jurídica Editores , Pg. 99

- En el Código Civil de 1936, con la regulación de supuestos y presunciones creadas por el derecho existencia de escrito indubitado del padre reconociendo la paternidad o de hallarse el hijo en la posesión de dicho estado, permitió la investigación de la paternidad extramatrimonial.

- En el Código Civil de 1984, esta situación no varió es decir, se permitió la investigación de la paternidad extramatrimonial con los mismos supuestos y presunciones previstos en el Código de 1936, no obstante que en ese año se descubre la aplicación del ADN para verificar el nexo filial.

- Recién en el año de 1999, con la Ley 27048 se incorpora la causal de la evidencia biológica entre el presunto padre y el hijo comprobada a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

- Hoy en día podemos decir, que gracias a la Ley 28457 y en base a la prueba del ADN (su certeza y exactitud), se ha logrado establecer un proceso sin ningún formalismo legal que pretende solucionar el alarmante aumento de niños no reconocidos.

Y aunque no es un dato comprobable, es posible que adecuadamente publicitado el nuevo proceso basado en la prueba biológica del ADN, se logre frenar las relaciones que den origen a niños sin reconocimiento.

### **1.1.- EVOLUCION DE LA REGULACION NORMATIVA DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

El Código Civil establecía, originalmente, en su artículo 402, cinco supuestos que de ser probados justificaban declarar, judicialmente, la filiación extramatrimonial.

Posteriormente y por efecto del avance de la ciencia, se incorporó, mediante la ley 27048 (6 de enero de 1999)<sup>2</sup>, no un supuesto más a los establecidos en el texto original del

---

<sup>2</sup> Ley 27048 normas legales del Peruano, 6 de enero de 1999.

artículo 402 del Código Civil, sino la posibilidad de actuar la prueba del ADN, para demostrar que una persona era el padre biológico de quien pretendía el reconocimiento. Si acaso el demandado no se sometía a la prueba del ADN, el inciso 6 del artículo citado, es decir, el agregado por la ley otorgaba al juzgador la tarea de evaluar, en forma conjunta, la negativa del demandado de someterse a la prueba biológica del ADN, las pruebas presentadas y, la conducta procesal del demandado, para sí y de ser el caso, declararse la paternidad o al demandante como hijo alimentista.

Es este último inciso 6, que fue adicionado por la Ley 27048, el que ha merecido una última modificación mediante la ley 28457 (8 de enero del 2005). Esta modificación se justifica, si acaso queremos encontrar una, por la contundencia de la prueba del ADN y, de seguro el futuro desuso de aquellos supuestos establecidos en los cinco primeros incisos del artículo 402 del Código Civil y, de ser el caso, la destrucción total de la presunción de paternidad establecido en el artículo 415 del mismo código como posibilidad de obtener una pensión alimenticia del presunto padre, puesto que éste puede liberarse de la misma ofreciendo la prueba del ADN para demostrar que no es el padre de quien lo demanda.

En este aspecto se tiene que en la evolución normativa que se ha dado del artículo 402 del Código Civil que fue modificado con la ley 27048, y ahora con la ley 28457, que en su inciso sexto manifiesta que 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.

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

**LA EVOLUCION NORMATIVA SE APRECIA EN EL SIGUIENTE CUADRO**

Código Civil Libro III Derecho de Familia Sección Tercera Título II Capítulo Segundo Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial		
Artículo 402	Artículo 402	Artículo 402
Texto Original	Modificado por Ley 27048	Modificado por ley 28457
La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:	La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:	La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:
1 Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.	1 Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.	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	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	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, si esta casados entre si, hacen vida de tales.	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, si esta casados entre si, hacen vida de tales.	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, si esta casados entre si, hacen vida de tales.
4 En los casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.	4 En los casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.	4 En los casos de violación, raptó 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.	5 En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.	5 En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
6	6 Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN y otras pruebas genética 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	6 Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN y otras pruebas genética o científicas con igual o mayor grado de certeza.  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



	<p>declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415.</p> <p>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 desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.</p>	<p>presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.</p>
--	--	---

Como se aprecia, la modificación implica, antes que el aspecto sustantivo, un aspecto procesal, por que carecía de sentido que en el supuesto de posibilidad de actuación de la prueba del ADN se transite por un proceso largo como es el de conocimiento.

Así a partir de la modificación introducida en el inciso 6) del artículo 402 del Código Civil, se ha creado un nuevo proceso de Filiación, trasladándose incluso la responsabilidad de su tramitación a los jueces de Paz Letrado.

**1.2.- LOS SUPUESTOS QUE DE SER PROBADOS JUSTIFICAN LA DECLARACION JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL (EL ARTICULO 402 DEL CODIGO CIVIL PERUANO)**

Como se ve el artículo 402 del Código Civil, en sus cinco incisos originales se establecen supuestos de hecho que muy bien pueden ser objeto de prueba, para demostrar que en efecto han sucedido en la realidad.

La Ley 27048 que fue la que agregó el inciso 6) al artículo 402 del Código Civil, reconociendo el valor probatorio de la prueba biológica del ADN, como un medio mas para demostrar la filiación extramatrimonial, sin embargo, cabía la posibilidad de que el llamado o tomarse la prueba de ADN, para hacer la pericia o examen correspondiente, se negase a someterse a dicho examen.

En ese caso, el Juez debía evaluar dicha negativa, la conducta procesal del demandado y las otras pruebas que el demandante pudo haber ofrecido. Como se aprecia, había un margen para que el demandado ciertamente pudiese burlar la prueba biológica; en resumen, si no se sometía a la prueba biológica, podía ser declarado padre del demandante sobre la base de una presunción o sólo considerar a éste como hijo alimentista dentro del artículo 415 del Código Civil.

La ley 28457 introduce una importante modificación al inciso 6) del artículo 402 del Código Civil, el mismo que fuera agregado por la Ley 27048. Esta modificación retira del texto original la posibilidad de negativa del demandado a someterse a la prueba biológica del ADN, descartando también por cierto, la posibilidad de que en defecto de dicho sometimiento se proceda a evaluar los tres aspectos que ya hemos mencionado (negativa, conducta procesal y otro medio de prueba).

La declaración sólo se queda en el reconocimiento de la prueba biológica del ADN como medio para probar la paternidad o filiación.

Este sólo reconocimiento es coherente con el nuevo proceso establecido por la Ley 28457, puesto que como ya dijimos si la negativa quedó descartada, al demandado sólo le resta la posibilidad de oponerse a la realización de la prueba biológica del ADN, puesto que de no hacerlo, el efecto inmediato será la declaración de la filiación demandada.

Ante este panorama y la contundencia que ahora tiene la prueba biológica del ADN, es previsible que en el futuro, como ya hemos aventurado en decir, los otros supuestos que contempla el artículo 402 del Código Civil, ya no sean empleados para pretender la declaración judicial de filiación extramatrimonial, puesto que carecen de sentido ante la posibilidad de probar, mediante la prueba del ADN, la filiación que se pretende.

Creemos que si aún están establecidas, son por tres motivos, el primero, que no es fácil admitir que el ADN, obliga a dejarlas de lado, el segundo, por razones económicas, puesto que actualmente el costo de realización de la prueba del ADN es elevado y por ello

existirán siempre personas que prefieran emplear aquellos medios probatorios que puedan llevar al juzgador al convencimiento de que se han producido cualquiera de los supuestos establecidos en los incisos 1 al 5 del artículo 402 del Código Civil, y tercero, por que al menos los escenarios de los incisos 3,4 y 5 serán motivos que justifican la prueba biológica del ADN.

Entonces, cabe preguntarse ¿es razonable mantener vigentes los supuestos establecidos en los incisos 1 al 5 del artículo 402 del Código Civil?, la respuesta es obvia, creemos que no deben mantenerse sino solo los dos primeros, y derogarse los tres siguientes y convertir el derecho establecido en el mencionado artículo en uno solo basado únicamente en la prueba del ADN y en el reconocimiento indubitable del padre (inciso1), así como del reconocimiento tácito (inciso2).

### **1.3.- LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD (EL ARTICULO 415 DEL CODIGO CIVIL)**

El artículo 415 del Código Civil originalmente decía: "fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental".

Esta presunción se justificaba puesto que, ante la inexistencia del ADN como prueba de filiación, alguien podía pretender que su presunto padre, no su padre, es decir, aquél que había mantenido relaciones sexuales con su madre en la época probable de su concepción, le pase una pensión alimenticia. A cambio, ahora, dicha presunción no se justifica como veremos mas adelante, dicho de otro modo, el artículo 415 del Código Civil<sup>3</sup> sino ha muerto, al menos esta agonizando.

---

<sup>3</sup> Código Civil, editora Grijley, 2001 art. 415

Por efecto de la modificación introducida por la Ley 27048 el texto de éste artículo quedó redactado así: " Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental.

El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si estas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo."

Cuando una persona, que podría ser la madre en representación de su hijo menor de edad, u otro representante legal de éste, estuviesen convencidos que no pueden pretender la declaración judicial de paternidad, tienen expedito el camino que brinda el artículo 415 del Código Civil, asumiendo y reconociendo además que la posibilidad de declaración judicial de paternidad está cerrada, para pretender sólo el pago de una pensión alimenticia de aquella persona, que por haber tenido relaciones sexuales, con la madre, en la época probable de la concepción, presumiblemente sea el padre. Es decir, en el marco del artículo 415 del Código Civil cabe probar sólo la presunción de paternidad, mas no la paternidad, puesto que para esto último están los supuestos establecidos en el artículo 402 del Código Civil.

En el escenario descrito, el demandado, quien presumiblemente sea el padre, tiene expedito el derecho de ofrecer como prueba de la inexistencia de la presunción, así hubiese tenido relaciones sexuales con la madre del presunto hijo, el ADN, si el resultado de la prueba resultase negativo, es decir, que la demanda se declarará infundada y por tanto desvanecida la presunción de paternidad sin la imposición de obligación alguna.

Pero, qué es lo que sucede si la prueba del ADN da un resultado positivo, es decir, demuestra que el demandado es el padre biológico del menor demandante. ¿el Juez debe, en este supuesto, declarar fundada la demanda? Es decir, ¿podría declararse fundada la

demanda por presunción de paternidad, cuando de por medio se ha actuado una prueba que acredita la paternidad?.

Al respecto creemos que la demanda de alimentos debe declararse fundada, en principio por que sería ilógico y absurdo postergar el amparo del derecho del hijo a gozar de la asistencia alimentaria del padre. Sin embargo, la Sentencia no declararía fundada la demanda por haberse acreditado la presunción de paternidad, sino la paternidad en sí. Entonces, un proceso iniciado al amparo del artículo 415 del Código Civil, que basa su razón de ser en la presunción de paternidad, podría dar lugar a que en su seno se demuestre la filiación y, entonces, contra natura procesal, tendría que condenarse no al presunto padre, sino al padre a pasar una pensión alimenticia.

En todo caso, cabe otra pregunta ¿será necesario aún transitar por el nuevo procedimiento de declaración judicial de paternidad si en un proceso de alimentos, basado en el artículo 415 del Código Civil se ordenó pasar la pensión alimenticia, no al presunto padre sino al padre?. Al respecto creemos que en este supuesto la solución no es otra que la legislativa.

Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo.

Es oportuno mencionar el hecho de que ninguna persona, en su sano y elemental juicio, inicie una demanda al amparo del artículo 415 del Código Civil, cuando tiene la posibilidad de iniciar uno de declaración judicial de filiación extramatrimonial sobre la base de la prueba biológica del ADN la presunción de paternidad ya es parte de la historia, al existir la posibilidad e demostrar la paternidad o no con este nuevo medio probatorio.

En resumen, acaso debemos buscar una razón para mantener el artículo 415 del Código Civil, es porque muy bien puede ser un medio para lograr la declaración judicial de paternidad, siempre y cuando el demandado opte por someterse a la prueba del ADN y el resultado sea positivo.

Si por el contrario, el demandado opta por no someterse a la prueba de ADN, se arriesga a ser condenado a pasar alimentos a favor de quien que se presume es su hijo, peor no porque lo sea, si ello es así quien en perspectiva y en el tiempo pierde, no es el demandado, sino el presunto hijo que no pudo haber pretendido la declaración judicial de paternidad, pero como optó por el camino del artículo 415 del Código Civil<sup>4</sup>, el juzgado estará que es solo presunto hijo y que cerrada ésta posibilidad de la declaración judicial de paternidad en función de la cosa juzgada, en conclusión transitar hoy en día por el artículo 415 del Código Civil no es recomendable.

**P**

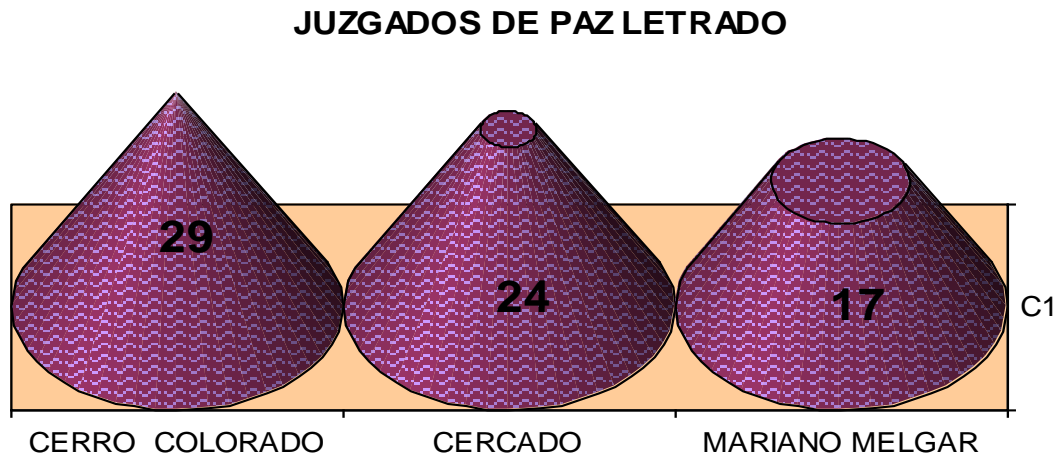
---

<sup>4</sup> Código Civil, editora Grijley 2001 art- 415

## 2.- PRESENTACIÓN DE DATOS

### GRAFICO NRO. 1

#### CANTIDAD DE PROCESOS REVISADOS EN LOS JUZGADOS DE PAZ LETRADO



Fuente: Recolección efectuada por la propia investigadora de los Juzgados de Paz Letrado del Cercado, Cerro Colorado y Mariano Melgar, en Arequipa 11 y 12 de mayo del año 2006.

Del análisis de los expedientes de filiación extramatrimonial que se tramitan por ante los Juzgado de Paz Letrados se ha podido observar que se han revisado 70 procesos de los cuales 29 pertenecen al Juzgado de Paz Letrado de Cerro Colorado; 24 a los Juzgados de Paz Letrado del Cercado de Arequipa y 17 a los Juzgados de Paz Letrado del Módulo Básico de Justicia de Mariano Melgar, observando que en los mismos se ha tramitado los procesos como procesos especiales de filiación extramatrimonial.

Al efectuar el análisis de cada uno de los puntos que se han tomado en cuenta para la revisión de los expedientes notaremos que no todos los procesos se llevan de manera uniforme, ya que como se observará algunos Juzgados consideran tener presente el Certificado de RENIEC para establecer el último domicilio del demandado, así mismo otros Juzgados consideran necesario el emplazamiento del demandado mediante la

Comisaría del sector del domicilio del mismo a fin de no causar indefensión en su derecho y poder estar seguros que el domicilio indicado por la demandante es el correcto.

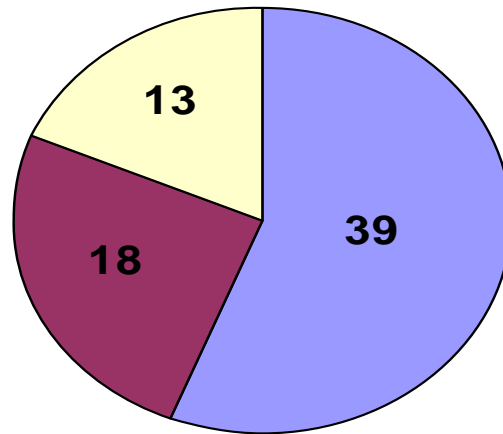
Se ha observado que existe mucha dificultad en el pago de la prueba de ADN debido a su costo elevado, siendo que en muchos de los casos se cumple con los requisitos esenciales y al efectuarse la toma de muestras de sangre existe la dificultad y demora del pago ya que el único laboratorio confiable y de quien se tiene conocimiento que existe imparcialidad es el Laboratorio BIOLINKS.

El citado laboratorio tiene su sede en la ciudad de Lima nombrando para ello peritos que cumplen con la toma de muestras en una Audiencia Especial en el local del Juzgado donde tiene que estar presentes tanto la demandante como el menor y el demandado; existiendo algunos casos que si se ha cumplido con el pago de la prueba de ADN y se ha expedido la sentencia en menos de diez días; y con respecto a los procesos que se encuentran pendientes de la toma de muestras es porque no se ha cumplido con el pago de la prueba y que aún se encuentran en trámite generando más carga procesal y mayor cantidad de expedientes pendientes de ser resueltos.

**GRAFICO NRO. 2**

**CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA: PROCESOS ADMITIDOS, IMPROCEDENTES Y RECHAZADOS**

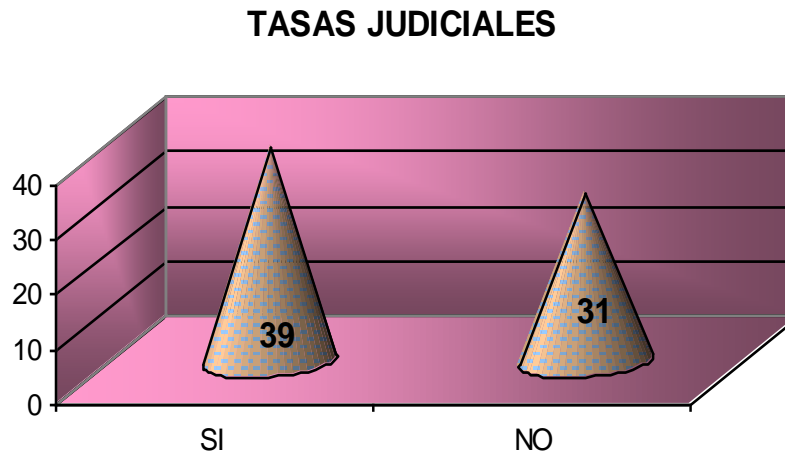
**CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA**



■ ADMITIDOS ■ IMPROCEDENTES □ RECHAZADOS

Fuente: Recolección efectuada por la propia investigadora de los Juzgados de Paz Letrado del Cercado, Cerro Colorado y Mariano Melgar, en Arequipa 11 y 12 de mayo del año 2006.

De los 70 procesos revisados tanto en los juzgado de paz letrados del Cercado, de Cerro Colorado y del Modulo Básico de Mariano Melgar, se han establecido que existen 70 procesos de los cuales 39 han sido admitidos a trámite, siendo que algunos han sido declarados inadmisibles y han sido subsanados en su momento, los mismos que cumplían los requisitos establecidos tanto por ley como por el criterio del Juez y que a la fecha de la recolección de datos solamente han sido sentenciados 12; de igual manera 13 han sido rechazados debido a que al haber sido declarados inadmisibles ya sea por falta de la tasa judicial o por que no ofrecieron los medios probatorios de manera correcta como es el ADN o se encontraba o no existía relación entre el petitorio y los hechos, y no haber sido subsanado los mismos dentro del plazo concedido por el propio juzgado, se les rechazo la demanda; con respecto a los 18 procesos restantes que fueron declarados improcedentes, en algunos casos por la causal de incompetencia, y en otros casos por que no reunían los requisitos fundamentales para la admisión de la demanda.

**GRAFICO NRO. 3****PAGO DE TASAS JUDICIALES**

**Fuente:** Recolección efectuada por la propia investigadora de los Juzgados de Paz Letrado del Cercado, Cerro Colorado y Mariano Melgar, en Arequipa 11 y 12 de mayo del año 2006.

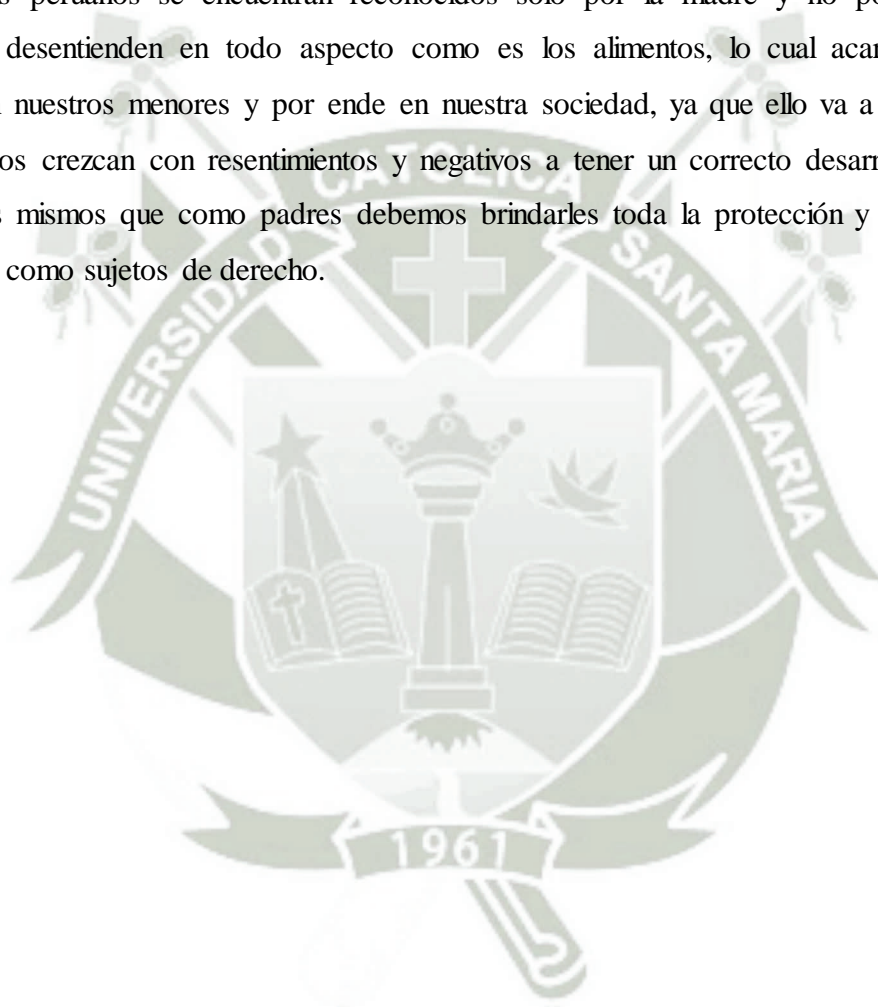
De los 70 procesos revisados se tiene que han sido admitidos por que han cumplido con presentar el pago del arancel judicial por ofrecimiento de pruebas, y en 31 procesos no se ha cumplido con presentar la tasa judicial correspondiente, significando ello una limitación a acceder a la tutela jurisdiccional por lo que debiera concederse el auxilio judicial a la parte demandante a fin de que se le pueda dar el tramite correspondiente a la demanda, correspondiente a la demanda.

Ya que como es de observarse del grafico que se presenta en casi un 40% no se les ha dado el tramite de Ley y se ha dejado de amparar el derecho solicitado por la parte demandante y mas aún tratándose de menores de edad los cuales tienen prioridad tanto a nivel nacional como internacional, en concordancia con el Principio magno del Interés Superior del Niño.

Por ello es necesario establecer como un derecho de defensa el auxilio judicial a fin de que la parte demandante o accionante pueda acceder al proceso de filiación

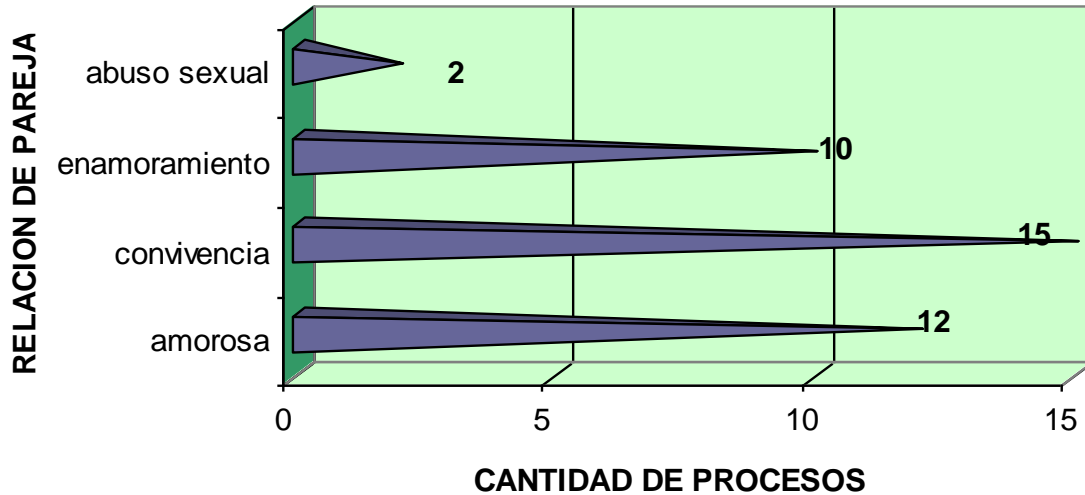
extramatrimonial no irrogándole tantos gastos, ya que con el ofrecimiento de la prueba de ADN, el costo es bastante elevado y no accesible a muchas personas que tienen que cumplir con el pago del mismo a fin de que a los menores de quienes se solicita la filiación se le declare al demandado la paternidad.

Se observa así mismo que se vulnera un derecho fundamental al solicitar que se pague la tasa judicial por ofrecimiento de pruebas, como es el caso a la identificación, ya que muchos peruanos se encuentran reconocidos sólo por la madre y no por el padre, quienes se desentienden en todo aspecto como es los alimentos, lo cual acarrea un total perjuicio en nuestros menores y por ende en nuestra sociedad, ya que ello va a generar que nuestros hijos crezcan con resentimientos y negativos a tener un correcto desarrollo en bien de nosotros mismos que como padres debemos brindarles toda la protección y cuidado que se merecen como sujetos de derecho.



**GRÁFICO NRO. 4**

**TIPO DE RELACION DE LA PAREJA**

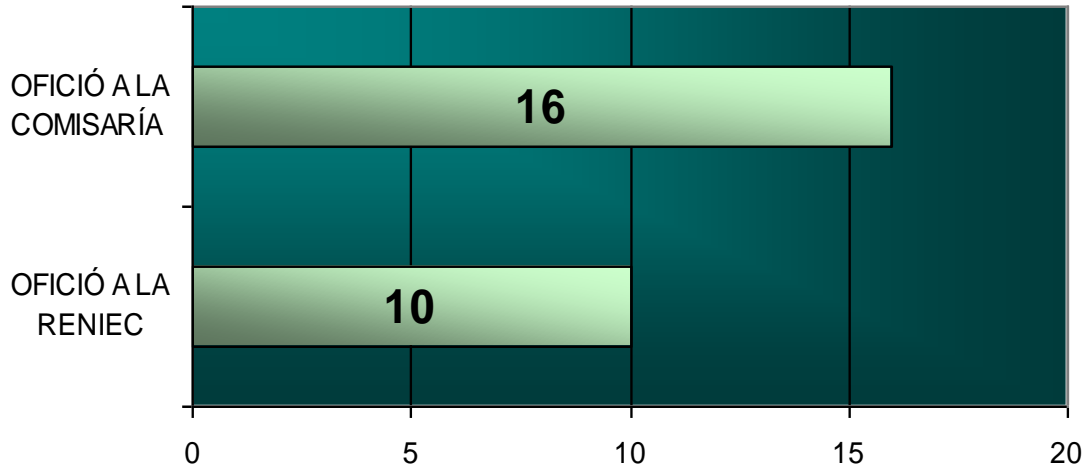


Fuente: Recolección efectuada por la propia investigadora de los Juzgados de Paz Letrado del Cercado, Cerro Colorado y Mariano Melgar, en Arequipa 11 y 12 de mayo del año 2006.

Del grafico que tenemos a la vista, se puede observar que de los 39 procesos admitidos el tipo de relación que mantenían las parejas era variable; 15 procesos se debe a la relación de convivencia que mantenían la pareja, 12 procesos mantenían una relación amorosa que no tenían nada que ver con la convivencia ni con el enamoramiento, 10 con una relación de enamoramiento y dos que fueron por violación sexual, de lo cual podemos analizar que en la mayor parte de procesos se interpone la filiación extramatrimonial en relaciones de carácter duradero como es el caso de la convivencia, y que por razones voluntarias o involuntarias a las mismas parejas no se reconocen a sus hijos en su momento.

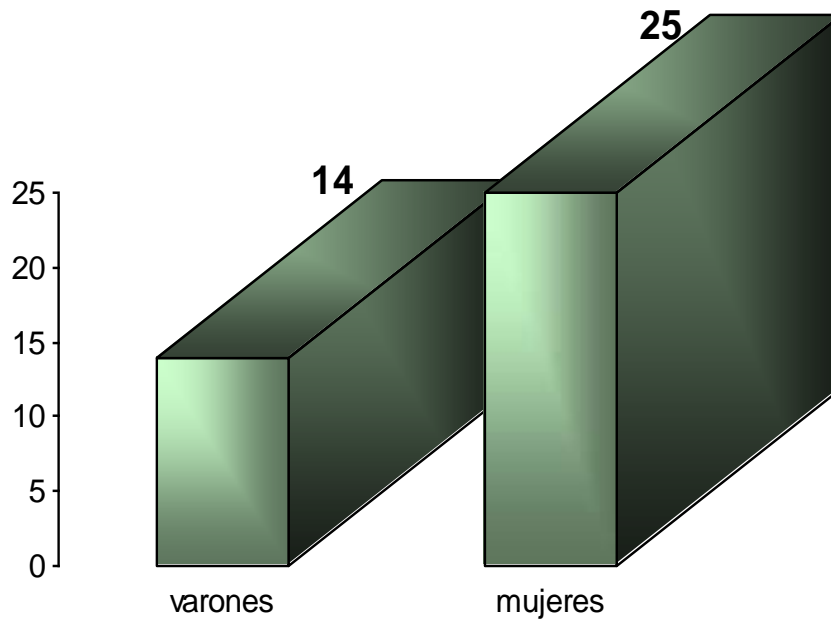
**GRAFICO NRO. 5**

**PRUEBAS SOLICITADAS POR EL JUZGADO**



**Fuente:** Recolección efectuada por la propia investigadora de los Juzgados de Paz Letrado del Cercado, Cerro Colorado y Mariano Melgar, en Arequipa 11 y 12 de mayo del año 2006.

De los 39 procesos solo en 26 procesos se ha tomado en cuenta que en 16 se ha oficiado a la comisaría del sector donde supuestamente viva el demandado y en 10 se ha oficiado a el RENIEC, para saber el ultimo domicilio del demandado o el que aparece en su documento de identidad, lo cual debe ser también regulado por que como es de observarse es a iniciativa del juzgado que se ha oficiado a las comisarías para la ubicación del demandado y para estar de acorde con el principio del debido proceso, además que ello no ha sido solicitado por la parte demandante a fin de no causar indefensión al demandado; las constancias expedidas por el RENIEC, han sido solicitadas en su gran mayoría por el Juzgado iniciativa que debe ser tomada en cuenta para se regulado a fin de establecerlo como medio probatorio obligatorio o como medio de prueba de oficio solicitado por el mismo juzgado y de esta manera crear mayor celeridad y certeza en el emplazamiento al demandado para no caer en nulidades ni en vicios procesales que puedan crear indefensión al demandado.

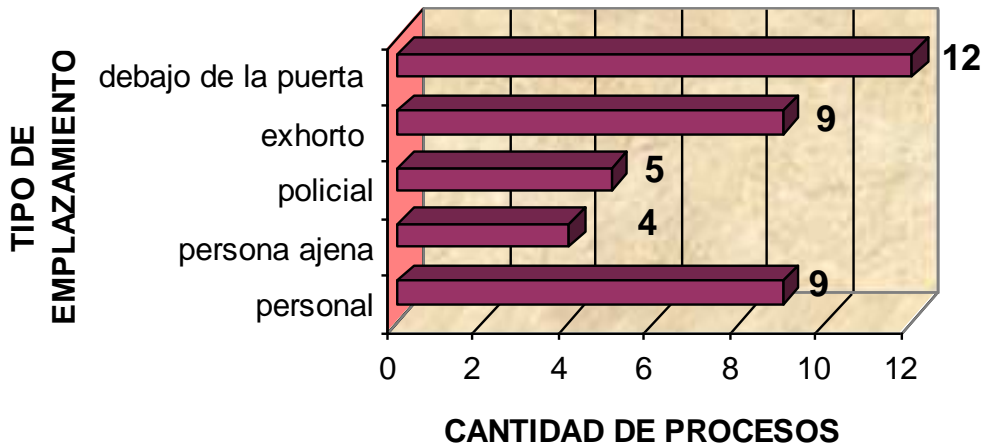
**GRAFICO NRO. 6****CANTIDAD DE MENORES DE QUIENES SE HA SOLICITADO LA FILIACIÓN**

**Fuente:** Recolección efectuada por la propia investigadora de los Juzgados de Paz Letrado del Cercado, Cerro Colorado y Mariano Melgar, en Arequipa 11 y 12 de mayo del año 2006.

De los 39 procesos que fueron revisados 14 procesos fueron respecto a varones sean niños o adolescentes de quienes se solicitó la filiación y los 25 se refieren a mujeres niñas y adolescentes, que también se solicitó la filiación, como se puede observar existe mayor cantidad de niñas o adolescentes de quienes se solicita la filiación siendo ello una estadística que comprueba que existen mayor cantidad de niñas o adolescentes predestinadas a no tener una identificación con la figura paterna, creándose para ello un estandar de crecimiento alarmante en la estadística de procesos de este tipo ya que es la mujer y madre quien interpone la demanda y no así el padre ya que el es el demandado y a quien se le pide la filiación por lo que debería existir campañas de toma de conciencia y de orientación familiar sexual para que el índice de procesos sobre filiación disminuya y crear responsabilidad en todos y cada uno de los miembros de la familia sobre todo de los varones a fin de evitar la promiscuidad y dejar a menores sin una identificación paterna

**GRAFICO NRO.7**

**FORMAS DE EMPLAZAMIENTO AL DEMANDADO**



Fuente: Recolección efectuada por la propia investigadora de los Juzgados de Paz Letrado del Cercado, Cerro Colorado y Mariano Melgar, en Arequipa 11 y 12 de mayo del año 2006.

Del gráfico sobre el emplazamiento al demandado podemos determinar que de los expedientes revisados se toman e cuenta 4 formas de emplazar al demandado como es: debajo de la puerta, que suman a 12, que previamente se efectuó el aviso de notificación lo cual no nos crea total convicción que el demandado haya tomado conocimiento de la demanda.

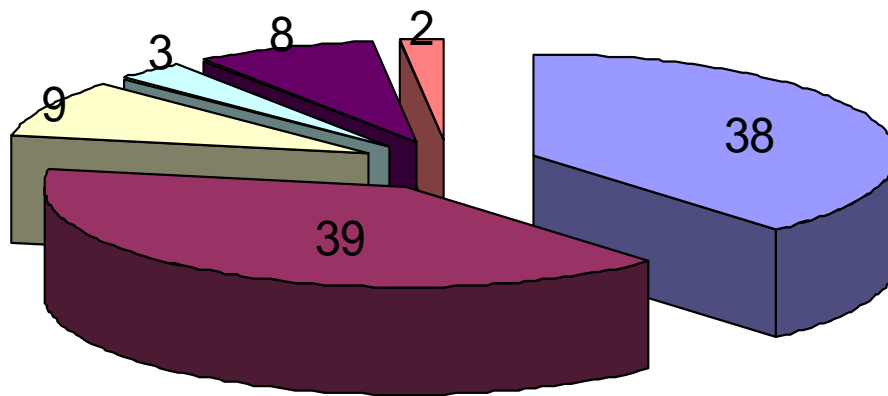
Otra de las formas es mediante exhorto siendo de alguna manera mas eficaz ya que a través de dicha notificación la mayoría de los demandados han tomado conocimiento del proceso de filiación y han podido contestar, oponerse o allanarse a la demanda; sin embargo existen procesos que han sido notificados debajo de la puerta y como se puede observar son nueve procesos tramitados mediante exhorto.

Otro de las formas de emplazamiento han sido mediante la policía aspecto que se debe tomar en cuenta y que ninguna de las partes ha solicitado la notificación mediante la policía, siendo una iniciativa por parte de los juzgados efectuar dicha notificación ya que no se está seguro de que la parte demandante haya dado la dirección exacta del domicilio del demandado a al haberlo dado existen muchas devoluciones de notificación al respecto, siendo la cantidad de procesos de 05 los que han sido notificados mediante la policía o la Comisaría del sector donde vive el demandado y que en un 100% ha dado resultado, de dar con el domicilio exacto del demandado, con lo que no se ha vulnerado el principio del derecho de defensa del mismo.

Otra forma de haber notificado al demandado es habiendo llegado al domicilio del mismo pero ésta ha sido recepcionada por tercera persona ajena al proceso, lo cual si bien es cierto crea indefensión en el demandado pero manifiestan las personas que han recibido la notificación que conocen al demandado, por lo que se cumple con poner en conocimiento del demandado la demanda, tenemos como otra forma de notificación de manera personal, que de los 39 expedientes solo 9 han sido recepcionado de manera personal por el demandado quienes al allanarse, oponerse o contestar la demanda, han hecho uso de su derecho de defensa o bien en otros casos no se han apersonado al proceso.

**GRAFICO NRO. 8**

**OFRECIMIENTO DE MEDIOS PROBATORIOS POR PARTE DE LA DEMANDANTE**



- |          |                         |                      |
|----------|-------------------------|----------------------|
| ■ ADN    | ■ PARTIDA DE NACIMIENTO | □ FOTOS              |
| □ CARTAS | ■ PROCESO ALIMENTOS     | ■ CERTIFICADO RENIEC |

**Fuente:** Recolección efectuada por la propia investigadora de los Juzgados de Paz Letrado del Cercado, Cerro Colorado y Mariano Melgar, en Arequipa 11 y 12 de mayo del año 2006.

De los 39 procesos, solo en 38 se han ofrecido la prueba de ADN y en un proceso que no se ofreció dicha prueba se declaró inadmisibles y al ser subsanado debido a que se ofreció dicha prueba fue admitida a trámite, por lo que debe regularizarse en el sentido de que debe legalizarse la obligatoriedad del ofrecimiento de dicho medio probatorio, también se puede observar que en todos los procesos tramitados los 39 han ofrecido como medio probatorio la partida de nacimiento.

Lo que corrobora el entroncamiento entre la persona que presenta la demanda y de quien se pide la filiación, se han ofrecido como medios probatorios fotos, cartas, procesos de alimentos y certificado de el RENIEC, que a mi parecer son pruebas no contundentes ni

que demuestren la filiación entre el menor y el demandado, no ofreciendo seguridad ni certeza en la paternidad que se solicita.

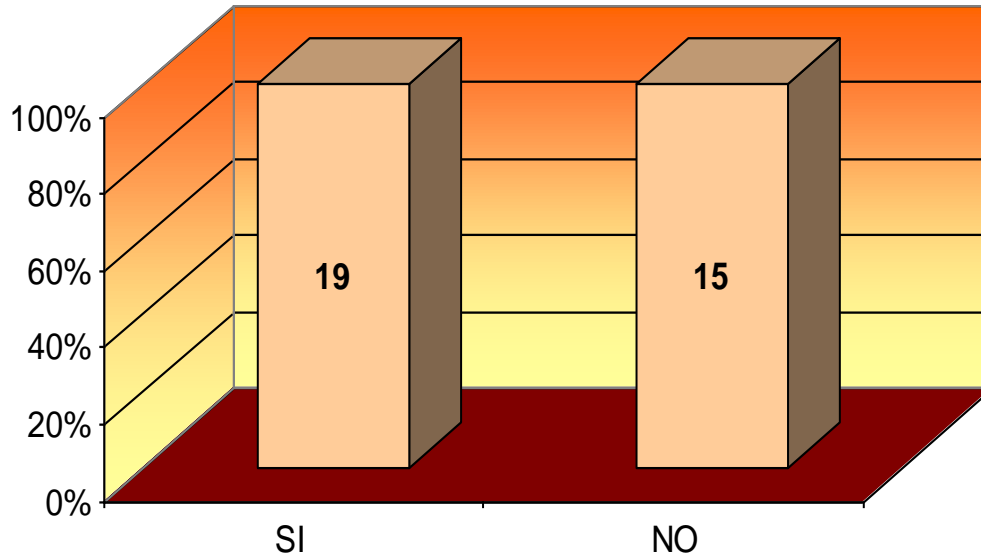
Lo cual no debiera presentarse ya que los únicos medios probatorios suficientes e idóneos para presentar la demanda son la partida de nacimiento y la prueba de ADN.

Con respecto al certificado de RENIEC es muy importante su ofrecimiento sin embargo existen muchas personas que no cuentan con los recursos económicos suficientes para poder pagar dicho medio probatorio por lo que será el Juzgado quien lo solicite de oficio.



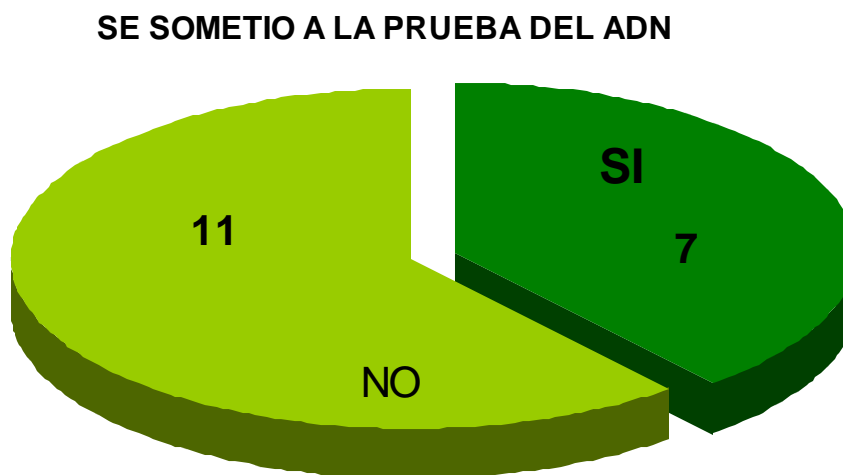
**GRAFICO NRO. 9**

**FORMULÓ OPOSICIÓN EL DEMANDADO**



**Fuente:** Recolección efectuada por la propia investigadora de los Juzgados de Paz Letrado del Cercado, Cerro Colorado y Mariano Melgar, en Arequipa 11 y 12 de mayo del año 2006.

De los 39 procesos 19 se han opuesto a la demanda, manifestando que no conocen a la demandante o que no mantienen ninguna relación con ella o que el hijo de cuya paternidad se solicita no es hijo de él, por lo que se han sometido a la toma de muestras para la prueba del ADN, no en su totalidad pero si en un porcentaje mínimo; 15 de los demandados no se han opuesto a la demanda debido a que no han sido notificados correctamente ya que no se le ha ubicado tomando conocimiento de la demanda, no han ejercido su derecho de defensa, lo cual crea indefensión en el mismo proceso y cierta duda en el proceso, ya que pueda ser de que el emplazado no haya sido debidamente notificado, o que la demandante haya dado un domicilio distinto al que le corresponde, es por ello que es sumamente necesario establecer que la demandante presente un certificado de la RENIEC respecto del ultimo domicilio del demandado o en su caso que el Juzgado lo solicite de oficio a la RENIEC, para no crear duda ni indefensión al demandado.

**GRAFICO NRO. 10****DEMANDADO QUE SE SOMETIÓ A LA PRUEBA DE ADN**

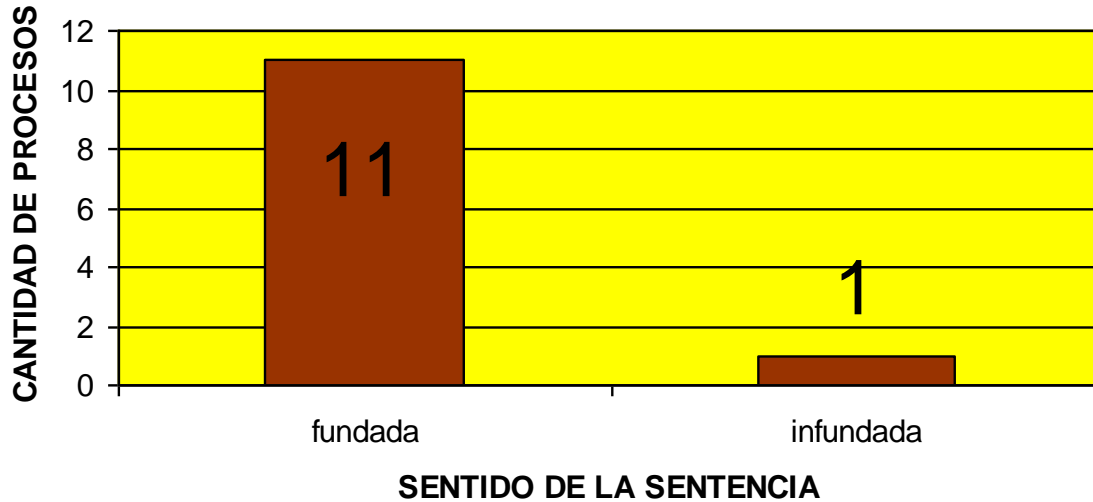
**Fuente:** Recolección efectuada por la propia investigadora de los Juzgados de Paz Letrado del Cercado, Cerro Colorado y Mariano Melgar, en Arequipa 11 y 12 de mayo del año 2006.

De las 18 oposiciones presentadas por los demandados 7 se han sometido a la prueba de ADN, por lo que los Juzgados han sentenciado declarando fundada la demanda, a parte de los procesos que se han allanado.

Con respecto a los procesos en donde los demandados que no se han sometido a la prueba de ADN tenemos en la cantidad de 11, los mismos que determinan que el proceso aun se encuentra en trámite y no ayude a la Administración de Justicia con respecto al principio de Celeridad Procesal, debiéndose ello también a que la parte demandante no cumple con el pago de los derechos respectivos para la prueba de ADN, dificultando que el proceso sea mas rápido y se llegue a una resolución final sea en beneficio o en perjuicio de la parte demandada.

## GRAFICO NRO. 11

### PROCESOS SENTENCIADOS



**Fuente:** Recolección efectuada por la propia investigadora de los Juzgados de Paz Letrado del Cercado, Cerro Colorado y Mariano Melgar, en Arequipa 11 y 12 de mayo del año 2006.

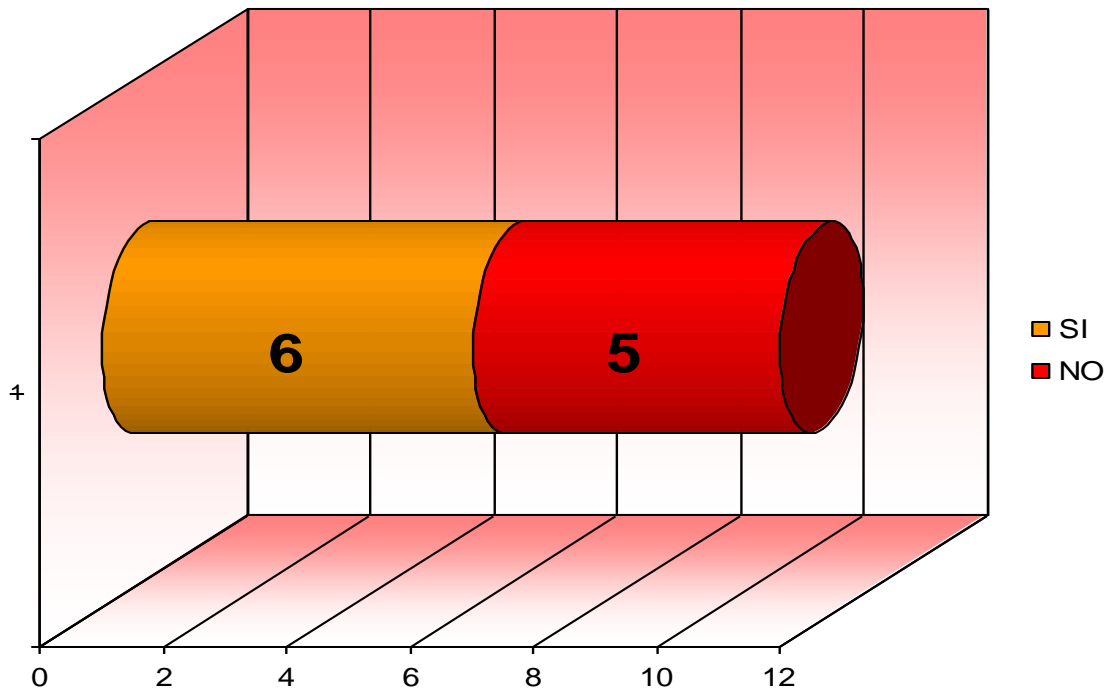
De los 39 procesos tramitados a la fecha 12 fueron sentenciados de los cuales 11 han sido declarados fundada la demanda, debido a que el demandado no ha formulado oposición alguna dentro del plazo señalado por la Ley y concedido por el Juzgado, de igual manera se ha declarado fundada la demanda, por que al haberse puesto en practica la prueba de ADN se ha determinado que el demandado es el padre biológico en un 99.99% , y se ha declarado infundada la demanda, debido a que al practicarse la prueba de ADN tanto el demandado como la demandante y el menor, se ha establecido que el demandado no es el padre biológico, por que los resultados fueron en un 40% negativos.

A la fecha no se han sentenciado los demás procesos debido a que existe aún la tramitación del emplazamiento al demandado o por que la toma de muestras para la prueba de ADN no se han efectuado, resultando ser muy oneroso, el pago de los ochocientos dólares que se exige el laboratorio Biolinks para la elaboración de la prueba de ADN.

**GRAFICO NRO. 12**

**EL JUZGADO REMITIÓ OFICIO A LA MUNICIPALIDAD**

**CORRESPONDIENTE**



**Fuente:** Recolección efectuada por la propia investigadora de los Juzgados de Paz Letrado del Cercado, Cerro Colorado y Mariano Melgar, en Arequipa 11 y 12 de mayo del año 2006.

Como se puede observar de los 11 procesos que han sido sentenciados declarando fundada la demanda, en sólo 6 procesos se ha remitido el oficio a la Municipalidad para efectuar la inscripción marginal correspondiente sin embargo no se ha adjuntado al proceso la partida donde aparezca el demandado como padre del menor de quien se solicito la paternidad, y 5 procesos no se ha oficiado a la Municipalidad para la inscripción marginal correspondiente, sea por que no se han realizado los tramites pertinentes para dicha inscripción o la parte accionante lo ha dejado en ese estado sin tener conocimiento que se debe oficiar a la entidad correspondiente considero que es necesario obligar a las partes a que adjunten la partida de nacimiento con la anotación marginal del menor que se solicito

la paternidad para crear convicción en el Juez que se ha hecho la inscripción correspondiente y que no sea llevado un proceso con sentencia de manera absurda sin ejecutar la misma, por lo que debe regularse al respecto y una vez que se encuentre la partida de nacimiento del menor archivarlo el proceso.



## TÍTULO II LA FAMILIA

### 1.- GENERALIDADES

La familia como célula social es materia de estudio de diferentes disciplinas científicas, según el ángulo del cual sea considerada, sea el sociológico, el económico, el ético, el biológico, el antropológico, o el político; de igual manera la familia es estudiada desde el aspecto jurídico es decir por el Derecho.

La familia es la primera célula de la sociedad; se ofrece con infinidad de variantes a través de la historia y de los diferentes pueblos; siendo indudable que la familia ejerce influencia decisiva sobre la vida entera de la sociedad.

En sentido amplio la familia es "el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad". Esta concepción a la que parece adherirse Enneceerus <sup>5</sup>, tiene una importancia relativamente reducida en el Derecho Familiar, pues, no alcanza o abarca círculo tan vasto de parientes y afines a que hace alusión la mayor parte de las normas doctrinarias y legales, a menos que se le ponga, como en efecto hace el Derecho, límites restringidos en la línea colateral; ignorando la situación de los convivientes que no son casados.

Planiol,<sup>6</sup> dice "en sentido restringido la familia puede ser entendida como el conjunto de las personas que se hallan unidas por el matrimonio o la filiación o como el conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección o con los recursos del jefe de familia.

Frente a todo lo anterior la importancia de la familia es innegable, para la persona natural, para el ser humano individual, cumpliendo una función de protección, de defensa frente a las contingencias y hasta peligros del medio físico, del ambiente y del medio social;

---

<sup>5</sup> Citado por H.. Gustavo Palacio Pimentel. Manual de Derecho Civil tomo II.

la familia es para cada ser humano un refugio frente a la adversidad, a las enfermedades, a la vejez, a la miseria.

Socialmente, para ese mismo hombre, la familia es la célula de toda sociedad; la familia es su primera sociedad; después ya vendrá la Escuela, el taller, la oficina; de ahí su importancia para la persona individual y para la evolución de toda la sociedad.

Es importante darle el sitio que corresponde a la familia, ya que todo depende de ello para que nuestra sociedad surja, ya que una potencia sin familia es un escudero sin su arma, siendo por ello importante que la familia realce por encima de cualquier otro aspecto, ya que de ella va a depender las políticas sociales económicas y hasta religiosas.

## 2.- LOS VINCULOS FAMILIARES

El hombre es un ser conyugal; su fundamento radica en el hecho que como ser social no sólo tiende a unirse en comunidades parentales sino también con otro individuo del sexo opuesto con el objetivo de desarrollarse; siendo que en ambos casos el Derecho reconoce dichas uniones vinculando la primera con la familia y la segunda con el matrimonio. Esta es la razón por la cual la relación antagónica matrimonio - divorcio fue promovido por el Derecho natural.

Por lo tanto, los vínculos familiares se encuentran referidos a la relación de parentesco que existe entre uno y otro integrante de una familia que han nacido de un tronco común y que se va disgregando por las relaciones de afinidad que se van presentando con el transcurso del tiempo, siendo importante establecer los vínculos familiares entre uno y otro sin que se pierda dicho vínculo mucho menos se viole con el no reconocimiento del padre o la madre que ha engendrado un hijo.

Asumiendo del criterio de Ashley Montang tenemos que "el matrimonio puede definirse mínimamente como la unión socialmente confirmada entre el varón y la hembra

---

<sup>6</sup> Citado por H. Gustavo Palacio Pimentel. Manual de Derecho Civil tomo II.

que entran en la presunción de permanencia"<sup>7</sup>; estabilidad, perpetuidad, hasta que la muerte los separe, es la consigna que guía el matrimonio.

La regla es lógica pues la trascendencia de la instrucción lo justifica. Hacernos de otra vida, es decir compartimos con otra persona conlleva a que esas relaciones tengan un espíritu de trascendencia en el tiempo. Sin embargo la indisolubilidad del matrimonio no ha de ser entendida como una regla general pues la unión conyugal puede debilitarse y dejar de cumplir sus fines. A punto tal que resulte mas perjudicial estar unidos que separados.

Los vínculos familiares se encuentran concatenados al matrimonio, ya que se asume una determinada relación mediante la unión del varón y la mujer, lo que no es indiferente a la convivencia, puesto que a través de dicha figura los vínculos familiares van creciendo con mayor afluencia que mediante el propio matrimonio porque la convivencia es mucho más común y práctico que el propio matrimonio.

### 3.- EL MATRIMONIO

El matrimonio es tan antiguo como el propio hombre, sociológicamente, es la institucionalización de las relaciones cuyo sustento está en la unión intersexual reconocida por la ley; para el Derecho, el matrimonio es un hecho jurídico - familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos.<sup>8</sup>

En cierta manera existe unanimidad en que, a través del matrimonio, se garantiza la estabilidad y permanencia de la familia, sin embargo denotamos que ello contrapone a la convivencia, figura que hoy en día se presenta con mayor frecuencia.

---

<sup>7</sup> Montang, Ashley: Humanización del hombre, Caracas Editorial Tiempo Nuevo, 1962,P.143.

<sup>8</sup> Enrique Varsi Rospigliosi Divorcio, Filiación y patria potestad,p.6

Según el doctor Cornejo Chávez, propone su definición del matrimonio la misma que aparece en el artículo 234 del Código Civil vigente, que dice "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

El marido y la mujer tiene en el hogar autoridad consideraciones, derechos y deberes y responsabilidades iguales"<sup>9</sup>.

El matrimonio no es otra cosa que la unión sexual reconocida por Ley, y el hecho de procrear hijos no es implicate más aún que la ley impone deberes a cargo de los padres.

En las diferentes definiciones que han sido dadas del matrimonio, se hace mención a dos fines del matrimonio: a) La procreación y educación de la prole; y, un fin más específico: b) La del mutuo auxilio entre cónyuges y entre padres e hijos.

Se trata de una institución social reconocida en todos los países del orbe y que ostentan notas generales que son características tales como: su unidad, su permanencia y su legalidad.

#### **4.- LA DISOLUCION DEL VÍNCULO MATRIMONIAL**

El divorcio es una creación del Derecho, surge por el cuestionamiento enraizado de que sólo la muerte disuelve el vínculo matrimonial<sup>10</sup>, resultando antagónico dado que el matrimonio, al surgir de la voluntad, debería terminar de la misma forma, es decir, de manera deliberada y en base a la voluntad de ambas partes.

De alguna manera, un sector de la doctrina tomó en consideración las bases del derecho canónico, en el que el matrimonio puede ser declarado inválido como consecuencia de la existencia de vicios al momento de su celebración; siendo necesario permitir la

---

<sup>9</sup> Art. 234 del Código Civil Peruano.

<sup>10</sup> (crf. El ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha. Parte 2da Capitulo XIX, cit. En parte por Castañeda, Jorge Eugenio: El derecho en el Quijote, Lima , Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1975.p.16)

determinación de la unión conyugal por diferencias conyugales, las que impiden la continuidad del matrimonio.

Por su naturaleza institucional rígida e indisoluble, el matrimonio amerita que la ley contemple casos de terminación excepcionales y que las mismas sean decretadas previa probanza por el juez, quien como funcionario del Estado asume una función decisiva en la continuidad matrimonial, y el rol estatal tutivo en el matrimonio.

La disolución del vínculo matrimonial o desintegración de la familia como la denomina Colombet, el cual se presenta como un hecho familiar generador de consecuencias sociales determinantes.

Siendo demostrado Y esto es demostrado por las estadísticas. Según Fernández Baca<sup>11</sup> EL 40% de los divorcios ocurre antes del quinto año del matrimonio y la separación precede generalmente al divorcio por el lapso de uno o dos años. Así las tasas de divorcios son más altas durante los primeros años y los divorcios tardíos son mucho menos frecuentes pues el capital acumulado se hace más valioso si el matrimonio permanece intacto.

Estas estadísticas han sido actualizadas de manera que se ha llegado a decir que "la oferta sexual light que nos hace nuestra cultura es un fraude, la relación afectiva divorciable, que es la única posible actualmente desde un punto de vista legal, fracasa alarmantemente. Una de cada cinco parejas se divorcio a los 5 años. Una de cada tres parejas se divorcia en 10 años. A los 15 años ya se han divorciado el 43% y el 50% no llegan a los 20 años de casados.<sup>12</sup>

Lo que nos permite efectuar un análisis de tiempo, ya que ello va a determinar que en esas disoluciones van a existir hijos no reconocidos y que se va a pedir su reconocimiento vía judicialmente sin que exista la voluntad de hacerlo sin presión o porque efectivamente siendo hijo no lo reconoció por los problemas y burocratización del divorcio.

---

<sup>11</sup> Fernández Baca, Jorge: Sexo, Divorcio y machismo!, en apuntes Nro. 30, primer semestre, Lima 1992.p.19

## 5.- LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

La Constitución de 1979 reguló por primera vez en nuestra tradición constitucional a la familia, debido al proceso histórico de integración mutua entre el dominio privado y el dominio publico; en el que los espacios propios de la sociedad civil y del Estado van superponiendo respectivamente sus fronteras competenciales; asegurando, de esta manera, la incorporación de las principales normas y reglas del mundo civil a la Constitución Política. Pero, también opera el proceso inverso según el cual, la Constitución como expresión de la esfera pública burguesa se desarrolla en el sentido de las tensiones que enfrentan al Estado y a la sociedad; pero de tal manera que al cabo de esta evolución ella queda como parte integrante del dominio privado.<sup>13</sup>

Siendo la familia la sociedad mas natural y originándose en ella la base imprescindible de las relaciones interhumanas primarias; el origen de esta sociabilidad no se encuentra exclusivamente en la exigencia de satisfacer ciertas necesidades vitales, sino que a partir del ejercicio de la sociabilidad humana básica, la familia y sus miembros se abren hacia las demás personas y la sociedad, sentando así los principios de un proceso simultáneo de realización personal y colectiva.

En el modelo constitucional democrático y social, el Estado se reservaba el derecho de ser el gran reasignador del producto social, mediante el fomento o la administración directa de servicios básicos o actividades productivas, así como a través del uso de los reguladores macroeconómicos (tributarios, salarios, cambiarios, comerciales, etc): es decir que incluyeron normas de conducta del Estado para con los agentes económicos, así como derechos sociales y económicos.

Este proceso ha incorporado a nivel constitucional, nuevas realidades y derechos; tales como las formas y causales de separación y de divorcio que establezca la ley, el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia, la paternidad

---

<sup>12</sup> Fernández Baca, Jorge : sexo, Divorcio y machismo, en apuntes Nro. 30, primer semestre, lima 1992. p.19

<sup>13</sup> Jurgen Habermas, L. Espace Public, Archeologie de la publicité commen dimension constitutive de la Socite Burgoise, Paris, Payot 1975 pp.139-152.

responsable; el matrimonio de hecho, si como el derecho de la familia a contar con una vivienda decorosa, a sepultar gratuitamente a sus muertos en cementerios públicos, en caso de familias indigentes, así mismo se reconoce que el Estado esta obligado a proteger a la madre desamparada, y al niño, al adolescente y al anciano ante el abandono económico, corporal y moral.<sup>14</sup>

Las normas constitucionales al constituir proposiciones jurídico - políticas tienen una validez superior a cualquier norma jurídica, por cuanto tienen un origen constituyente, señalándose al "poder constituyente como la facultad soberana del pueblo a darse su ordenamiento jurídico político fundamental originario por medio de una Constitución a revisar ésta, total o parcialmente, cuando sea necesario. En el primer caso el poder constituyente es originario; en el segundo es constituido, instituido o derivativo"<sup>15</sup>

La constitución de 1979, por intermedio de su artículo 60º ultima parte, consagró la igualdad entre la filiación legítima y la ilegítima, al establecer categóricamente que todos los hijos tienen iguales derechos, estando prohibido toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad. Siendo reiterado por la carta de 1993, en su capítulo II (artículo 4 al 7)

El Código Civil de 1984, en cumplimiento del mandato constitucional, ha introducido modificaciones respecto a las filiaciones legítimas e ilegítimas, habiendo comenzado con la denominación, que ha sido sustituida por la nueva de hijo dentro del matrimonio o fuera de él y ya no matrimonial ó extramatrimonial, que según el maestro Cornejo Chávez es mas exacta, por cuanto la anterior implica estar a favor o en contra de la Ley, la que resulta inaplicable en el caso del estatus de los hijos.

Nuestra Constitución Política regula en el Capítulo II con respecto a los Derechos Sociales y Económicos, en sus dos artículos 4 y 5, ocupándose sobre la protección a la

---

<sup>14</sup> Hector Cornejo Chavez "la Familia en la constitucion de 1979 Lima, 1981,pp.23-52

<sup>15</sup> Segundo Linares Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho contitucional Argentino y Comparado, Tomo II, Buenos Aires,1953. P.123.

familia, promoción del matrimonio, manifestando que la Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono; también protegen a la familia y promueve el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la Ley.

Y en su artículo 5 nos habla sobre el concubinato manifestando que es la unión estable de un varón u una mujer, libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Y en lo que se refiere a la filiación tenemos que en el artículo 2 de la Constitución Política señala en su numeral primero que toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica, y física y a su libre desarrollo y el bienestar, el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.<sup>16</sup>

## **6.- EL DERECHO A LA VERDAD BIOLÓGICA**

Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado, esta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción en relación a los progenitores.

De ahí que se establezca que la "filiación humana está basada en la aportación de material genérico con el que se produce la fecundación"<sup>17</sup>; para que surta efectos legales debe ser conocida conforme a Derecho, de manera tal que la filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad de procreación del hombre (reconocimiento. Adopción o posesión constante de estado). Adquiriéndose la calidad de padre o madre.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Constitución Política del Estado, de 1993, Samuel Abad Yupanqui Palestra editores Lima 2005.

<sup>17</sup> Soto Lamadrid, Miguel Ángel: Biogenética, filiación y delito, Buenos Aires Astrea, 1990.p.72.

<sup>18</sup> Rubio Correa, Marcial, LAS REGLAS DEL AMOS EN PROBETAS DE LABORATORIO, Biblioteca de Derecho contemporáneo 2, Lima, Pontificia Universidad de Católica del Perú, Fondo Editorial. 1996.pp. 45 y 46

El problema surge cuando se intenta correlacionar el vínculo biológico con el jurídico; mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento; contraponiéndose hasta cierto punto.

Escapa al derecho la posibilidad de crear un vínculo biológico, solo lo puede reconocer o impugnar, de ahí que el vínculo jurídico no es el elemento creador de la filiación, sino es el elemento calificador y condicionante de la misma.

Existen dos cuestiones elementales en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho biológico de la procreación y el acto jurídico de su prueba.

Estos dos presupuestos básicos relacionados a la filiación, sientan sus bases en las ciencias biológicas, las que tienen como regla establecer que cada hijo tiene necesariamente un padre que lo fecundó y una madre que lo concibió. Sin embargo, para el Derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación.

### TÍTULO III LA FILIACIÓN

#### 1.- NOCIONES GENERALES DE LA FILIACIÓN

La Roma antigua estaba regida por una concepción religiosa donde se consideraba al avenimiento de la prole como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explica por que, con la perpetuación de la prole, se procuraba la existencia de seres que rindiesen culto a sus antepasados.

Tanto el matrimonio con manu con el Sine manu se tuvieron como fuente de legitimidad, al hijo legitimado se le identifico en derechos y obligaciones con el legítimo, mientras que el adoptivo se le coloco en el mismo plano. Y el calificativo de hijo natural se le asigno a la prole de la concubina, distinguiéndose del bastardo proveniente del adulterio, prostitución o incesto a quien con cierta repugnación a Justiniano concedió alimentos; los hijos naturales gozaban del derecho de suceder a sus padres en proporción inferior a los legítimos.

Las legislaciones francesas y española conservan la tradicional distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. La concepción dentro del matrimonio es considerada como elemento distintivo de la filiación legítima. A la prole ilegítima se le agrupó en dos categorías: la natural, proveniente de personas no casadas que hubieran podido hacerlo para la época de la concepción y la adulterina e incestuosa.

El derecho español prevé una categoría de hijos extramatrimoniales no contemplada en el derecho francés: la de los sacrílego, nacidos de religiosos ligados por votos sagrados.

Este razonamiento se arribó a la prohibición de investigar la filiación pero, en concesión a la tradición, solo se vedó la investigación de la paternidad y no de la maternidad.

La investigación de la paternidad fue rechazada en casi todas las legislaciones del siglo pasado excepto de Austria, Dinamarca, España, Noruega, Prusia y Suecia.

Inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial se presentan los primeros visos de adecuación de este criterio siendo fortalecido, o mejor dicho difundido, por los movimientos feministas llegándose a definir a nivel legislativo por los organismos internacionales después de la Segunda Guerra Mundial, etapa en la que surge un nuevo Derecho de Familia, y en especial una estructura de la filiación liberal.

A nivel doctrinal existen diversas acepciones de filiación, tomando en consideración su trascendencia en la persona, en la familia y en la sociedad. Así la filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes; y por otra, en sentido estricto, es aquella que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ellos.

Planiol y Ripet dicen que la filiación es la relación que existe entre dos personas<sup>19</sup>, de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Méndez Costa, la define como "el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado"<sup>20</sup>. Para Cicu es el estado cuya característica es "que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no solo con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres". Según Doménico Barbero la "filiación es, ante todo, el hecho de la generación por nacimiento de una persona, llamada hijo, de otras dos personas, a quienes se llama progenitores"<sup>21</sup>.

Por su parte partiendo de que la procreación es obra del padre y de la madre, Espin Canovas, manifiesta que la filiación es aquella "relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera"<sup>22</sup> en igual sentido Schmidt y Veloso, quienes complementan, nos dicen que la filiación "constituye un

---

<sup>19</sup> Planiol Marcel y Ripet, Georges: *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1984, t.I Nro. 1280,p.454.

<sup>20</sup> Mendez Costa, María Josefa: *La filiación*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1986. P.13..

<sup>21</sup> Barbero Doménico: *Sistema del Derecho Privado*, Buenos Aires, EJE, 1967, t.II.P.18.

<sup>22</sup> Espin Conovas, Diego: *Manual de Derecho Civil español*, 7ma edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, vol.IV, p.338.

vínculo jurídico, quizá uno de los más importantes que el derecho contempla, por que de él derivan un conjunto de derechos, deberes, funciones y en general, relaciones entre dos personas, que en muchos casos perduran por toda la vida siempre este nexo jurídico va acompañado de un vínculo sentimental profundo y duradero".<sup>23</sup>

En la doctrina nacional moderna se ha dicho que la filiación es la más importante relación de parentesco y que partiendo de una realidad biológica, cual es la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos <sup>24</sup>

La filiación es la condición sine qua non para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra.

Es una forma de estado de familia, implicando un triple estado: estado jurídico, asignado por la ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; estado social, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas; estado civil, implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad, de manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación<sup>25</sup> constituyendo esta el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial. Los términos paternidad y filiación expresan calidades correlativas, esto es: aquella, la calidad de padre; y ésta, la calidad de hijo<sup>26</sup> .

A pesar de las marcadas características de cada uno de estos términos, la corriente jurídica que postuló la igualdad entre los hijos ha llevado a abolir toda diferencia entre

---

<sup>23</sup> Schmidt, Claudia y Veloso, Paulina: La filiación en el nuevo derecho de familia, Santiago, Editora Jurídica Conosur, 2001, P.81.

<sup>24</sup> Arias Schreiber Pezet, Max Arias Schreiber Montero, Angela, Varsi Rospiblosio, Enrique: Exégesis, Lima, Gaceta Jurídica, 2001, T.VIII, P.11.

<sup>25</sup> Vila Coro Barrachina, María Dolores: Introducción a la biojurídica, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1995, p.154.

<sup>26</sup> Escriche, Joaquín: Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Paris, Librería de Ch. Bouret, 1884, p.203.

paternidad y filiación<sup>27</sup> a efectos de no determinar el modo, circunstancias, tiempo y forma como ha sido concebida una persona.

La filiación es consubstancial e innata al ser humano en el sentido que el status filii es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado por toda persona que debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no solo para generar consecuencias legales sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad. Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación propiamente dicha y como consecuencia, una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada).

Este tema de la investigación de la paternidad es una de las conquistas del derecho moderno, pero no por ello deja de ser oscuro y sombrío ya sea por la dificultad frecuente en su probanza, su admisibilidad, como por estar arraigada esencialmente en supuestos legales de paternidad.

Actualmente no puede el legislador evitar o prohibir la investigación de la paternidad, pero si puede limitarla, máxime si se admite radicalmente que sobre un proceso de esta naturaleza están de por medio derechos fundamentales de la persona.

Con este criterio es que el Código Civil Peruano mantiene algunas limitaciones legales para la determinación o investigación de la paternidad que son:

Artículo 376.- Cuando reúnan a favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo.

Artículo 396- El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

---

<sup>27</sup> Silva Ruiz, Pedro: El derecho de familia y la inseminación artificial "in vivo e in vitro", en Revista de

Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

- Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
- 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 poder o de su familia.
- 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.
- En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
- En caso de seducción cumplido con promesa de matrimonio o en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitada.
- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN otras pruebas genéricas 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 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.

## 2.- FUENTES DE LA FILIACIÓN

No obstante la derogación del sistema que discriminaba la filiación matrimonial de la extramatrimonial la supresión de la terminología atentatoria da la dignidad de la persona de hijos ilegítimos, contraria, por tanto al principio de igualdad de filiaciones, se puede hacer referencia al origen de la filiación para determinar sus fuentes; generando, ello, la siguiente clasificación: la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción; la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial; la filiación matrimonial y la

---

Derecho Privado, T. LXXI enero-diciembre, Madrid, 1987,p.326.

extramatrimonial, como la adoptiva, surten los mismos efectos, quedando así simplificada la relación de filiación de acuerdo a su fuentes.

La ley define qué se entiende por filiación extramatrimonial<sup>28</sup> sin precisar el concepto de filiación matrimonial; pero esta última cuestión no es dudosa; la filiación es matrimonial si los padres están casados y no ha cesado la presunción de paternidad del marido. En este punto es preciso aludir a la supresión de la institución histórica de la legitimación por subsiguiente matrimonio.

Históricamente la legitimación por subsiguiente matrimonio ha tenido gran importancia en las relaciones de filiación pues por virtud de esta institución los hijos naturales reconocidos podían llegar a adquirir los mismos derechos que los legítimos.

Su fundamento estaba en la posibilidad de contraer matrimonio los padres naturales, por lo que quedaba restringida en puridad a la filiación natural cuando fuese reconocida por ambos progenitores. Sin embargo, históricamente se amplió esta posibilidad aunque desvirtuando su auténtico fundamento.

La institución de la legitimación procede del Derecho Romano, que conoció además la forma por rescripto imperial y por oblación a la curia. Pero de estas tres formas, la primera subsiguiente matrimonio era la forma ordinaria o normal de proceder a la legitimación.

En cuanto al fundamento de esta institución, una teoría que se remonta a Pothier alega la ficción, considerando que se supone celebrado el matrimonio en la época de la concepción o nacido el hijo dentro de matrimonio; próxima a la teoría de la ficción está la opinión de los que, como Planiol, hablan de un beneficio legal obra artificial de la ley; y, finalmente, la teoría canonista que remonta al Papa Alejandro III, considera que la legitimación es un efecto de la virtud del matrimonio.

---

<sup>28</sup> El artículo 386 del Código Civil peruano señala que: "son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio."

El Código Civil de 1936, inspirándose en esta tradición romanista, reglamentó la legitimación diciendo que sólo podrán ser legitimados los hijos naturales, y estableció las siguientes formas de llevarla a cabo: primero, por el subsiguiente matrimonio de los padres, y segundo por declaración judicial (artículo 314).

Estas dos formas de realizar la legitimación operaban diversos efectos, pues mientras la legitimación por subsiguiente matrimonio equiparó al hijo legitimado al legítimo (artículo 317 del Código Civil), en cambio el legitimado por declaración judicial recibía los mismos derechos que los naturales reconocidos (artículo 323 del Código Civil).

Aunque la legitimación tiene su fundamento en la posibilidad de contraer matrimonio los padres en la época de la concepción del hijo, por lo que lógicamente esta institución ha estado circunscrita a los hijos naturales, existieron algunas manifestaciones que tendieron a ampliar el ámbito de la legitimación por subsiguiente matrimonio a supuestos de hijos adulterinos. Ello ocurrió en Francia y Bélgica.<sup>29</sup>

El principio de igualdad de filiaciones determina la supresión de la legitimación en cualquiera de sus formas. Ello es así, por cuanto la "legitimidad" y la "legitimación" presuponen un contexto discriminatorio entre filiación legítima e ilegítima.

### 3.- CLASES DE FILIACIÓN

Las dos clases de filiación, la matrimonial y la extramatrimonial, tienen antecedentes y deben su origen al Derecho Romano.<sup>30</sup> En efecto, una de las características del derecho familiar romano era el dividir a los hijos en aquellos habidos dentro del matrimonio y los habidos fuera de él, criterio este que prevalece hasta nuestros días para efectos de la determinación mas no para la jerarquía filial, la cual ha sido desplazada por el principio de igualdad (unidad de la filiación).

<sup>29</sup> Espin Canovas op. Cit.p.340-341.

<sup>30</sup> Enrique Fabio Bueno Rincón (la investigación de la Filiación y las pruebas biológicas, 2da edición Santa Fe de Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez 1996, p.36) relata que es en Roma donde "el advenimiento de la prole se consideró como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba porque, con la perpetuación de la prole, se procuraba la existencia de seres que rindiesen culto a sus antepasados".

#### 4.- VINCULOS GENETICOS

El parentesco es la relación existente entre dos o más sujetos en virtud de la consanguinidad, afinidad o adopción que conforman una familia (familia amplia). La filiación es aquella que configura el núcleo paterno-materno filial, esto es, la relación del hijo con su padre y/o madre (familia nuclear). Como relación jurídica parental, la filiación es generada por el parentesco consanguíneo en línea recta de primer grado. El concepto central es que el parentesco reposa sobre la filiación, siendo esta su fuente.

Cuando referimos que dos personas son parientes entre si es porque tienen un antecesor común (tronco) generando las estirpes. Por otro lado, cuando existe una relación de descendencia en línea directa surge una paternidad o maternidad (padre o madre: hijo). Lo que implica en conjunto, que la filiación, estructurada sobre la base del parentesco, es aquella relación parental entre dos personas que tienen un entroncamiento en línea recta ascendente en primer grado (hijo: padre-madre).

Las clases de parentesco implican la extensión de sus efectos (el consanguíneo es mas fuerte que el afín, la línea recta que la colateral y los grados mas cercanos versus los mas remotos). Por su parte, la filiación, como estado de familia específico, genera efectos erga omnes respecto de quienes gozan de la misma.

Como forma de vincular a las personas dentro de una familia y tomando en consideración las nuevas formas de individualización e identificación, el parentesco está variando su composición originaria (que se sustenta en el método tomado basado en la teoría pangenética de la herencia) y se está orientando hacia su verdadero objetivo: encontrar la real vinculación sanguínea entre las personas (teoría genética de la herencia).

De esta manera, es adecuado mencionar las diferencias entre ambos sistemas:

En el sistema Romano, los grados de parentesco se determinan por las líneas generacionales entre las personas, ascendiendo hasta un antecesor común, en el sistema

genético, el parentesco se especifica de acuerdo a los genes idénticos que en proporción adquiere por transmisibilidad la descendencia.

En el sistema romano el grado es el vínculo entre dos individuos que forman una generación, en el sistema genético, proporción de genes idénticos a un antecesor común.

En el sistema romano, la línea es la serie no interrumpida de grados, en el sistema genético reservorio común de genes iguales por descendencia lo que establece el grado de parentesco.

Porcentaje de transmisión de genes idénticos; lo cual se explica de la siguiente manera: El hijo heredará de cada uno de sus padres el 50% de información genética, mientras que de sus abuelos el 25% en conjunto. Así mismo, respecto de los hermanos de sus padres el 12.5% compartiendo 6.25% con sus primos hermanos.<sup>31</sup>

Esto nos lleva a reflexionar que el origen del parentesco ha encontrado su verdadera fuente en la teoría genética mientras que la filiación se encuentra ahora respaldada por la esencia genésica siendo su comprobación mucho más eficaz.

## 5.- ACCIONES DE FILIACIÓN

La investigación de la paternidad es de interés fundamental para el Estado, de ahí que se preste especial cuidado a la estructuración y ubicación de las acciones de filiación dentro del derecho publico, a efectos de brindar las máximas seguridades y cautela a estas medidas judiciales destinadas a encontrar la relación de familia.

Como se dice, las acciones de filiación son acciones dirigidas a la afectación del estado civil del sujeto, pues sus resultados pueden variar completamente los atributos de la persona y su identidad persona, justificándose su denominación como acciones de estado.

---

<sup>31</sup> Enrique Farsi Rospigliosi, Divorcio, Filiación y patria potestad, Grijley, 2004, pg.95

## 5.1 CONCEPTO

Las acciones o pretensiones de filiación están referidas al estado de familia y buscan el establecimiento del verdadero status filii o calidad de hijo a través de un emplazamiento (cuando la filiación establecida no coincide con la real).

## 5.2 OBJETIVO

El objeto de las acciones de filiación es facilitar la adecuación entre la filiación como hecho y la filiación como relación jurídica.

El fundamento de estas acciones reside en la prueba de un hecho: la correspondencia entre la verdad biológica (procreación) y el estado filial (situación de hecho). De ahí que sea de la realidad biológica el que se establezca (determinación) o quede sin efecto (impugnación) el vínculo filiativo respecto del hijo y sus progenitores.

En otras palabras, las acciones de filiación buscan la adecuación entre la verdad formal y la verdad biológica.

## 5.3 CARACTERÍSTICAS

Tiene como principales características las siguientes:

**IMPRESCRIPTIBLES.-** El paso del tiempo no influye en su admisibilidad o requerimiento

**INALIENABLE.-** No pueden ser limitadas ni restringidos sus efectos.

**PERSONALES.-** Solo pueden ser utilizados por un número limitado de personas.

**INTRANSMISIBLES.-** No pueden ser transferidas bajo ningún título.

**IRRENUNCIABLES.-** El goce natural de estas acciones limita la posibilidad de que pueda renunciarse al derecho a ejercitarlas.

**EFICACIA ERGA OMNES.-** Sus efectos son generales respecto a las personas que están vinculadas filiativamente. No cabe el establecimiento de una filiación in diminuto.

#### **5.4 CLASIFICACIÓN**

Entre ellas tenemos las siguientes:

##### **a) ACCIÓN DE RECLAMACIÓN**

Se le conoce como acción de declaración positiva o vindicación de estado civil. Es una acción de emplazamiento, es decir busca establecer una filiación a quien no la tiene.

##### **b) MATRIMONIAL**

Se da a falta de una inscripción regular. Tales son los casos: inscripción sin mención a los padres, inscripción como hijo extramatrimonial de otras personas, inscripción como hijo matrimonial de otros.

##### **c) EXTRAMATRIMONIAL**

Se sustenta en el principio de la investigación de la filiación y permite su determinación respecto de quien no la tiene legalmente, por haber nacido fuera del matrimonio y por que sus padres biológicos se niegan a reconocerlo. Lógicamente es exigible al padre o la madre, teniendo:

- Paternidad. Acreditado los supuestos sociales o la vinculación genética.
- Maternidad. Acreditado los supuestos biológicos o la vinculación de genética.

### **5.5 ACCIONES DE DESCONOCIMIENTO**

Llamadas acciones de declaración negativa, o de repudio filial. Es una acción de desplazamiento, es decir, busca dejar sin efecto la filiación de quien la goza fuera de los supuestos permitidos por Ley.

### **6.- MODOS Y PRUEBA DE LA FILIACIÓN**

La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria y judicial. Es legal cuando la propia ley, sobre la base de ciertos supuestos de hecho, la establece. Así, cuando el artículo 361 del Código Civil dispone que se presume hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución. Es voluntaria cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso del hijo. Finalmente, es judicial la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida.

Respecto de la prueba de la filiación, si se trata de la filiación matrimonial ella se probará con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, o por otro instrumento público en el que se admita expreso ó tácitamente la paternidad matrimonial, o por sentencia que desestime la demanda de impugnación de la paternidad matrimonial.

A falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en proceso en que se haya demostrado la posesión constante del estado o cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres (artículo 375 del Código Civil) por su parte, la filiación extramatrimonial se acredita por el reconocimiento practicado por el progenitor en el registro de nacimiento, en escritura

publica o en testamento; o por sentencia dictada en juicio de filiación artículo 388 del Código Civil).

Se debe destacar que la prueba de la filiación trasciende como regulación atinente a la constitución del título de estado de familia. Sin embargo, no son idénticos los conceptos de determinación y título que sirven para acreditar la filiación. Así, tratándose de la filiación matrimonial, debe señalarse que la filiación no se determina por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres, como alternativa de la sentencia, según se ha indicado.

Por el contrario, la filiación matrimonial se prueba y se acredita y ostenta como título de estado, siempre mediante las inscripciones; en ocasiones, se determina por la presunción de paternidad del marido, basada en los plazos de gestación presunta, en cotejo con las fechas que acreditan aquellos asientos (fecha de nacimiento y fecha del matrimonio); otras veces, se prueba y acredita por los mismos documentos; pero se determina, además, por el reconocimiento expreso o tácito del marido; y otras veces, se determina por resolución judicial, que, inscrita, origina el mismo título y prueba habitual que la determinada por presunción legal o por reconocimiento, además de por el matrimonio.

El estado de las personas resulta de documentos inscritos en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, según el artículo 2 de la Ley 26497, deben inscribirse en el Registro la información acerca de la identificación de las personas naturales y todos " los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil".

La inscripción del nacimiento (artículo 22 y siguientes del Reglamento de inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil aprobado por Decreto Supremo Nro. 015-98-PCM)<sup>32</sup> responde, pues, a la necesidad de organizar debidamente la publicidad del comienzo de la existencia y, a su vez, de esta inscripción de nacimiento resulta el vínculo jurídico determinado por la procreación, y el emplazamiento en sendos estados de familia de los sujetos de ese vínculo de filiación.

---

<sup>32</sup> Decreto Supremo Nro. 015-98-PCM, diario oficial el Peruano

Se suele decir que "la publicidad del estado civil no tiene fuerza constitutiva, en el sentido de que la adquisición del estado o el efecto de sus modificaciones no depende de la observancia de las normas que imponen la publicidad"<sup>33</sup>. En esta observación no se distingue, en nuestro concepto, dos aspectos distintos del problema. Es cierto y en esto coincidimos con la opinión citada que la inscripción no constituye los presupuestos del estado de familia, y entonces, es claro, la invalidez de un acto de emplazamiento o modificación del estado civil no queda purgada por el mero hecho de su anotación en el Registro Civil.

Pero por otro lado, es evidente que sin la constitución del título no existe emplazamiento en el estado de familia. En este último sentido puede sostenerse que la inscripción es constitutiva del emplazamiento, lo cual obviamente, no significa que ese emplazamiento pueda no concordar con los presupuestos del estado de familia mismo.

Lo antedicho permite formular una definición material o sustancial y otra formal del título de estado<sup>34</sup>. En el primer sentido, título de estado es el emplazamiento en un determinado estado de familia, constitutivo de relaciones jurídicas familiares, título de estado, en sentido formal es, en cambio, el instrumento público o el conjunto de instrumentos públicos de los cuales emerge el estado de familia de una persona.

Ambos conceptos material y formal van indisolublemente unidos. No hay emplazamiento sin título y por eso el emplazamiento deriva, sustancialmente, del título. A su vez, ese título requiere determinadas formas, aspecto formal, que conciernen a su publicidad y oponibilidad. El título se relaciona, pues, tanto con la causa de la atribución de un conjunto de relaciones jurídicas familiares, como con la oponibilidad de los derechos deberes que son su contenido <sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Gustavino, Elia P. Registro de estado civil y capacidad. JA, 1964-II.55, sección doctrina, Nro.XI-38

<sup>34</sup> Confrontar Placido V.Alex, Manual de derecho de Familia. Lima Gaceta Jurídica 2001, pp.36,37.

<sup>35</sup> Zannoni, Eduardo A. Derecho de Familia. Tomo II Buenos Aires, Astrea, 1978.p.p. 425 y ss.

Operando en función de la oponibilidad el título de estado es, por supuesto, prueba de él. En otras palabras: el estado de familia se prueba se acredita, se manifiesta mediante el título.

Lo importante es preguntar si el estado de familia solo se acredita o prueba con un título hábil. Aquí conviene distinguir nuevamente:

a.- Si se trata de la oponibilidad erga omnes del estado como tal, se requiere inevitablemente el título. Tal es el caso de las constancias, partidas, de inscripción de nacimientos emitidas por el Registro Nacional de identificación y Estado Civil, que son consideradas instrumentos públicos y prueban fehacientemente los hechos a que se refieren.

b.- Si se trata de la prueba de los presupuestos que dan origen a la constitución de relaciones jurídicas familiares, a los efectos de la obtención del título oponible, dichos presupuestos podrán acreditarse por otros medios probatorios. Tal como ocurre con el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, que puede constar en el registro de nacimiento, en escritura publica o en testamento, conforme el artículo 390 del Código Civil.<sup>36</sup>

Debe destacarse que también son títulos de estado las sentencias judiciales dictadas en acciones de estado, con la finalidad de constituir sentencias constitutivas,<sup>37</sup> un estado de familia. La sentencia reúne, en un acto único, una declaración de certeza respecto de los presupuestos del emplazamiento y, consecuentemente, un pronunciamiento que cambia y por tanto constituye una situación jurídica. La función jurisdiccional, en ese caso, está dirigida precisamente a constituir, modificar o extinguir el estado de familia controvertido.

La inscripción de la sentencia en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil cumple, en estos casos, función de publicidad del título en su aspecto formal. Pero el título, como tal, existe constituido desde que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada. Por que la sentencia es la causa o título del emplazamiento en el estado de familia.

---

<sup>36</sup> Código Civil Peruano Editorial Grijley

## **7.- FILIACIÓN MATRIMONIAL**

### **7.1.- NOCION GENERAL**

Denominada en Roma Filiación legítima, era la derivada de lo efectos del matrimonio otorgando a los hijos ex incho matrimonio la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos.

Esta filiación es una institución que se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo esta su causa esencial. Sin embargo, el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación, hecho por el cual han sufrido teorías que tratan de determinar que hijos son matrimoniales y cuales no.

### **7.2.- TEORIA DE LA CONCEPCION**

Son hijos matrimoniales los engendrados por los padres casados, sea que nazcan dentro del matrimonio, o sean alumbrados después de disuelto o anulado el vínculo. Es decir, los concebidos antes del matrimonio serán extramatrimoniales, aun cuando su nacimiento ocurra una vez realizado el casamiento.

Esta teoría establece una diferencia muy marcada entre los hijos de los mismos padres y, remozada, es seguida por los códigos civiles de Francia, Italia y Nicaragua.

### **7.3.- TEORIA DEL NACIMIENTO**

Serán hijos matrimoniales los nacidos en el momento en que sus padres estén casados, no importando el momento en que haya sido engendrados.

Según esta teoría los concebidos con anterioridad a la celebración de las nupcias serán matrimoniales si nacen cuando aquellas hayan sido ya contraídas; contrario sensu,

---

<sup>37</sup> Couture, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Depalma, 1951.,p.219.Nro. 146.

no lo serán los nacidos después de la disolución del casamiento, a pesar de que la procreación se produzca durante su vigencia.

Esta teoría hace depender de manera ventajosa la calidad de la filiación de tres hechos:

- La celebración del matrimonio
- El parto
- La disolución o anulación de aquel.

#### **7.4.-TEORIA MIXTA**

También denominada del nacimiento concepción, es la adoptada por el Código Civil peruano (artículos 1,243 inciso 3, 361 y 363 inciso 1 y 2)<sup>38</sup> sustentándose en los siguientes postulados:

- La vida humana se inicia con la concepción
- El marido de la mujer se presume padre del hijo de esta
- La no permeabilidad del matrimonio de la viuda en tanto no transcurran 300 días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz, disposición que se aplica para la mujer divorciada.
- La facultad del marido de impugnar la paternidad del hijo de su mujer.

Es importante para atribuir una paternidad matrimonial tanto el hecho propio de la concepción como del nacimiento siempre que se respeten los plazos legales determinados por la ley (que sea concebido 180 días antes del matrimonio o que nazca a los 300 días de su disolución).

Por tanto, los presupuestos de filiación matrimonial son:

- Matrimonio de los progenitores
- Maternidad acreditada.
- Identidad del hijo con el nacido de la esposa.

---

<sup>38</sup> Código Civil Peruano de 1984 editora Grijley

- Presunción legal de paternidad del marido.
- En este sentido el cálculo de probabilidad suple al cálculo exacto, de la siguiente manera: La maternidad indudable ante el hecho del parto y la identidad del hijo.
- La paternidad, el marido de la madre es el padre de los hijos concebidos dentro del matrimonio (patear este ix quena múdate nupcias demostrar) siempre que el hijo nazca dentro de los términos indicados.

Obviamente, matrimonio, maternidad e identidad del hijo siempre resultaron, como hechos objetivos, susceptibles de prueba directa pero la concepción y la paternidad ofrecen especiales dificultades, pues, como refiere Diego Pon Canoas<sup>39</sup>:

- La concepción durante el matrimonio tropieza con el obstáculo que el plazo de gestación o es igual siempre , no puede fijarse con exactitud cada uno, y, por tanto , no puede determinarse la fecha acerca de la concepción con relación al parto.
- No cabe establecer una prueba segura de la paternidad en todos los casos, no siquiera con las modernas investigaciones de los grupos sanguíneos.

#### **7.5.- PRESUNCION LEGAL DE PATERNIDAD DEL MARIDO DE LA MADRE**

Ya se ha señalado que la determinación de la filiación consiste en la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta. Pues bien, el artículo 361 del Código Civil peruano, recoge una de las afirmaciones jurídicas más antiguas de que se tenga memoria: se presume que el hijo dado a luz por una mujer casada tiene como padre a su marido.

Es una presunción legal relativa o *iuris tantum*, que asigna la paternidad con carácter imperativo, de modo que no puede ser modificada por acuerdo de partes; salvo que, en sede jurisdiccional y ejercitando la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial, se

---

<sup>39</sup> Espin Canovas: Manual del derecho civil Español,cit.vol. IV.p.345.

actúe las pruebas y se obtenga una sentencia que la deje sin efectos, solo en los casos y en las condiciones en que la ley la hace viable.

## 7.6.- IMPUGNACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

La presunción de paternidad tiene un valor relativo, puede ser destruida por la prueba contraria, pero las legislaciones difieren grandemente en cuanto a la impugnación, pues mientras las que siguen el sistema que podríamos llamar germánico por representarlo el Código alemán, permiten la libre impugnación, el sistema latino, encabezado por el Código francés, limita grandemente los medios de impugnación :

**a.- Sistema de libre Impugnación de la Paternidad.** Según el Código Alemán, "el hijo no es legítimo si, según las circunstancias, es evidentemente imposible que la mujer haya concebido por obra de su marido" (artículo 1591, apartado 1, inciso 2), o como expresa el Código Civil suizo, el marido no puede desconocer al hijo nacido 180 días al menos después del matrimonio mas que "si prueba que no podría ser el padre" (artículo 254). La prueba no aparece tasado o limitada, sino que podrá verificarse libremente. La jurisprudencia alemana requiere, para la existencia de la imposibilidad evidente de que sea el marido el padre, la certidumbre de la imposibilidad de forma que se excluya toda duda, admitiéndose en la práctica las pruebas biológicas.

El Código Civil español sigue el criterio de no imponer limitación restrictiva alguna para la impugnación de la paternidad matrimonial (artículo 136, modificado por la ley del 13 de mayo de 1981)<sup>40</sup>: se puede impugnar la paternidad por cualquier medio probatorio.

**b.- Sistema Restringido de Impugnación de la paternidad.** El Código Civil francés permite la impugnación de la paternidad mediante la prueba de que por causa de alejamiento o cualquier otro accidente estaba en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer durante el tiempo de la presunción de concepción (artículo 312); pero además existen

---

<sup>40</sup> citado por Alex Placido V. filiación y Patria potestad.

la acción de simple desconocimiento, supuestos especiales que implican la desaparición de las situaciones normales del matrimonio: ocultación del nacimiento (artículo 313, inciso 1), separación de cuerpos en procedimiento de divorcio o separación (artículo 313, inciso 2), nacimiento antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, salvo que el marido conociese el embarazo y otras situaciones similares. (Artículo 314).

El Código Civil Italiano de 1942, ampliando las causas de impugnación del anterior, permite al marido el desconocimiento del hijo concebido durante el matrimonio solo en los siguientes casos: 1. Si los cónyuges no han cohabitado en el período comprendido entre los 300 y 180 días anteriores al nacimiento. 2. Por causa de impotencia, aunque solo fuese generandi. 3.- Si en el mismo período la mujer ha cometido adulterio y ocultó al marido el embarazo y nacimiento del hijo, en cuyo caso el marido puede probar cualquier otro hecho tendente a excluir la paternidad. La sola declaración de la madre no excluye la paternidad (artículo 235, según Ley Nro. 1975).<sup>41</sup>

El Código Civil Portugués de 1966, ampliando las causas de impugnación de la paternidad, lo permite en las siguientes circunstancias: Imposibilidad física de cohabitar con su mujer durante todo el período legal de concepción ; impotencia absoluta para la cópula o para la generación durante todo ese período; separación de hecho de la mujer durante todo el mismo período y ha mantenido ésta convivencia marital con otro o hombre durante ese tiempo, establecida por comunidad duradera de lecho, mesa y habitación en condiciones análogas a los cónyuges, fuera del domicilio conyugal ; haber cometido adulterio la mujer dentro del período de la concepción y ocultado al marido el embarazo y el nacimiento del hijo, cuando el marido pruebe, por cualquier otra circunstancia, que el hijo no fue procreado por él. (Artículo 1817).<sup>42</sup>

Éste era el sistema que siguió el código Civil español antes de la reforma de 1981, cuando en el derogado artículo 108, apartado 2, señalaba que la impugnación de la presunción de paternidad solo se permitía mediante la prueba de la imposibilidad física del

---

<sup>41</sup> Citado por Alex Placido V. Filiación y Patria potestad

<sup>42</sup> Citado por Alex Placido V. Filiación y Patria potestad

marido para tener acceso con su mujer en los primeros 180 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo".

Nuestro Código Civil se adscribe a este último sistema restringido de impugnación de la paternidad. Así, en el artículo 363 se señala que el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: "1.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio. 2.- Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros 121 días de los 300 anteriores al del nacimiento del hijo. 3.- Cuando está judicialmente separado durante el mismo periodo iniciando en el inciso dos; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.- 4.- Cuando adolezca de impotencia absoluta.- 5.- Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental.

Esto confirma el valor relativo o *iuris tantum* de la presunción de paternidad matrimonial. Salvo el caso del inciso 1, en los otros supuestos la prueba va encaminada a demostrar precisamente la imposibilidad de cohabitación, por lo que en la impugnación de la paternidad matrimonial es sumamente limitada la prueba; no obstante que el marido puede invocar y probar que el hijo no fue procreado por él, recurriendo a la prueba del ADN y otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

## TITULO IV

### LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

#### 1.- GENERALIDADES

Filiación extramatrimonial.- la concepción tradicional denomina "filiación ilegítima" y es la que proviene generalmente de las relaciones no matrimoniales.

Refiere Guillermo Borda<sup>43</sup>, que son hijos extramatromoniales los nacidos de una unión libre de un hombre y una mujer; por su parte, afirma Arturo Yungano<sup>44</sup>, que todo hijo nacido fuera del matrimonio, sea cual fuere el estado civil de los padres, es considerado como hijo extramatrimonial.

A nuestro criterio y dentro de los alcances del nuevo texto, hijos extramatromoniales, son aquellos concebidos y nacidos fuera de una unión matrimonial. No interesa que los padres sean solteros, divorciados, viudos o uno de ellos esté ligado a un anterior matrimonio, etc.

Desde un punto de vista legal, el artículo 348 del Código derogado de 1936, preceptuaba que eran hijos ilegítimos los nacidos fuera de matrimonio.

La fórmula utilizada entra en un error fundamental con respecto al hijo de concepción prenupcial que siendo ilegítimo resultó siendo legítimo, y al hijo post mortem, que teniendo la calidad de legítimo pasó a ser ilegítimo. El problema radicó en otorgar un papel decisivo sólo al hecho del nacimiento y no tomar en cuenta la concepción.

El artículo 386 del actual Código Civil, con mejor criterio y contenido, expresa que son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera de matrimonio. La reforma no solo es epidérmica o superficial relacionado con el nomen juris de la filiación

---

<sup>43</sup> Citado por Javier Rolando Peralta Andía, Derecho de familia en el Código Civil

<sup>44</sup> Citado por Javier Rolando Peralta Andía, Derecho de Familia en e Código Civil

extramatrimonial, sino en cuanto a su mismo contenido, hecho de la concepción y del nacimiento.

De acuerdo con la doctrina tradicional los hijos extramatromoniales se clasifican básicamente en dos categorías: los naturales y los espurios.

Los naturales son los hijos nacidos de padres que, si bien no estaban casados, no tenían impedimento alguno para hacerlo de acuerdo con las leyes vigentes.

Los espurios; es decir aquellos otros procreados por quienes estaban impedidos de contraer matrimonio, los que se sub clasificaban a su vez en fornezinos, sacrílegos y mánceres.

Se denominaba fornezinos a los hijos adulterinos, los que tomaban a su vez el nombre de "notos" o párvulos, del marido sin serlo realmente; incestuosos, o engendrados por personas que tenían relaciones de parentesco entre si. Estos últimos tomaban el nombre de nefarios cuando nacían de las relaciones entre ascendiente y descendiente.

Los hijos sacrílegos eran aquellos procreados por personas que estaban atados por lazos religiosos como por ejemplo los hijos de sacerdotes y monjas.

Por ultimo, los hijos mánceres fueron los habidos en una ramera publica o prostituta.

En todos estos casos existía una prohibición que afectaba la ley, el orden publico y las buenas costumbres, razón por la cual, se les llamaba "hijos ilegítimos" o hijos traídos al margen o fuera de la ley.

Contrariamente, en el Derecho moderno estas sub clasificaciones y denominaciones han desaparecido, no obstante ello todavía es posible diferenciar entre hijos matrimoniales y extramatromoniales; pero en las legislaciones mas avanzadas desaparecen totalmente tales designaciones y distinciones que no tenían otro objeto que discriminar a los hijos por

razón de origen; actualmente mediante ley número 28720 <sup>45</sup>ley que modifica los artículos 20 y 21 del Código Civil, y denomina como hijo nacido fuera del vínculo matrimonial.

De otro lado, expresan Bossert y Zanon<sup>46</sup>, que la filiación tiene lugar por naturaleza y presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico se considera acreditado, la paternidad o la maternidad quedan jurídicamente determinadas. Luego, la determinación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta.

## 2.- NATURALEZA JURIDICA

La doctrina tradicional considera el reconocimiento como una confesión, vale decir, un medio de prueba destinado a demostrar un hecho (en ese sentido se pronuncia Josserand, Stolfi y Ruggiero). Este criterio doctrinal ha sido seriamente cuestionado, en razón de que el reconocimiento excede a la categoría de un simple medio de prueba, que solo tendría efectos entre las partes, siendo así que el reconocimiento es un acto que produce efecto erga omnes, es decir entre los hombres.

Dentro de esta concepción se halla también la teoría de la doble naturaleza, según la cual, el reconocimiento es un acto de voluntad, por el cual, el padre admite al hijo en el goce de la filiación y, también una confesión de la paternidad o medio de prueba. Es por eso que se habla de un reconocimiento admisión y de un reconocimiento confesión.

En cambio, las doctrinas más recientes consideran que el reconocimiento es un acto jurídico que consagra la aceptación voluntaria del hijo como tal por uno o ambos padres. No obstante esto, se discute si tal acto es constitutivo de la filiación, declarativo del mismo o de naturaleza ecléctica.

---

<sup>45</sup> Ley 28720 Ley que modifica los arts. 20 y 21 del Código Civil, publicado en el Peruano el 25 de abril del 2006.

<sup>46</sup> Citado por Javier Rolando Peralta Andia, Derecho de familia en el Código Civil, p. 324

Por un lado, el carácter constitutivo del reconocimiento lo sostienen Planiol y Ripert, Cicu y otros, en razón e que éste, produce efectos creadores del lazo de filiación, por tanto, los derechos y obligaciones que de él derivan, operan sólo ex nunc, esto es, para el futuro.

De otro lado, el carácter declarativo del reconocimiento lo sustentan Colin y Capitant entre otros autores y aseveran que éste es sólo un acto declarativo que no crea el lazo de filiación, el cual preexiste, por lo tanto, los derechos y obligaciones que derivan de él operan ex tung, es decir, posee efectos retroactivos.

Por último, la doctrina ecléctica conjunciando ambas, postula que el reconocimiento es constitutivo cuando se trata de la paternidad y declarativo si se refiere a la maternidad, por que los derechos de hijo no nacen de la filiación sino del reconocimiento en el primer caso y del hecho del nacimiento en el segundo supuesto, criterio éste, que no es convincente.

Al respecto el actual Código Civil no trae una disposición expresa, por lo que debe resolverse teniendo en cuenta la doctrina y la legislación comparada, que coinciden y comparten el carácter declarativo del reconocimiento, cuyo contenido implícito es la declaración de que ha existido el hecho biológico de la procreación, del que ha nacido el hijo sobre el que recae el acto del reconocimiento.

Por eso, se dice que el efecto del acto de reconocer es el de convertir la filiación biológica en filiación jurídica, es decir, constituir el estado. Así también parece desprenderse de los artículos 387 y 395 del Código Civil de 1984.<sup>47</sup>

### **3.- CARACTERES JURIDICOS**

El reconocimiento de hijos extramatrimoniales es un acto jurídico facultativo, esto es, absolutamente voluntario por que nadie puede ser obligado a manifestar libremente su voluntad de declararse padre o madre de un determinado hijo, con la única limitación de

---

<sup>47</sup> Código Civil, editora Grijley, 2001

que cuando el padre o madre hiciera el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, por que toda indicación al respecto se tiene por no puesta. Sin embargo, tal cosa no rige con respecto al padre que reconoce al hijo simplemente concebido o cuando el reconocimiento lo hagan conjuntamente el padre y la madre.

Este carácter, por cierto, no impide para que el hijo pueda obtener su reconocimiento por otros medios legales como serían los casos en los que se permite la investigación de la paternidad o maternidad a través de la declaración judicial de filiación extramatrimonial, que la doctrina antigua denominaba "reconocimiento forzoso".

Por regla general, la formulación del reconocimiento es personal, por que nadie mas que el padre o la madre pueden afirmar la existencia de un lazo de filiación con el hijo que se reconoce, sin embargo, por excepción el reconocimiento puede hacerse mediante apoderado con poder especial, en cuyo caso, éste sólo será un portavoz de la voluntad exclusiva del padre o de la madre que confiere facultades especiales para este acto.

Además, la ley establece, que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas en la línea respectiva en caso de muerte del padre o de la madre, o cuando éstos se hallen comprendidos en ciertos casos de incapacidad y de ausencia, como se apuntará en forma oportuna.

También, el reconocimiento es un acto de carácter unilateral, desde que no requiere la aceptación expresa del hijo reconocido. Esta regla es la mas común en la legislación comparada, aunque también en algunos países exigen dicha aceptación como en la española, portuguesa, colombiana, brasilera, chilena, etc.

El reconocimiento además es un acto individual por que sólo liga al padre que reconoce con el hijo reconocido; sin embargo, el reconocimiento puede hacerse conjuntamente por ambos padres y, como se tiene expresado, si se hiciera por separado, el padre que reconoce no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el

hijo, lo que obviamente no obstaculiza para que la madre pueda señalar al padre de su hijo en un proceso judicial.

Igualmente, el reconocimiento es incondicional, esto es, puro y simple, por que no esta sujeto a un plazo, condición o cargo que pueda modificar sus consecuencias jurídicas. El fundamento se halla en el hecho de que se trata de un estado o situación jurídica que no se puede modificar por voluntad de las partes, en todo caso, resultaría nula toda modalidad impuesta.

El reconocimiento es, así mismo, un acto formal, por que requiere del cumplimiento de ciertas solemnidades establecidas en la ley, ya que un acto de esta naturaleza importa que se deje constancia de su realización, por eso prescribe la ley que el reconocimiento deberá hacerse en el registro de estado civil, por escritura pública o por testamento.

Por último, es irrevocable el reconocimiento, ya que no puede dejarse sin efecto una vez verificado el acto, lo que se funda no sólo en su naturaleza declarativa sino en una razón moral y de seguridad jurídica que hace preciso dotar de estabilidad al estado de las personas.

#### **4.- EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO**

Dentro del régimen legal del reconocimiento voluntario, se plantean como cuestiones previas las referentes a su concepto, naturaleza jurídica, de quienes pueden reconocer y quienes pueden ser reconocidos, la forma y efectos del reconocimiento, y la impugnación al mismo:

#### 4.1 CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA-

El reconocimiento según el doctor Cornejo Chávez<sup>48</sup>, consiste en: "El acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimoniales respecto de otra"

Palacios Pimentel<sup>49</sup> dice: "El reconocimiento voluntario viene a ser la declaración formal de la paternidad o de la maternidad, con referencia a un hijo determinado, nacido fuera del matrimonio".

Cabanelas; " Es el acto por el cual, el padre o la madre, o ambos a la vez reconocen los hijos habidos fuera del matrimonio".

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica del reconocimiento, la ley nacional se ha adherido al criterio, seguido por la mayoría de legislaciones, según el cual el reconocimiento es considerado no como un acto constitutivo de la filiación extramatrimonial sino únicamente declarativo, que no crea el vínculo de filiación sino que se limita a comprobarlo, de modo que sus efectos retroactivos resultan congruentes con el hecho natural de la procreación, en vía de formalización o exteriorización de una vinculación que la naturaleza ya tenía creada.

También hay conformidad en la doctrina y en el derecho comparado que el reconocimiento voluntario como una declaración de voluntad o acto jurídico especial, se caracteriza por ser unilateral, por no ser necesario el consentimiento del reconocido; puro, por que no puede ser supeditado a modalidad alguna; irrevocable en sus efectos; formal, por que requiere de formalidades en garantía de su veracidad; facultativo y personal.

---

<sup>48</sup> Hector Cornejo Chávez, Derecho Familiar Peruano, 4ª edición 1982.

<sup>49</sup> H.Gustavo Palacio Pimentel.- Manual de derecho Civil tomo II, Editora y distribuidora de libros Huallaga EIR.Ltda.-1987.

#### 4.2.- QUIENES PUEDEN RECONOCER Y SER RECONOCIDOS

En principio, tratándose de la filiación extramatrimonial, en razón de su naturaleza, son los padres los llamados a otorgar, el reconocimiento, por separado o conjuntamente, como lo autoriza expresamente el artículo 388. Bastando que tenga cumplidos los 16 años de edad, como lo establece el artículo 393 del Código Civil Peruano.<sup>50</sup>

A la referida regla, de que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial sólo puede ser practicado por sus progenitores, diversas legislaciones han aperturado una excepción aplicable cuando faltan los padres, por fallecimiento o incapacidad, por la que se llama a los abuelos para que otorguen el reconocimiento, tendencia a la que se ha adherido la legislación peruana.

El Código Civil Peruano de 1984, ha resuelto todos, o parte importante, de las observaciones formuladas al artículo 353 del Código Civil Peruano de 1936,<sup>51</sup> que a falta de los padres, por muerte o incapacidad, llamaba para el reconocimiento a los abuelos y a condición de que sean padres legítimos del premuerto o incapaz; al disponer mediante su artículo 389, que en tales casos, el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, esto es, sin discriminación de sexo ni de filiaciones.

En cuanto al reconocimiento por parte de los padres casados habría que distinguir los casos siguientes:

1.- Si el hijo extramatrimonial es de padre casado con madre soltera no hay inconveniente alguno para que el primero otorgue el reconocimiento.

2.- En cambio, si se trata de hijo concebido y alumbrado por mujer casada en sus relaciones con varón diferente a su marido, no es posible el reconocimiento por parte de ninguno de los padres, por su manifiesta implicancia con lo establecido por el artículo 361

---

<sup>50</sup> Código Civil, editora Grijley, 2001 art. 393

y 362 del Código Civil Peruano, de modo que la solución es la que da el artículo 396 del Código Civil, de que para ser posible el reconocimiento del citado hijo es necesario su previa deslegitimación, o desmatrimonialización, o sea que el marido de su madre lo niegue y obtenga sentencia favorable.

En cuanto a quienes pueden ser reconocidos, los códigos civiles modernos, entre ellos los peruanos, de 1936 y de 1984, han eliminado las antiguas discriminaciones por la cuales sólo se podía reconocer a un sector de los hijos habidos fuera del matrimonio, llamados naturales y a los demás no. De modo que todos los hijos extramatrimoniales pueden ser reconocidos voluntariamente por sus padres, o en su defecto, interponer la respectiva acción judicial.

También, en consonancia con una tendencia universalmente aceptada, el Código Civil peruano, de 1984, permite el reconocimiento del hijo simplemente concebido, como se desprende de lo establecido por los artículos primero y 392 in fine. E igualmente se permite el reconocimiento del hijo que haya premuerto a condición que haya dejado descendencia, como lo prescribe el artículo 394.

#### **4.3.- FORMA DEL RECONOCIMIENTO.**

Hay conformidad en el Derecho Civil Comparado, y también en la Doctrina, en exigir solemnidad al acto jurídico del reconocimiento para mejor constancia de su autenticidad, mediante el señalamiento de determinadas formalidades con la intervención de un funcionario público o de un magistrado, siendo las solemnidades mas comunes el Registro de nacimientos, la Escritura Pública, el testamento, los actuados judiciales y notariales.

El Código Civil Peruano de 1984 somete el reconocimiento voluntario a las siguientes reglas:

---

<sup>51</sup> Código Civil de 1936 edición del Diario oficial el Peruano

1.- Según el artículo 390 del citado Código, el reconocimiento puede hacerse en el Registro de Nacimiento, en Escritura Pública o en testamento. Se entiende a voluntad del otorgante.

2.- En cuanto al reconocimiento en el Registro del Estado Civil, puede hacerse en el momento de inscribir el nacimiento o en declaración posterior mediante acta firmada por quien la practica y autorizada por el funcionario correspondiente.

3.- Cualquiera que sea la forma del reconocimiento, prescribe el artículo 392, que cuando el padre o la madre hiciera el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, toda indicación al respecto se tiene por no puesta. Con excepción del padre que tenga que reconocer al hijo simplemente concebido.

Lo que se discute, y no se aclara por la ley si cuando se emplea la Escritura Pública o el testamento, el reconocimiento tiene que ser en todo caso expreso y directo, o si también se admite el reconocimiento indirecto, implícito o sobreentendido. La jurisprudencia se ha pronunciado a favor del reconocimiento.

Por cierto, en los casos de reconocimiento otorgado con anterioridad al 14 de noviembre de 1936, o bajo la vigencia del C.C. de 1852, y que, por tanto, consten de los Registros parroquiales, en mérito de lo prescrito por el artículo 2115, conservan su plena validez. Pero no se ha reproducido la última parte del artículo 1827, del C.C. de 1936, que permita el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales en los libros parroquiales si solo en estos estuvieran extendidas sus partidas, se entienden de bautizo.

#### **4.4.- EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO**

Sobre la base de los principios que universalmente gobiernan los efectos del reconocimiento voluntario, de que es irrevocable, y de que solo afecta al padre reconociente, los efectos que genera el reconocimiento voluntario son amplios, a tal punto, que en lo que a la adquisición de derechos se refiere, son prácticamente los mismos que los

producidos por la filiación matrimonial, estando a lo prescrito por el artículo 6 de la Constitución Política del Estado , y el artículo 235, in fine y del Código Civil de 1984.

Tales efectos son los siguientes:

1.- El reconocimiento, en el caso de los hijos menores de edad, da lugar a la Patria Potestad, sin más limitaciones que las de los artículo 397 y 421 del Código Civil.

2.- Genera la obligación alimentaria recíproca entre el padre reconociente y el hijo reconocido, lo mismo que respecto a sus correspondientes parientes, en los términos prescritos por los artículos 472 y siguientes del Código Civil de 1984 . Con la excepción materia del artículo 398 de la misma norma.<sup>52</sup>

3.- También es recíproca la vocación hereditaria entre los sujetos del reconocimiento y sus respectivos parientes, susceptibles de ser llamados a la sucesión con el carácter de forzosos o legales, como se desprende de lo prescrito por el artículo 818 del Código Civil. Con la excepción del citado artículo 398, que establece que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial mayor de edad, no confiere al que lo hace derechos alimentarios ni sucesorios.

Sino en el caso que el hijo tenga respecto de el la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento.

4.- En cuanto al apellido, corrigiendo la formula del artículo 361, del Código Civil. de 1936, de que el hijo extramatrimonial llevará el apellido del padre o de la madre , según sea quien lo haya reconocido, o el del padre si fuese reconocido por ambos, según el artículo 21 al hijo extramatrimonial le corresponde los apellidos del progenitor que lo hayan reconocido. Si es reconocido por ambos lleva el primer apellido de los dos.

---

<sup>52</sup> Código Civil, editora Grijley 2001

5.- Genera el derecho para el padre reconociente de concurrir al asentimiento para el matrimonio del menor reconocido. Artículo 244 in fine del Código Civil vigente.<sup>53</sup>

6.- Igualmente, el reconocimiento genera los derechos que la ley atribuye a los padres respecto a la tutela, curatela y el Consejo de Familia.

## **5.- DECLARACION JUDICIAL DEL VÍNCULO PATERNO FILIAL**

### **5.1.- CONCEPTO**

Denominado también, reconocimiento forzoso", "reconocimiento judicial, y con mayor propiedad: declaración judicial de filiación extramatrimonial.

Viene a ser un modo específico de emplazamiento de la paternidad o maternidad de una persona determinada, cuando el padre y/o la madre se resisten a reconocerlo voluntariamente ya porque desconfa de la verdad del vinculo biológico, ya por mala fe o intención deliberada de causar un daño, casos en los cuales, se hace necesario investigar judicialmente.

También se dice que son acciones que permiten la investigación tanto de la paternidad como de la maternidad extramatrimoniales con la finalidad de que en su oportunidad el órgano jurisdiccional declare mediante sentencia la relación paterno - filial existente entre una persona y sus progenitores (padre o madre), que se han negado a reconocerlo de manera voluntaria. En este sentido, se exige un pronunciamiento por parte del juez que conoce del asunto.

Aunque el Código Civil derogado y el vigente no definen la institución, puede decirse que la declaración judicial de filiación extramatrimonial es un medio de establecer en defecto del reconocimiento (voluntario), por virtud de una sentencia en la que se declare, en

---

<sup>53</sup> Código Civil, editora Grijley 2001

los casos expresamente señalados por ley, que una persona es padre o madre de un determinado hijo o hija.

## 5.2.- ESCRITO INDUBITADO

Este es sin duda, el caso en que más fácilmente puede el hijo plantear la acción de filiación y en que con mayor justificación procede la declaración judicial de la paternidad.

La circunstancia de que el escrito proveniente del mismo padre deba tener el carácter de indubitable muestra que, en la generalidad de los casos, el hijo no haya sido reconocido formalmente no habrá de atribuirse sino a un injustificado cambio de actitud por parte del padre, o a que éste no obstante su intención de reconocer nunca llegó a hacerlo por razones ajenas a su voluntad y en tanto falleció o devino en incapaz, o asume la actitud, inaceptable para la ley, de querer limitar los alcances y beneficios de la filiación, dando, por ejemplo, alimentos al hijo y privándolo de derecho hereditario; en cuyos supuestos hace bien la ley en facultar al hijo para pedir una declaración judicial de la paternidad, con la que ésta quede formalmente establecida y para que surta los efectos que el ordenamiento señala y que no pueden quedar librados al arbitrio del padre.

Se comprende, por supuesto, que el escrito indubitado a que se contrae la ley no será la partida de nacimiento debidamente suscrita por el padre, no la escritura pública de reconocimiento, ni el testamento en que tal reconocimiento se practique, pues entonces la investigación judicial de la paternidad resultaría inútil, sino todo aquel otro escrito que, sin constituir un reconocimiento legal, constituye una constancia indudable de admisión de la paternidad.

Tales escritos serán, por lo ordinario, cartas cambiadas entre el presunto padre y el hijo o entre aquél y la madre, etc. También deberán considerarse como tales los actuados judiciales, relativos a juicio o procedimiento distinto del de investigación de la paternidad

(alimentos, divorcio, etc.), en que el presunto padre señala inequívocamente a su hijo no reconocido.<sup>54</sup>

Alguna duda puede suscitarse en cuanto a saber si lo indubitable ha de ser el escrito (esto es, constar auténticamente que procede del padre) o la inequívoca admisión de la paternidad que en él se formula. En nuestro concepto, debe referirse a ambos niveles.

### 5.3.- POSESION CONSTANTE DE ESTADO

Existe en cambio, interesante y no del todo resuelta controversia en cuanto a si la declaración judicial de la paternidad puede fundarse en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial; a qué debe entenderse por tal posesión de estado tratándose de tal hijo; y a las características de dicha posesión.

a.- Hasta mediados del siglo XIX explica Jossierand<sup>55</sup>, la doctrina y la jurisprudencia estaban divididas en cuanto a saber si la posesión de estado debía ser admitido como prueba de la filiación natural, mas las opiniones que al respecto desarrollara Demolombe, en el sentido de que tal posesión "es la mas antigua, la primera prueba del estado de los hombres", que es mas segura y sincera que el título, "obra de un momento", y que, por tanto, equivale a un reconocimiento tácito, de todos los días, de todos los instantes, y ofrece " todas las garantía posible de libertad y sinceridad", determinó a los autores y a los tribunales franceses a examinar más de cerca la cuestión.

El resultado de esta revisión apunta el mismo Jossierand, fue verdaderamente inesperado: la jurisprudencia, que hasta entonces se inclinaba a admitir la posesión constante como prueba de la filiación natural, le rehusó en adelante todo valor probatorio.

A partir de ese momento quedó abierta la discrepancia, si bien la mayor parte de los autores aporta por la solución afirmativa.

---

<sup>54</sup> Ejecutorias Supremas de 12 de junio de 1938 , 3 de abril de 1945.

Piensa algunos <sup>56</sup> que "cuando un hombre ha sostenido y mantenido a la madre y al hijo de ella como si fuera suyo; cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y en calidad de padre ha previsto a su educación, cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada como si lo hubiese hecho por una confesión judicial. La posesión de estado vale más que el título.

La escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial son cosas de un momento; mas la posesión de estado es un reconocimiento perseverante y continuo. La posesión de estado es así una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, "la prueba en carne y hueso" como decía una corte Francesa. El Juez puede dar una sentencia sobre la paternidad con una conciencia mas segura que la que le daría una escritura pública o un asiento bautismal".

Por el contrario, creen otros<sup>57</sup> que la posesión de estado, tal como funciona en la filiación matrimonial, es la que liga al hijo con sus dos padres. La posesión de estado es indivisible; y esta indivisibilidad es extraña a la filiación extramatrimonial, por que únicamente el matrimonio de los padres es el que la explica y el que permite exigirla. De aquí añaden se podría deducir que habría que contentarse, en la filiación extramatrimonial, con la posesión de estado en relación a uno de los padres; pero entonces se llegaría al resultado de que "la filiación ilegítima se prueba mas fácilmente que la legítima, lo que es inadmisibile".

b.- Hay también divergencia de criterios en cuanto a saber en qué consiste la posesión constante de estado tratándose del hijo extramatrimonial.

Tradicionalmente se expresa la "posesión constante de estado" por la concurrencia de tres elementos: nomen, tractatus, fama. Tendrá, por tanto, esa posesión quien haya usado y use el apellido del presunto padre, a quien éste haya dado el trato de hijo alimentándolo,

---

<sup>55</sup> L. Jossierand, ob.cit.

<sup>56</sup> Nota puesta al artículo 325 del Código argentino por Velez Sarsfield, seg. J.C.Rebpra.ob.cit.

<sup>57</sup> L. Joeserand, ob. cit.

educándolo, proveyendo a su instrucción, etc, y que haya sido tenido por tal hijo en el círculo de las relaciones ordinarias del padre.

Tratándose del hijo matrimonial, estos tres elementos se dan normalmente sin dificultad, en forma constante, ininterrumpida, pública e inequívoca; pero no siempre ocurre lo mismo cuando se trata del hijo extramatrimonial. Así, los actos del presunto padre no suelen ser tan desembozados y notorios como cuando son practicados respecto del hijo matrimonial, por el carácter vergonzante que muchas veces tiene la relación extramatrimonial y, por ende, su resultado que es la filiación "legítima", de modo que entonces puede ocurrir que el hijo no lleve el apellido del padre, que el trato que éste le dispense invista cierta discreción o disimulo y que la fama o reputación se recorte y restrinja.

Surge de aquí la duda acerca de si esta posesión recortada o imperfecta es bastante para declarar la filiación o si, por el contrario, debe exigirse una posesión plena y perfecta.

Alejo B. González<sup>58</sup> sostiene, a este respecto, que la posesión de estado se prueba por una larga serie de hechos exteriores, que deben ser públicos, notorios, unánimes; hechos que pongan en evidencia que las relaciones que han existido entre el padre y el pretendido hijo hayan sido tales que nadie haya podido concebir racionalmente la idea de que ese hijo no pertenezca al padre cuyo nombre lleva; hechos que constituyan prueba flagrante de la filiación públicamente conocida y confesada."

En forma semejante, una ejecutoria argentina sostiene que la "Posesión de estado debe resultar de un cuadro de hechos sucesivos, que demuestren la voluntad, tacita pero clara e inequívoca como la luz del día, del padre de reconocer a su hijo, alimentándolo, educándolo, dándole su nombre y presentándolo a su familia y a sus relaciones como hijo suyo".

---

<sup>58</sup> J. C. Reborá, ob, cit.

En distinto sentido Jerónimo Cortez,<sup>59</sup> afirma, ocupándose de un hijo que nunca había sido presentado a la familia del padre como tal hijo, que no debe perderse de vista que la presentación, indispensable quizá cuando se trata de la filiación legítima, de ninguno modo pues considerarse esencial respecto de la filiación natural, pues son pocos los que hacen gala de sus vicios: nuestras costumbres no toleran semejante presentación.

Y en forma análoga, la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires sostuvo, frente a un caso concreto, que "la posesión de estado, aun en el caso de que faltara uno de los requisitos tradicionales nomen tractatus, fama, existirá siempre que se compruebe la presencia de los demás por la reunión de un conjunto o sería de actos de los cuales resulte la voluntad del padre de reconocer al hijo en su carácter de tal.

Otra decisión jurisprudencial de la Cámara Civil de Buenos Aires expresaba criterio semejante al decir que "la posesión del estado de hijo natural no es más que el conjunto de hechos cuya prueba lleva al ánimo del Juez la convicción de la verdad de la filiación aunque esos hechos no sean públicos y notorios, como habría de serlo para la declaración del estado de hijo legítimo"<sup>60</sup>.

Y otro fallo, en fin<sup>61</sup>, de los mismos tribunales argentinos llegó a admitir la existencia de la posesión de estado tratándose de un hijo cuya madre una maestra solera, obligada a una conducta de moralidad estricta hubo de disimular bajo la apariencia de otro parentesco la presencia de tal hijo en su propia casa, de modo que el verdadero parentesco era sólo conocido por personas de la intimidad.

---

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> J.C. Reborá, ob.cit.

<sup>61</sup> J. C. Reborá, ob.cit.

## 6.- LA PRUEBA DEL ADN

### 6.1 CONCEPTO

ADN, Ácido desoxirribonucleico, ácido nucleico de los cromosomas, que contiene la información genética codificada.

La prueba biológica del ADN, se sustenta en las diferencias genéticas entre los seres humanos. Las características del ADN de una persona son únicas e inmutables, y están determinadas desde el momento mismo de la concepción, por dotación genética que reciben de sus padres y, a través de ello, de sus demás ancestros. Esta dotación genética es el **genoma**, propio de cada persona e idéntico en cada una de los billones de células que forman el organismo.<sup>62</sup>.

El ADN puede ser extraído de cualquier célula del organismo; lo más común es la extracción de la mucosa oral o de la sangre. La nueva norma del procedimiento de paternidad señala que la muestra debe extraerse de las personas involucradas, es decir del hijo no reconocido, de la madre y del posible padre. De las células obtenidas se extrae el ADN; todos poseemos dos marcas o alelos identificatorios como fragmentos de ADN de diferente composición y tamaño.

Una de las marcas o alelos lo heredamos de nuestra madre y el otro de nuestro padre, de modo que todo el ADN que tenemos nos lo es transmitido por nuestros padres a través de óvulo y el espermatozoide y en el momento de la concepción. Posteriormente y como bien señala la doctora María Isabel Quiroga de Michelena, el patrón de fragmentos de ADN obtenido en el hijo se compara con el de la madre y con el del posible padre. La falta de coincidencia de dos de estas marcas es suficiente para excluir la paternidad con 100% de seguridad. En cambio si el supuesto padre tiene todos aquellos alelos o marcas que el niño posee y que no ha heredado de su madre, entonces su paternidad está demostrada, con un grado de certeza mayor del 99.7%.

De lo expuesto, nos queda claro que no existe medio probatorio alguno con excepción de ADN que determine e incluso excluya con mayor certeza y probabilidad el origen genético y/o biológico del hijo no reconocido.

## 6.2.- CARÁCTER DE PRUEBA PLENA DEL ADN

Con la dación de la Ley 28457, nuestro país ha sido a nivel legislativo uno de los primero que ha otorgado el carácter de prueba fundamental a la prueba biológica, y si bien es cierto en este proceso la decisión del Juzgador va ha depender del resultado de la prueba, de modo que si es positiva se ha probado la paternidad o en caso contrario se excluya la paternidad, no es menos cierto que la actividad jurisdiccional y la actividad probatoria de las partes se ha visto limitada.

En otros países este medio probatorio tiene un carácter extraordinario y quizás sea así, por cuanto en el fondo la naturaleza jurídica de esta prueba es la de una pericia, por ejemplo.

El sistema argentino, que en el artículo 4, de la Ley 23.511, que literalmente señala: "Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable se practicará el examen genético."

La norma, como bien señala Juan Espinoza Espinoza<sup>63</sup> autoriza a inferir un indicio en contra de quien se rehúsa someterse a exámenes científicos, pero además en un sistema como el argentino, es requisito que la pretensión de filiación apareciese verosímil, es decir que en principio exista elementos suficientes (otros medios de prueba) que permita suponer la veracidad de la paternidad reclamada. Recordemos que en nuestro país hasta hace muy poco, (antes del 8 de enero del 2005), el Juez evaluaba la negativa a someterse al ADN, de acuerdo al caso concreto, sin que ello signifique un reconocimiento tácito de la paternidad.

---

<sup>62</sup> Quiroga de Michalena, María Isabel, en cuadernos Jurisprudenciales, año 4, numero 37, Julio 2004, Pg. 19 revista de Dialogo con la Jurisprudencia.

<sup>63</sup> Espinoza Espinoza, Juan "El interés Superior del Menor frente al interés Superior del Presidente", En dialogo con la Jurisprudencia, año 8, numero 47, Gaceta Jurídica Editores Lima, 2004.

Hoy en cambio la negativa al sometimiento por causas no justificadas, determina la Declaración Judicial de paternidad Extramatrimonial, sin que por cierto, sea necesario algún indicio o que la filiación reclamada apareciese verosímil.

El formante jurisprudencial italiano, ha determinado que la prueba del ADN, es extraordinaria, y sólo será utilizada por el Juzgador cuando no pueda alcanzar por otro medio certeza y convicción sobre la paternidad reclamada.

El propósito de los formantes extranjeros comentados, creemos radica en el respeto a la integridad de la persona, y es que sólo ella, está facultada a decidir si se somete o no a la prueba biológica, y con ello como bien comenta Enrique Varsi Rospigliosi<sup>64</sup> se salvaguarda el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas frívolas o torticeras.

### **6.3.- LA OBLIGATORIEDAD AL SOMETIMIENTO DEL ADN**

Aventurándonos un poco, diremos sin temor a equivocarnos, que este es el punto de mayor debate a nivel doctrinario y que a suscitado innumerables opiniones encontradas a favor de y en contra, ya sea en defensa del derecho a la identidad biológica en contraposición al respeto del derecho a la integridad; incluso a nivel doctrinario existen dos teorías contrapuestas, veamos:

### **6.4.- TEORÍA DEL FIN SUPREMO**

La obligación de participar activamente y colaborar en el proceso judicial es un acto inherente a toda persona por vivir en un estado de derecho con sujeción a las normas del orden jurídico, por tanto, señala esta teoría, que el sometimiento a las pruebas genéticas ordenadas por el Juzgador para investigar la paternidad es una colaboración obligatoria y que no atenta contra la libertad individual, precisamente una forma indirecta que la prueba

---

<sup>64</sup> Varsi Rospigliosi, Enrique, "ADN Génesis del hombre y Espíritu de la Filiación, en: Cuadernos jurisprudenciales, de Dialogo con la Jurisprudencia, año 4 numero 37, Gaceta Jurídica Editores Lima,2004.

biológica de paternidad sea obligatoria es el establecimiento de una presunción en caso exista negativa a someterse a la prueba, Belmiro Pedro Welter<sup>65</sup> sostiene algunas razones para la obligatoriedad de la prueba del ADN.

No se puede aceptar que una simple excusa signifique un atraso legislativo y jurisprudencial, por el contrario se debe buscar la verdad material, la verdad real, la verdad biológica.

El examen genético sirve tanto para excluir como para declarar la paternidad por lo que no hay argumento aceptable para rehusarse al sometimiento, pues perfectamente se podrá excluir al demandado a la realización de la prueba.

De modo que para quienes sostienen esta teoría, no existe excusa alguna para someterse a la prueba biológica, debido a que el derecho a conocer la identidad biológica y el llamado interés del menor prevalece sobre el derecho a la integridad.

### **6.5.- TEORÍA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA**

Esta teoría sostiene que a nadie puede obligársele a someterse a exámenes biocorporales en contra de su voluntad, o lo que es lo mismo que nadie puede ser sometido a pruebas biológicas sin su consentimiento.

En nuestro país el primer párrafo del artículo 4 de la Ley General de Salud, establece que:

"Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúan de este requisito las intervenciones de emergencia."

---

<sup>65</sup> Citado por Varsi Rospigliosi, Enrique, op. Cit.Pag 7.

La teoría que comentamos se basa en el principio del respeto a la integridad de la persona, sólo ella está facultada a decidir si se somete o no a un tratamiento médico o si se somete a una prueba biológica.

La jurisprudencia española ha señalado entre otras cosas: "Que el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonablemente por la autoridad judicial en el seno del proceso", igualmente ha señalado que los derechos constitucionales a la intimidad e integridad física no pueden convertirse en una suerte de consagración de la impunidad."

Somos de la opinión, que la obligatoriedad al sometimiento de la prueba del ADN vulnera el derecho psicosomático a la integridad consagrada a nivel constitucional, y es que este derecho permite a la persona mantener la incolumidad de su cuerpo, frente a posibles atentados de terceros, pero también somos de la opinión que resulta más grave prohibir o imposibilitar, al hijo no reconocido, su derecho de conocer su paternidad biológica, de modo que sobre el derecho a la integridad está el interés superior del menor y el derecho a la identidad que es un derecho tutelar de desenvolvimiento de la persona.

Sin embargo, admitir esta hipótesis, nos abre un abanico de posibilidades de quienes teniendo una identidad "conocida", desean conocer su verdadero origen biológico, nos referimos a los siguientes casos:

- a.- Del hijo habido dentro del matrimonio, cuyo padre biológico no es el marido.
- b.- Del padre biológico que reclama la filiación del menor que ha sido reconocido por otra persona.

## 7.- REGLAS PROCESALES

En cuanto a las reglas procesales de aplicación en la investigación judicial de la filiación extramatrimonial, de la paternidad y de la maternidad, se podría mencionar las siguientes:

### a.- Del titular de la acción

Según lo establecido por el artículo 407 del Código Civil<sup>66</sup> que el único titular de la acción de declaración judicial de la filiación extramatrimonial de paternidad o maternidad, es el hijo, y la nueva ley de filiación indica, que Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

### b.- De quienes son los demandados

En el caso de la investigación judicial de la paternidad extramatrimonial, como es lógico, y así lo dispone el artículo 406, la acción se interpone contra el presunto padre, y habiendo fallecido, en contra de sus herederos.

El problema surge si los herederos no son conocidos, o a falta de herederos. La jurisprudencia ha aperturado dos alternativas, en función de la primera se podría dirigir la acción en contra del Defensor de Herencia que se nombre para el efecto; o también, como la segunda, se podría hacer valer la acción oblicua y solicitar preventivamente la respectiva declaración de herederos.

En el supuesto de la investigación de la maternidad, la acción tendrá que dirigirse, lógicamente, en contra de la presunta madre, y si ha fallecido, en contra de sus herederos.

---

<sup>66</sup> Código Civil, editora Grijley, 2001 art. 407

Como lo dispone el artículo 411, en concordancia con el artículo 406 del Código Civil Peruano<sup>67</sup>.

En razón de que los efectos de las sentencias que establecen la filiación extramatrimonial no se limitan a las personas que siguieron el juicio y de la que deriven de ellas su derecho, como dice el artículo 1082 del Código de Procedimientos Civiles, sino que tiene fuerza obligatoria para todos, hayan intervenido o no en el juicio, por que el estado civil de una persona es un hecho objetivo, independiente de los litigantes e indivisible, de modo que nadie puede ser hijo matrimonial para unos y extramatrimonial para otros,. Por fundamentos tan simples, el artículo 387 del Código Civil de 1936, autorizó a contradecir la demanda sobre declaración de la filiación extramatrimonial no sólo a los demandados sino también a todo el que tenga interés legítimo en los resultados de la litis.

**El Código Civil de 1984 ha suprimido la citada formula, según Cornejo Chávez, a iniciativa de la Comisión revisora, y que ha creado un vacío de interpretación, y que en todo caso facilita** la posibilidad que para perjudicar los intereses de terceros se fraguen acciones judiciales de filiación. Pero que puede resolverse en aplicación de los artículos 98 y 99 del Código Procesal Civil.

### **c.- Del Juez Competente**

El Código Civil, de 1936, en su artículo 385 estableció una regla poco practica para determinar la competencia del Juez en la declaración judicial de la paternidad, disponiendo que lo será el Juez del domicilio del demandante que tuvo a tiempo del nacimiento, o ante el Juez del domicilio del demandado, a elección del demandante, En tanto que no fijaba específicamente la competencia del Juez en el caso de la investigación judicial de la maternidad.

El C.C. de 1984, ha perfeccionado las reglas de la competencia del Juez para estos casos disponiendo, por intermedio del artículo 408, en concordancia con el artículo 411,

---

<sup>67</sup> Código Civil, editora Grijley, 2001.

que la acción de investigación, tanto de la paternidad como de la maternidad extramatrimonial, puede ser ejercitada ante el Juez del domicilio del demandado o del demandante. Que constituye una fórmula realmente práctica.

La nueva ley de Filiación extramatrimonial señala que el Juez competente es el Juez de Paz Letrado.

#### **d.- De la no Caducidad de la Acción-**

En cuanto a la vigencia de la acción de investigación judicial de la filiación extramatrimonial, el C.C. de 1936, estableció un régimen discriminatorio entre la de paternidad y la de maternidad. Así, en el primer caso, el artículo 379 prescribía que no podría intentarse la acción para que se declare la paternidad después de transcurridos de 3 años de la mayoría del hijo, salvo en el caso del inciso 2, del artículo 366, en el que la acción subsiste hasta un año después de la muerte del presunto padre; mientras que en el segundo caso, el artículo 380 disponía que la acción para que se declare la maternidad es imprescriptible.

El Código Civil de 1984, probablemente en atención al principio consagrado por el artículo 6, de la constitución y reiterado por el artículo 235, de que todos los hijos tienen iguales derechos y posibilidades, sin excepción alguna, ha eliminado la citada discriminación y establecido, en una regla única, mediante el artículo 410, que la acción investigatoria de la filiación extramatrimonial, de la paternidad y maternidad, no caduca. Lo que implica, también, la sustitución de la institución de la prescripción por la de caducidad.

#### **e.- De la prueba negativa de los grupos sanguíneos**

El código Civil de 1984, en lo que se refiere a la investigación judicial, de la filiación extramatrimonial, tanto en lo relativo a la paternidad como a la maternidad, ha introducido por intermedio del artículo 413, una importante innovación orientada a contribuir a su

mejor esclarecimiento, consistente en la admisión de la prueba negativa de los grupos sanguíneos, y deja abierta la posibilidad para la utilización de otros medios probatorios igualmente de validez científica.

El ponente o autor de la innovación Doctor Héctor Cornejo Chávez, fundamenta su iniciativa en que el progreso de la ciencia permite obtener de la prueba de sangre conclusiones tan inequívocas como las de cualesquiera otras pericias. Pero que la ciencia, en el estado actual de los conocimientos, no es capaz todavía de determinar, mediante el análisis sanguíneo, la paternidad o la maternidad desde un punto de vista positivo o afirmativo, o que un sujeto es hijo de otro. Pero que si está en condiciones de probar con certeza la no paternidad o la no maternidad, o sea desde un punto de vista negativo. Además, en lo que respecta a la factibilidad práctica de la prueba no presenta problemas insalvables, no requiriendo de laboratorios especiales ni de conocimientos o técnicas muy calificadas, de modo que puede ser actuada en cualquier laboratorio, y la lectura de sus resultados puede ser hecha también por cualquier juez.

En su segunda parte, el artículo 413 agrega que también es admisible la prueba de los grupos sanguíneos a petición de la parte demandante en el caso del artículo 402, inciso cuarto, cuando fueron varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada solo si dicha prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a la prueba, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás. La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a la prueba.

En principio, tratándose de una prueba negativa de la paternidad, constituye un medio de defensa que la ley otorga a favor del demandado, para demostrar que no es el padre, del demandante, lo que puede ocurrir o demostrar, como dice Cornejo Chávez, aun en el supuesto de que el demandado reconozca haber tenido y tratado al demandante como hijo o de haber cometido con la madre los delitos de violación, rapto, retención violenta y seducción.

El apercibimiento de ser dada por declarada la paternidad en caso de negativa de someterse al demandado al examen sanguíneo, se justifica por la imposibilidad de imponerle el sometimiento a dicha prueba, por haber implicancia con los derechos de la persona, que la constitución y la ley amparan.

La nueva ley de filiación extramatrimonial, modifica el artículo 402 inciso 6) del Código Civil,<sup>68</sup> en los términos siguientes: Procedencia de la declaración de paternidad extramatrimonial la Paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada...6.- Cuando se acredita 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.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza."<sup>69</sup>

La nueva ley de filiación extramatrimonial, señala en su artículo segundo que La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonada por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179 del Código Procesal Civil.

El ADN, será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo.

Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

---

<sup>68</sup> Código Civil, editora Grijley, 2001 art. 402

<sup>69</sup> Ley 28457 Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, Disposiciones complementarias. Promulgada el 07 de enero del 2005.

El artículo tercero de la Ley señala que si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso.

Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso.

La declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El Juez de Familia resolverá en un plazo no mayor de diez días.

## **8.- DERECHOS DEL HIJO ALIMENTISTA**

Como se ha explicado, la filiación extramatrimonial se establece por el reconocimiento voluntario de los padres, o a falta de éste, por la respectiva declaración judicial, sea de la paternidad o de la maternidad.

El problema es del hijo que no ha sido favorecido con el reconocimiento voluntario y que tampoco ha logrado éxito en la investigación judicial de la paternidad o de la maternidad, quedando por tanto, en la situación de carecer de familia, de progenitores, de relación de parentesco con persona alguna.

Dicha situación es frecuente en lo que se refiere a la paternidad, porque las causales que la ley señala para su investigación son muy severos o restrictivos, que por estar limitados taxativamente a los cinco casos que enumera el artículo 402, excluyen a todos los demás que pudieran presentarse en la práctica, por más evidentes que fueran, de ahí la existencia de un porcentaje apreciable de nuestra población de niños o de hijos sin padre.

La ley ha considerado la situación de necesidad de dichas personas, y en protección de las mismas, les ha concedido el derecho de reclamar alimentos del varón, que de todos

los demás, con mayores posibilidades podría ser reputado como su progenitor, por el hecho concreto de haber tenido relaciones sexuales con su madre, no en cualquier tiempo, sino en la época de su concepción.

Este es el fundamento del artículo 415, al disponer que fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de 18 años. La pensión continua vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia, por incapacidad física o mental.

Luego, la citada acción de alimentos está limitada a la comprobación de dos extremos: de las relaciones sexuales con la madre y que estas hayan tenido lugar, en la época de la concepción del hijo. Sin embargo, aún en el supuesto de la realidad de tales hechos, puede ser contradicha por el demandado en los casos del artículo 403, en concordancia con el artículo 416.

Según el artículo 417, la acción que el artículo 415 del Código Civil<sup>70</sup> otorga al hijo alimentista es personal, se ejercita por medio de su representante legal y se dirige contra el presunto padre o sus herederos. Estos, sin embargo, no tienen que pagar al hijo mas de lo que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado.

Esta obligación alimentaria no es susceptible de desplazarse en contra de los parientes del presunto padre como ocurre con los demás hijos, por la sencilla razón que no tienen status familiar, como lo establece expresamente el artículo 480. Pero a la muerte del obligado testador la obligación se transmite junto con los demás de la sucesión pero limitada a la porción de libre disposición, como lo dispone el artículo 728.

La sentencia que impone la obligación alimentaria, materia del artículo 415, produce los mismos efectos que el reconocimiento en lo que se refiere a los impedimentos matrimoniales. Así lo establece el artículo 242, inciso 1.

---

<sup>70</sup> Código Civil, editora Grijley 2001, art. 415

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La filiación extramatrimonial es la figura jurídica que se presenta cuando de una relación fuera del matrimonio nace un hijo y que en muchas oportunidades es consecuencia de una relación amorosa corta, de una convivencia o de una relación laboral.

**SEGUNDA.-** La nueva Ley de Filiación Extramatrimonial es una ley que establece un mecanismo procesal más rápido, en la vía del proceso especial, por el cual se emplaza al demandado y si éste no formula oposición dentro del plazo de diez días se le considera como padre del menor cuya paternidad se demanda, aspecto que debe estar más regulado y mejor establecido en la respectiva ley.

**TERCERA.-** Después del análisis de Ley y con la investigación efectuada se reconoce como consecuencia social el otorgarle a un niño su identidad por el cual el padre biológico se ha desentendido.

**CUARTA.-** Como consecuencia económica se establece la generación de un proceso de prestación de alimentos conllevado a que el padre biológico se obligue a asistir al menor declarado para que cubra sus necesidades básicas como educación, vestimenta, salud, recreación vivienda, aun cuando ello no satisfaga el cien por ciento de sus necesidades.

**QUINTA.-** Como consecuencias jurídicas de la filiación extramatrimonial tenemos que el menor declarado va a ser amparado en su derecho hereditario, a la vez llevar un apellido paterno lo cual le otorga mayor seguridad jurídica en sus derechos.

**SEXTA.-** La Ley de Filiación Extramatrimonial, debe ser modificada en cuanto a la forma de notificación al demandado, esto para asegurar un debido proceso, por que si usamos las formas de notificación establecidas en nuestro ordenamiento procesal, se puede cometer un abuso de derecho, por que una notificación normal si no se le encuentra a la persona se deja un aviso para regresar al día siguiente y si no se le encuentra en esta nueva

fecha, se deja la notificación por debajo de la puerta, lo cual no nos garantiza que realmente haya cumplido su finalidad la notificación en este tipo de procesos y que el demandado efectivamente haya tomado conocimiento del contenido de la demanda.

**SEPTIMA.-** La filiación extramatrimonial en la sociedad es muy importante no solo en sus aspectos sociales, económicos y jurídicos, sino básicamente en el aspecto moral de toda persona a sentirse respetado y querido por sus propios progenitores, quienes son los llamados en primer lugar a darles ese derecho y no ser objeto de rechazo para la sociedad, ya que ello ocurre en nuestra realidad que niños no reconocidos por sus padres biológicos se sienten menospreciados.

**OCTAVA.-** La aplicación de la nueva ley de filiación extramatrimonial esta dada precisamente para que el niño o la niña tengan la identidad que les corresponde, pero ésta debe ser dentro del marco del debido proceso, y para ello se hace necesario establecer que la relación jurídica procesal se entable correctamente.

**NOVENA.-** El derecho a un nombre es un derecho consagrado en nuestra Constitución Política del Estado como se puede observar en su artículo segundo numeral uno, respecto a derechos fundamentales, en donde establece que toda persona tiene derecho: A la vida, **a su identidad**, a su integridad moral...

**DECIMA.-** El trámite del proceso de filiación extramatrimonial, es aplaudible pero no se encuentra establecido de manera correcta, clara y concisa con respecto a las formas y garantías para un debido proceso, tanto para el niño o niña cuya paternidad se persigue, como para el demandado; contiene vacíos legales que pueden dar origen a cometer un abuso de derecho.

**DECIMO PRIMERA.-** Las consecuencias de un proceso de filiación extramatrimonial básicamente es el derecho o derechos que adquiere el niño o niña al considerársele o dársele **una identidad**, por que se crea derechos alimentarios, derechos

hereditarios, es decir todos los derechos que un niño nacido dentro del matrimonio le corresponde.

**DECIMO SEGUNDA.-** Los Juzgados de Paz Letrados tramitan los procesos de filiación extramatrimonial como procesos especiales ya que la misma ley no establece una vía procedimental determinada.

**DECIMO TERCERA.-** Como calificación de la demanda, se ha tomado en cuenta la admisión que se establece por cumplir los requisitos de Ley; se han rechazado aquellas demandas que habiendo sido declaradas inadmisibles no han sido subsanadas en su momento; han sido declaradas improcedentes las que no cumplían con los requisitos de fondo como es el caso de la incompetencia.

**DECIMO CUARTA.-** El pago de la tasa judicial es un obstáculo económico para iniciar un proceso de filiación extramatrimonial, lo que resulta incoherente con lo establecido por el artículo 179 del Código Procesal Civil, ya que solo corresponde al ofrecimiento de pruebas mas no al pago de la toma de muestras para la prueba del ADN

**DECIMO QUINTA.-** Dentro del tipo de relación de las parejas que han demandado la filiación extramatrimonial resalta con mayor ingerencia la de la convivencia y en muchos casos la demanda ha sido declarada fundada.

**DECIMO SEXTA.-** Algunos Juzgados han emplazado al demandado a través de la policía del lugar del domicilio real del mismo, resultando ello positivo para un debido proceso, sin embargo la gran parte de demandados no se han opuesto a la demanda o al haberse opuesto no se someten a la prueba del ADN, por resultar un costo excesivo y los pocos que se han sometido a dicha prueba la consecuencias ha sido que se declare fundada la demanda, siendo que un uno por ciento se ha declarado infundada resultando que la prueba era negativa.-

**DECIMO SÉPTIMA.-** El sesenta por ciento de los procesos declarados fundados se han oficiado a la Municipalidad para la inscripción de la partida correspondiente, sin embargo las mismas no han sido adjuntadas al expediente.

**DECIMO OCTAVA.-** La Ley de Filiación Extramatrimonial para su actual aplicación ha pasado por diversa fases, tenemos así el Código Civil en su artículo 402 establecía cinco supuestos en los que podía ampararse para interponer la demanda de declaración judicial, que posteriormente mediante Ley Nro. 27048 modifica dicho artículo y en el mismo le agrega un supuesto referido al sometimiento a la prueba del ADN, no como una obligación sino como una probabilidad, empero con la nueva Ley 28457 se obliga al presunto padre al sometimiento a la prueba del ADN y sino se realizara dicha prueba se atribuye la paternidad.

**DECIMO NOVENA.-** Después de realizada la investigación se tiene como conclusión final que la hipótesis se ha cumplido, no siendo en vano la investigación y se sugiere para una mejor aplicación de la Ley se propone la modificación y agregados a la misma.

## SUGERENCIAS

**PRIMERA.-** El proceso de Filiación Extramatrimonial debería guardar todas las garantías necesarias para que éste sea válido en todos sus aspectos, es decir debe de garantizarse el derecho a una correcta defensa por parte del demandado, y ello debe de hacerse a través de una notificación válida, para lo cual se sugiere una modificatoria a la Ley para que el emplazamiento sea efectuado con todas las garantías necesarias de un debido proceso, esto es a través de la Policía Nacional del lugar de residencia del demandado con una constatación domiciliaria, además de una información del RENIEC para acreditar el domicilio real del mismo.

**SEGUNDA.-** El proceso de filiación extramatrimonial, es muy bueno, tanto por su rapidez y por la eficacia de la prueba del ADN al que se someten las partes, empero al ser elevado el costo de la prueba de ADN muchas veces no inician el proceso, y si lo hacen no se culmina por la falta de medios económicos, por lo que se hace necesario que el Estado a través del laboratorio de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú practique la prueba del ADN, sin costo alguno a la sola solicitud del Juzgado, en resguardo del interés superior de niño, previo un informe social que acredite el estado de necesidad de la solicitante.

**TERCERA.-** Se recomienda que este proceso sea usado por personas con toda la autoridad moral y de buena fe, para darle a su hijo una identidad verdadera, y no sea usado por mujeres que por el sólo hecho de hacer daño a un varón le acusen o le imputen una paternidad que no lo corresponde.

**CUARTA.-** Sensibilizar a las autoridades y personas que tengan que ver con el desarrollo y protección de los niños y niñas, para que se puede orientar a través de programas a las familias la importancia de que todo niño tiene derecho a llevar un nombre y un apellido, a saber quienes son sus padres, es decir a tener una identidad debidamente determinada.

**QUINTA.-** Así mismo se sugiere que se establezca la figura del Auxilio Judicial para interponer la demanda y efectuar trámites dentro del proceso, ya que el mismo hecho de iniciar un proceso judicial irroga gastos como es el pago de aranceles judiciales, cédulas de notificación y el mismo pago de los honorarios de los abogados que patrocinan dichas causas.

**SEXTA.-** Finalmente se sugiere que al término del proceso con una sentencia que declare fundada la demanda y consentida sea ésta se oficie a la Municipalidad correspondiente para su anotación marginal respectiva y una vez efectuado dicho acto se remita al Juzgado una copia fedatada de la partida de nacimiento para posteriormente archivar el proceso.



## PROYECTO DE LEY

### LEY N°

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA

POR CUANTO

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

### **LEY QUE MODIFICA Y AGREGA ARTICULADOS DE LA LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL – LEY NRO. 28457**

#### **Artículo único - OBJETO DE LA LEY.**

Modifíquese los artículos 1° y 2° y agréguese los artículos 6° y 7° a la Ley N° 28457 Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial de la siguiente manera:

#### **Artículo 1°.- Demanda y Juez competente**

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

**Siendo requisito indispensable presentar la partida de nacimiento de quien se solicita la paternidad además del ofrecimiento indispensable de la prueba del ADN.**

Es facultativo presentar un Certificado de la RENIEC respecto de los datos domiciliarios del emplazado a fin de determinar fehacientemente el domicilio del mismo, siendo que si el emplazado cuenta con varios domicilios notificarlos en todos ellos.

En el caso de no presentarse dicho Certificado, será el Juez quien de oficio solicite mediante oficio el Certificado de la RENIEC quien deberá de remitir dicha información en el plazo de cinco días bajo responsabilidad.

De igual manera el Juez ordenará que se notifique al emplazado mediante la Comisaría del sector del domicilio del mismo, dando cuenta de su ubicación o no.

**Todo ello para no dejar vulnerar el derecho de defensa del emplazado.**

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de 10 días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

### **EL TEXTO ACTUAL DE LA LEY N° 28457 ESTABLECE**

#### **Artículo 1°.- Demanda y Juez competente**

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

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

#### **Artículo 2° Oposición**

La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179° y siguientes del Código Procesal Civil.

El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo.

Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

**En el caso que el emplazado se allanara al proceso sin trámite alguno se expedirá sentencia declarando fundada la demanda.**

### **EL TEXTO ACTUAL DE LA LEY N° 28457 ESTABLECE**

#### **Artículo 2°.- Oposición**

La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179° y siguientes del Código Procesal Civil.

El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo.

Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

**“Artículo 6°.-** Se concederá el Auxilio Judicial a la parte demandante en el auto que admite a trámite la demanda cuando se solicite como un pedido adicional al de la demanda; auxilio que alcanzará sólo para el pago de tasas judiciales y cédulas de notificación. Así mismo se practicará a prueba de ADN en forma gratuita a través de laboratorio de la dirección de criminalística de la Policía Nacional del Perú, con la solo solicitud del juzgado, previo un informe social que acredite el estado de necesidad de la solicitante.

**“Artículo 7°.-** Una vez que quede consentida la sentencia se oficiará a la Municipalidad correspondiente para su anotación marginal respectiva y una vez efectuado dicho acto se remita al Juzgado una copia fedatada de la partida de nacimiento para posteriormente archivar el proceso.”

Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los ..... del mes de ..... del año dos mil seis.

## BIBLIOGRAFIA

- 1.- Ballesteros, Jesus, Derechos Humanos, Concepto, Fundamentos, Madrid, Iditorial Tecnos, 1992.
- 2.- Bernales Ballesteros, Enrique, La constitución de 1993. Análisis Comparado. Editoria Rao. Constitución y Sociedad ICS. Quinta Edición, Lima 1999.
- 3.- Código Civil Comentado por los 100 mejores Especialistas de la Gaceta Jurídica 10 tomos.- Tomo III derecho de Familia.- Primera edición Julio 2003. Pg. 782.
- 4.- Cornejo Chávez, Héctor, Derecho Familiar Peruano, 8va edición Lima, Peru 1991, pág. 494. Librería Studium Ediciones.
- 5.- Cornejo Fava, María Teresa, Matrimonio y Familia su tratamiento en el derecho, Editorial Tercer Milenio, Lima 2000.
- 6.- Corral Talciani, Hernán , Derecho y Derechos de la Familia, editora Jurídica Grijley, Primer edición febrero 2005, Lima Perú. Pág. 329
- 7.- Chunga la Monja , Fermin, Derecho de Menores, Editora Jurídica Grilley Lima 2001.
- 8.- Espinoza Espinoza, Juan, El Interés Superior del Menor frente al Interés Superior del Presidente", En Dialogo con la Jurisprudencia, año 8 numero 47 Gaceta Jurídica Editores Lima 2004.
- 9.- Fernandez Sessarego, Carlos, Daño a la identidad personal, Themis Nro. 36, Revista de Derecho.

- 10.- Ley 27048, Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad (06-01-99)
- 11.- Ludeña Gonzales, Gerardo Francisco, Derechos de los niños, niñas y adolescentes, El reconocimiento, Lima, Febrero 2000
- 12.- Placido V., Alex F, Filiación y Patria Potestad en la doctrina y en la jurisprudencia, Gaceta Jurídica.- Primera edición Marzo 2003.- Pg. 638.
- 13.- Quiroga de Michalena, M, En Cuadernos Jurisprudenciales, año 4 numero 37 Julio 2004, pag. 19 revista Dialogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica Editores Lima 2004.
- 14.- Varsi Rospigliosi, Enrique, "Divorcio, Filiación y Patria potestad" Lima Editora Jurídica Grijley 2004.- Pg. 499.
- 15.- Varsi Rospigliosi, Enrique, "ADN Génesis del hombre y Espíritu de la Filiación, en Cuadernos Jurisprudenciales, de Dialogo con la Jurisprudencia, año 4 numero 37 .
- 16.- Varsi Rospigliosi, Enrique, En suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial el Peruano, del 25 de Enero del 2005.
- 17.- Zannoni Eduardo A. Derecho Civil Derecho de Familia tomo II, 4ta edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires 2002.



# ANEXO



# PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

# UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA

## ESCUELA DE POSTGRADO

### MAESTRIA EN DERECHO DE FAMILIA

### PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

"CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY QUE  
REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE  
PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - LEY 28457, EN LOS  
JUZGADOS DE PAZ LETRADOS DE AREQUIPA "

MAESTRISTA:

SILVIA AGUILAR HERMOZA

AREQUIPA – PERU

2006

## PRESENTACION

Uno de los problemas que aqueja a muchos niños y niñas que no tienen una identidad completa, esto es un nombre con apellidos tanto paterno como materno, ello debido a muchas causas internas ó externas.

Hoy en día se encuentra consagrado en la Constitución Política del Estado es el derecho a una identidad a un nombre, sin embargo muchas personas no tienen este derecho o se les niega, siendo necesario que toda persona tenga a una identidad.

Con la nueva ley que regula el proceso sobre filiación extramatrimonial que se va a extremos, siendo que el ánimo y espíritu de la Ley es buscar una solución a un problema.

Al considerarse o darse una mecánica procesal especial a este tipo de procesos que anteriormente se tramitaban por las vías del proceso de conocimiento.

Ahora en la nueva ley se tramitará como un proceso especial, donde se corre traslado a la parte demandada por el plazo de diez días para que formule oposición y si no lo hace se considerará padre del menor cuya filiación se persigue.

Existiendo la necesidad de buscar mecanismos que otorguen a las personas a conocer su identidad, biológica, cual es su origen, de dónde vienen, quien es su padre, o su madre, mediante procesos que den seguridad jurídica en la determinación de la misma

**Arequipa, Marzo del 2006**

## **1.- PROBLEMA DE INVESTIGACION**

### **1.1.- Enunciado del problema.**

**"CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL LEY 28457, EN LOS JUZGADO DE PAZ LETRADOS DEL CERCADO DE AREQUIPA AÑO 2005."**

### **1.2.- DESCRIPCION DEL PROBLEMA**

#### **1.2.1.- AREA DEL CONOCIMIENTO**

El problema a investigar se encuentra ubicado en:

CAMPO : Ciencias Jurídicas  
AREA : Derecho de Familia  
LINEA : Filiación Extramatrimonial

#### **1.2.2.- ANALISIS DE VARIABLES**

##### **1.2.2.1.- VARIABLE INDEPENDIENTE**

**LA LEY DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL NRO. 28457  
INDICADOR:**

**A.- Ley Nro. 28457 (Ley de Filiación Extramatrimonial)**

##### **Sub-indicador**

- a) Proceso de Filiación Extramatrimonial
- b) Procedimiento ante los Juzgados de Paz Letrados

**B.- Filiación Extramatrimonial**

##### **Sub-indicador**

- a) A.D.N.
- b) Filiación Matrimonial
- c) Filiación Extramatrimonial
- d) Declaración Judicial de Paternidad
- e) Familia
- f) Paternidad

### 1.2.2.2.- VARIABLE DEPENDIENTE

## CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

### INDICADORES:

#### A.- Consecuencias

- a.- Sociales
- b.- Económicas
- c.- Jurídicas

#### B.- Aplicación

- a.- Procesos Judiciales
- b.- Expedientes judiciales seguidos por ante los Juzgados de Paz Letrados del cercado del distrito judicial de Arequipa.

### 1.2.3.- INTERROGANTES BASICAS

1. ¿Cómo concibe la filiación Extramatrimonial la ley Nro.28457 ?
2. ¿Cuáles son los procedimientos en cuanto a la aplicación de la filiación extramatrimonial?
3. ¿Que consecuencias sociales, económicas y jurídicas acarrea la filiación Extramatrimonial?
4. ¿Cuáles son los criterios fundamentales en la aplicación de la ley para establecer una filiación extramatrimonial?
5. ¿Que importancia tiene la aplicación de la Ley Nro. 28457?
6. ¿Que importancia acarrea la Filiación Extramatrimonial en la Sociedad.?
7. ¿Cómo se aplica el debido proceso en los casos de Filiación Extramatrimonial?

### 1.2.5.- TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACION

La investigación será:

**Por su Finalidad:** Aplicada, por que va a solucionar un problema

**Por el tiempo:** Sincronizada, por que se establece en un momento determinado

**Por el Nivel de Profundización:** Descriptiva.- Explicativa, por que describe y explica la magnitud de la aplicación y sus consecuencias de la ley de filiación extramatrimonial.

**Por el Ámbito.-** de Campo y Documental, por que se van a revisar expedientes y se utilizan datos y normas del problema.

### 1.3.- Justificación.-

El problema de la aplicación de la Nueva Ley de Filiación Extramatrimonial adquiere un carácter de relevancia humana y contemporánea, que presenta vacíos e incógnitas en sus diversas manifestaciones.

Debiendo para ello establecerse una reglamentación mediante la cual se determine los plazos exactos y el correcto emplazamiento al demandado para garantizar el debido proceso, ello por que del texto de la ley tenemos que una vez notificado el demandado éste sólo tiene diez días hábiles para formular oposición y si no lo hace se emite la resolución que lo declara como padre del menor cuya filiación se persigue, con todas las consecuencias jurídicas, sociales y económicas; y ¿qué sucediera en el caso que no hubo un emplazamiento debido?.

Así mismo se debe determinar el tipo de proceso mediante el cual se va a seguir dicho trámite, ya que los Juzgados de Paz Letrados les dan el trámite de un proceso ejecutivo, debiendo ser un proceso especial, debiendo ello ser reglamentado.

La nueva Ley puede ser usada para perjudicar al presunto padre en el caso de que éste no contradiga o formule oposición, sea por falta de conocimiento o por una aceptación tacita con respecto a su conducta.

El desconocimiento por parte de la población directamente afectada, también determina que exista un problema, ya que no hacen efectivo su derecho a ejercer la verdadera identidad, sin embargo al obtener beneficios económicos como los alimentos

prefieren desconocer la identidad paterna de sus propios hijos, porque interesa más lo económico que lo moral ligado con la identidad.

Es determinante efectuar una investigación con respecto a la aplicación de la ley de filiación extramatrimonial y cuáles son sus consecuencias, porque notaremos que la tramitación necesita del apoyo de un reglamento, el cual debe profundizar en cuanto a los plazos y la oposición del ejecutado o demandado en dichos procesos, tomando en cuenta tanto el valor humano como el moral.

En cuanto al problema a investigar no se ha encontrado antecedente alguno, siendo la única investigación con respecto a la aplicación de la nueva ley de filiación extramatrimonial.

## **PRESENTACION DEL PLANTEAMIENTO TEORICO : MARCO CONCEPTUAL.-**

### **1.- FILIACION**

El derecho español prevé una categoría de hijos extramatromoniales no contemplada en el derecho francés: la de los sacrílego, nacidos de religiosos ligados por votos sagrados.

La palabra Filiación proviene de la acepción latina Filii Filii, que significa hijo: y significa la línea descendente que existe entre dos personas en donde una es la madre o padre de otra, pero también puede entenderse como la relación que se da entre dos seres de los cuales uno emana del otro por generación.

El término filiación es correlativo de las palabras maternidad y paternidad, expresiones que designan el mismo vínculo que une a la madre o al padre con su hijo, pero apreciado desde un punto de vista diverso.

Si se tuviera que definir a la filiación podríamos decir que es el vínculo jurídico que une a un hijo con sus progenitores y consiste en la relación de parentesco establecido por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado. En la actual legislación encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo en la adoptiva que corresponde a una creación legal.

En sentido muy amplio, la filiación puede significar la descendencia en línea directa, pero en sentido jurídico tiene un significado más restringido, equivalente a relación inmediata del padre o madre con el hijo; de aquí que la relación de filiación se denomine paternidad o maternidad, según se considere el lado del padre o de la madre; y por lo tanto, la filiación puede definirse como la relación que existe en dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra.<sup>71</sup>

## 2.- LA FAMILIA

Por definición la Familia es el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas<sup>72</sup>. Mas que un componente jurídico, la familia es una institución reconocida por el derecho como un requerimiento social del hombre, en la que satisface sus necesidades a través de la convivencia .

Como una organización social la familia ha perdurado a lo largo de toda la historia de la humanidad. Claro, ha ido sufriendo cambios en su composición y estructura como consecuencia del desarrollo social, y eso viene dirigiendo los nuevos patrones legales. La familia no es la misma de antes, ni se mantendrá como está en el futuro. Nadie puede atreverse a decir que la familia de los abuelos es la misma que la nuestra, ni que la de nuestros hijos rija similarmente a los nietos del futuro. Sin necesidad de leer a los futurólogos, somos conscientes de una nueva dimensión de las relaciones humanas.

---

<sup>71</sup> Conforme, Planiol, Marcel, RIPERT, Georges. Traite elementaire de droit civil.Paris Librairie Generale de Droit et de Jurisprudencia, 1948. Tomo I, numero 1280, p.454.

<sup>72</sup> Real Academia Española : Diccionario de la lengua española 21ava edición, Madrid 1992 ,P.949.

### **3.- EL MATRIMONIO.-**

El matrimonio es tan antiguo como el propio hombre.

Sociológicamente, es la institucionalización de las relaciones cuyo sustento está en la unión intersexual reconocida por la ley. Para el Derecho. El matrimonio es un hecho jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común , procrear y educar a sus hijos. Para la sexología, el matrimonio es el ejercicio legítimo de los genitales.

### **4.- LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.-**

Denominada en Roma Filiación legítima, era la derivada de lo efectos del matrimonio otorgando a los hijos ex incho matrimonio la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos.

Esta filiación es una institución que se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo esta su causa esencial. Sin embargo, el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación, hecho por el cual han sufrido teorías que tratan de determinar que hijos son matrimoniales y cuales no.

Los hijos nacidos dentro del matrimonio tienen por padre al marido de la mujer. Esta presunción de paternidad "si bien dispensa de probar el hecho biológico, no reposa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo", tales como la fidelidad y la cohabitación que, como decía Mazeaud, son los pilares de la unión monogámica o presunciones vitales como las llamaba Josserand, de las que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción positiva de contacto, como considera Puig Peña, en Sentido concreto y práctico la presunción de paternidad descansa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, presentándose esta última como su principal fundamento.

La determinación de la paternidad ha sido un hecho de permanente preocupación por el Derecho, en primer lugar por los efectos que ello genera y segundo por el tema de su probanza y fijación exacta (patear esmero hincheras). Es por este esquema que se argumentaron las presunciones de paternidad a efectos de lograr un establecimiento legal a falta de presupuestos biológicos que la consoliden. Como dice Diniz, la imposibilidad de probar directamente la paternidad determinó que la filiación se asiente en un juego de presunciones fundas en probabilidades ; la presunción de legitimidad matrimonial es una de ellas. Su fuerza y trascendencia en el Derecho comparado han comportado una opción del legislador útil en la practica a pesar de su desvinculación con el hecho biológico.

Se parte de la premisa que el marido de la madre es el padre de los hijos de ésta siempre que nazcan dentro de lo términos indicados por la ley. (patre certo nasci)

Estas situaciones resultan bastante controversias, de allí que para solventar las relaciones familiares se haya estructurado un esquema filial especial sustentado en el matrimonio de los cónyuges, de manera que los hijos sean concebidos o nacidos (según sea el caso) durante la unión marital, serán atribuidos al marido de la mujer que los parió, los hijos matrimoniales la filiación se acredita contundentemente respecto del padre y de la madre. Al demostrar la maternidad se manifiesta, propiamente y siempre, la paternidad del marido (principio de la indivisibilidad de la paternidad matrimonial), a pesar que luego pueda ser impugnada. Esta filiación sienta sus bases en la presunción pater est articulo 361 del Código Civil) y en la presunción reafirmatoria de paternidad (art. 362: el hijo se presume del marido asi la mujer niegue la paternidad de su cónyuge o esta sea condenada como adúltera, atribuyéndose legal o automáticamente el vinculo paternal (atribución de paternidad ministerio legis u ope legis) A mayor abundamiento y con el fin de esclarece cuales hijos son matrimoniales y cuales no, debemos de comparar este dispositivo con el artículo 386<sup>73</sup>, cuyo análisis hacemos en este punto el que se sustenta en que son hijos extramatromoniales los concebidos y nacidos durante el matrimonio.

---

<sup>73</sup> Art. 386 del Código Civil.- Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

El principio de atribución paternal sustentado en el matrimonio tiene antecedentes muy remotos. Lo tenemos en el Código de Hammurabi, en las leyes de Manu, en el derecho hebreo y en el antiguo Derecho Romano. En este último se consagró primigeniamente dies nuptiarum dies est conceptionis et nativatis legitimar, es decir, el día del matrimonio es el día de la concepción y del nacimiento legítimo.

Sin embargo la mayoría de textos establecen su origen en la máxima contemplada en el Digesto (D.2.4.5) que reza Pater est is quem justae nuptia demonstrant ("padre es el que se demuestra con las byocuas "). Su fuerza, efectividad y trascendencia fue tal que pasó del Derecho canónico medieval o los glosadores y post glosadores, del derecho intermedio hasta los códigos mas modernos. Como principio rector de la filiación matrimonial, consagrado en el artículo 361 de nuestro código, esta normado que busca es la determinación de una filiación constitutiva, una atribución de la paternidad ministerio legis o automática, también conocida como atribución de paternidad o legis.

Tiene como antecedentes legislativo nacional la idéntica redacción del artículo 299 del Código Civil de 1936 y muy parecida, en sentido amplio y genérico, en el artículo 221 del Código DE 1852 que fraseaba: "Los hijos nacidos o concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido". La filiación legítima" (como técnicamente aún se le sigue conociendo) se presenta de siempre unida al matrimonio y a la consideración social y jurídica que rodea al mismo, cual es la unión sexual monogámica. Desde mediados del siglo pasado ha habido un intenso movimiento favorable ala aproximación de las filiaciones en cuanto a us efectos jurídicos, distanciándose de la situación de los progenitores para calificar la filiación .

## **5.- LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido la filiación "legítima" de la "ilegítima", determinando para aquella un trato privilegiado y degradando a esta última.

Sus antecedentes históricos los tenemos en el Derecho de la Roma Clásica donde se estimulaba la unión matrimonial dando firmeza, certidumbre y estabilidad a los derechos y obligaciones emergentes de la procreación y a las relaciones parentales derivadas de la unión matrimonial.

La protección a las relaciones matrimoniales trajo como consecuencias la sanción de las uniones sexuales extramatrimoniales, de tal manera que constituía delito la unión sexual de dos personas libres (delito de estupro) o la unión de una persona libre con una que no lo fuese (delito de contubernio).

En los casos antes mencionados el fruto de la concepción no era considerado ni siquiera como hijo natural.

Un trato diferente mereció la figura del concubinato, ya que el vínculo que derivaba del mismo configuraba similar certeza que la del matrimonio. Sin embargo, este criterio de paridad de la relación vincular que surgían del matrimonio o del concubinato, solo tuvo vigencia hasta que el Derecho canónico afianzó el nexo matrimonial mongólico, basándose en el axioma jurídico enfadado es de fecho aquel que non naces de casamiento derecho.<sup>74</sup>

En la filiación extramatrimoniales, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, de allí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición legal (declaración Judicial) son los medios de establecerla.

## **6.- LA DECLARACION JUDICIAL DE LA PATERNIDAD**

El derecho y la ley deben reconocer la facultad inherente que tiene el hijo de reclamar su estado filiativo y exigir a sus padres que cumplan con los deberes y obligaciones naturales que tiene respecto de él.

---

<sup>74</sup> Comejo Chavez Hector : Derecho familiar peruano, 6ta edición ,Lima Studium,1987.T II.P.90.

Y es que filiación, como relación bio jurídica que tienen los padres con sus hijos, ha sido estudiada por mucho tiempo desde un ángulo romántico, una óptica espiritual y un contenido novelesco ocasionando el aumento de las madres solteras, hijos extramatrimoniales y atribuciones de paternidad antojadizas en el Registro Civil, todo como consecuencia de criterios poco claros en la referente a la responsabilidad pro creacional.

Entendemos que el Estado tiene interés en que ni la sombra ni la confusión se proyecten a tan trascendental relación, debiendo dictar medidas de protección para asegurar el cumplimiento de la filiación y de los deberes familiares.

Sin embargo, la relación paterno filial y su connotación universal ha determinado que el Estado no solo haya tomado medidas legales para remediar los problemas suscitados, sino que ha tenido que valerse de alternativas médicas, como las mas adecuadas, para resolver el problema de la relación filial. A ello se suman los programas de planificación familiar que han servido para disminuir la tasa de natalidad.

La ética, la religión y la moral han influido sobre el interés jurídico por la protección de la estabilidad de las familias y han incrementado el interés supremo, y prevalente por la protección de los hijos, ya sean estos matrimoniales o extramatrimoniales.

Este cambio esencial y necesario del Derecho se ve reflejado en temas como:

- La igualdad de los hijos
- La permisibilidad en la investigación de la paternidad.
- La admisibilidad de las pruebas heredobiológicas en la investigación de la filiación paterna.
- El amparo a la paternidad responsable.

## 7.- HIJO ALIMENTISTA

Esta institución esta consagrada en el Derecho familiar nacional y es típica de los sistemas cerrados de paternidad que, basados en situaciones de hecho taxativas y de valoración objetiva, no consideran todas las posibilidades en las que se puede atribuir una paternidad.

Como es sabido, el aquí mal denominado hijo no es otra cosa que un acreedor alimentario por parte de : a) quien en momento específico mantuvo relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción (art. 415 del Código Civil); o b) quien negó someterse a las pruebas biogenéticas decretas en un proceso de declaración judicial de paternidad (art.402 inciso 6). <sup>75</sup>En este sentido, se alega que la obligación nace al existir un indicio, no probado, de que aquel sea el padre, lo que determina una presunción alimentaria de paternidad.

Ese derecho de alimentos permanece hasta la mayoría de edad o cese de la incapacidad. En este sentido, no irroga derechos filiales al carecerse de status familiae.

### ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.-

En lo que se refiere al presente tema de investigación no se ha podido encontrar tesis universitaria en las facultades de derecho de la Universidad San Agustín, San Pablo, Católica, y Alas Peruanas de Arequipa.

### OBJETIVOS .-

- Determinar la conceptualización de Filiación Extramatrimonial con respecto a la Ley 28457
- Establecer los procedimientos en cuanto a la aplicación de la Filiación extramatrimonial.

---

<sup>75</sup> Art. 402 del Código Civil de 1984.Modificado por la Ley 27048 del 6 de enero de 1999.

- Reconocer las consecuencias sociales, económicas jurídicas de la filiación extramatrimonial.
- Determinar los criterios fundamentales en la aplicación de la Ley Nro. 28457, para establecer la filiación extramatrimonial.
- Determinar la Importancia de la Filiación Extramatrimonial en la sociedad.
- Determinar la aplicación del Debido Proceso en los casos de filiación Extramatrimonial.

### **HIPOTESIS.-**

#### **DADO QUÉ**

- El Código Civil en su artículo 402 contenía las causas para solicitar la filiación extramatrimonial las mismas que no eran precisas y acarrea problemas no resueltos,
- Que la aplicación de la prueba del ADN favorezca el reconocimiento de la paternidad,
- Que la prueba del ADN genera mayores costos y gastos.
- Que los procesos de filiación extramatrimonial no general confianza en los justiciables.
- Con la nueva ley se han creado indefensión en el Demandado.

#### **ES PROBABLE QUÉ**

Con la aplicación de la nueva ley 28457 Ley de Filiación Extramatrimonial se encuentren vacíos legales acarreado consecuencias negativas de carácter social, como reputar padre a quien no lo es; económico como solicitar alimentos a quien no esta obligado a darlo; y jurídico como no establecer un debido proceso para el demandado, en los procesos judiciales de filiación extramatrimonial, debiendo establecerse para ello una reglamentación específica.

### **PLANTEAMIENTO OPERACIONAL**

**2.1.1 MATERIALES A EMPLEARSE.-** Dentro de los materiales que se pretende utilizar se tienen: lapiceros, papeles, lápices.

**2.1.2 TECNICAS A UTILIZARSE.-** Se empleará la revisión de diferentes documentos tales como libros, revistas, folletos, normas legales, llenado de fichas con el objeto de obtener una información precisa y coherente congruente con el problema.

**2.1.3 INSTRUMENTOS.-** Se tiene Fichas Bibliográficas, Fichas de Observación, Ficha de Recolección de Datos, Expedientes Judiciales.

## **2.2 CAMPO DE VERIFICACION**

**2.2.1 UBICACIÓN ESPACIAL.-** La presente investigación se basa en la revisión y estudio de expedientes judiciales de filiación extramatrimonial en los Juzgados de Paz Letrado del Cercado del Distrito Judicial de Arequipa.

**2.2.2 UBICACIÓN TEMPORAL.-** La presente investigación comprende la revisión de los procesos judiciales de filiación extramatrimonial tramitados por ante los Juzgados de Paz Letrado del Cercado del Distrito Judicial de Arequipa en el año 2005.

**2.2.3 UNIDADES DE ESTUDIO.-** La investigación documental de las unidades de estudio están conformadas por la normatividad legal de la materia que prescribe la legislación aplicable en los procesos judiciales de filiación extramatrimonial .

Igualmente en lo referido a la investigación de campo se considera como unidades de estudio a los diferentes expedientes judiciales de filiación extramatrimonial en los Juzgados de Paz Letrado de la ciudad de Arequipa del distrito Judicial de Arequipa.

**2.2.4 ESTRATEGIAS DE LA RECOLECCION DE DATOS.-** La información que se necesita para la presente investigación será obtenida por la misma investigadora, sin que requiera de ninguna persona, en relación a la investigación documental que contenga la normatividad legal aplicable a los

procesos judiciales de filiación extrajudicial tramitados por ante los Juzgados de Paz Letrado de la ciudad de Arequipa. Así mismo de las Bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, del Colegio de Abogados de Arequipa, y de otras bibliotecas especializadas. Igualmente de la información recaudada de INTERNET, y finalmente de la información recogida en campo, para lo cual se empleará las fichas bibliográficas y de recolección de datos.

**2.2.3.- PERSONAS Y MEDIOS AUXILIARES.-** La información correspondiente y necesaria será recabada por la investigadora de la presente investigación, para lo cual utilizará las fichas bibliográficas y fichas de observación, las cuales contendrán la información realizada.

**2.4 CRONOGRAMA DE TRABAJO**, será el siguiente:

2006

MESES	2006					
	MARZO 2006	ABRIL 2006	MAYO 2006	JUNIO 2006	JULIO 2006	AGOSTO 2006
1. Presentación del Proyecto	X					
2. Revisión	X X					
3. Corrección		X				
4. Aprobación del Proyecto		XXX				
5. Recolección de Datos			XXXX			
6. Estructura de Datos				XX	XXX	X
7. Presentación y sustentación						X X

## 2.5 BIBLIOGRAFIA

- 1.- Cornejo Chávez, Héctor, Derecho Familiar Peruano 8va edición Lima, Peru 1991, pág. 494. Librería Studium Ediciones.
- 2.- Código Civil Comentado por los 100 mejores Especialistas de la Gaceta Jurídica 10 tomos.- Tomo III derecho de Familia.- Primera edición Julio 2003. Pg. 782.
- 3.- Espinoza Espinoza, Juan, El Interés Superior del Menor frente al Interés Superior del Presidente", En Dialogo con la Jurisprudencia, año 8 numero 47 Gaceta Jurídica Editores Lima 2004.
- 4.- Corral Talciani, Hernán , Derecho y Derechos de la Familia, editora Jurídica Grijley, Primer edición febrero 2005, Lima Peru. Pág. 329
- 5.- Placido V. Alex F, Filiación y Patria Potestad en la doctrina y en la jurisprudencia, Gaceta Jurídica.- Primera edición Marzo 2003.- Pg. 638.
- 6.- Quiroga de Michalena, M, En Cuadernos Jurisprudenciales, año 4 numero 37 Julio 2004, pag. 19 revista Dialogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica Editores Lima 2004.
- 7.- Varsi Rospigliosi, Enrique, "Divorcio, Filiación y Patria potestad" Lima Editora Jurídica Grijley 2004.- Pg. 499.
- 8.- Varsi Rospigliosi, Enrique, "ADN Génesis del hombre y Espíritu de la Filiación, en Cuadernos Jurisprudenciales, de Dialogo con la Jurisprudencia, año 4 numero 37 .
- 9.- Varsi Rospigliosi, Enrique, En suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial el Peruano, del 25 de Enero del 2005.
- 10.- Zannoni Eduardo A. Derecho Civil Derecho de Familia tomo II, 4ta edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires 2002.

### FICHA BIBLIOGRAFICA

NOMBRE DEL AUTOR

TITULO DEL LIBRO

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA

Código:

### FICHA DE OBSERVACION

NOMBRE DE AUTOR

INDICADOR:  
TITULO:

IDENTIFICACION DEL DOCUMENTO:

FECHA:

COMENTARIO O CITA:

LOCALIZACION:

**PLANTEAMIENTO OPERACIONAL**  
**CUADRO DE SISTEMATIZACION DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS**

TIPO	VARIABLE	INDICADOR	SUB INDICADORES	TECNICA	INSTRUMENTO
INDEPENDIENTE	LEY DE FILIACIÓN	A.-LEY 28457	a)Proceso de Filiación Extramatrimonial. b)Procedimiento en los Juzgados de Paz letrados del cercado del Distrito Judicial de Arequipa.	OBSERVACION DOCUMENTAL LEY Y EXPEDIENTES y OBSERVACION DOCUMENTAL	FICHA DE RECOLECCION DE DATOS. FICHA RECOLECCION DE DATOS
		B.- FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL	a)ADN b)Filiación Matrimonial c)Filiación Extramatrimonial d)Declaración Judicial de Paternidad.	OBSERVAC. DOCUMENTAL Y LEY OBSERV.DOC. Y LA LEY. OBSERV. DOC.	FICHA BIBLIOG. Y FICHA DE OBSERVACION FICHA BIBLIOG. FICHA DE OBSERVACION
DEPENDIENTE	CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE FILIACIÓN	A.- CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY	a) Sociales b) Económicas c) Jurídicas	OBSERV. DOC OBSERV. DOC OBSERV.DOC.	FICHA RECOLEC DE DATOS FICHA RECOLECCION DE DATOS
		B.- APLICACIÓN	a) Procesos Judiciales b) Expedientes Judiciales ante los Juzgados de Paz Letrados del Cercado del Distrito Judicial de Arequipa.	EXPED. Y OBSERVA.DOC. EXPEDIENTES OBSERVACION DOCU MENTAL	FICHA DE RECOLECCION DE DATOS FICHA RECOLECCION DE DATOS

**FICHA DE RECOLECCION DE DATOS**

**1.- DATOS DEL EXPEDIENTE**

Expediente Nro.....

Materia: filiación Extramatrimonial .....

Fecha de Admisión del proceso: día.....mes .....año .....

Fecha de la sentencia:.....

Observaciones:.....

**2.- ANTECEDENTES**

Motivo de la demanda de filiación extramatrimonial.....

Quien interpone la demanda.....

Padre ..... madre .....

Familiar.....

Tercera persona.....

Estado del menor, en la partida de nacimiento .....

**3.- ETAPA JURISDICCIONAL**

Emplazamiento al demandado como fue:

Personal ..... por debajo de la puerta ..... por edictos.....

Contestación o formulación de oposición

Si (.....) no (.....)

Se sometió a la prueba de ADN

Si (.....) No (.....)

Medios probatorios Ofrecidos : Demandante Demandado

1.....

2.....

3.....

4.....

Sentencia: Fundada ( )

Infundada ( )-----Motivo-----

Duración del Proceso .....

Apelación Si ( ) No ( )-----

Superior Confirma ( ).....Revoca ( ) Anula ( ) Motivo

Se remitió oficio a los Registros de Estado Civil

Si ( ) No ( ) Motivo

**Observaciones :**

.....

**RECURSOS HUMANOS**

<b>DENOMINACION</b>	<b>Nro.</b>	<b>COSTO DIARIO</b>	<b>DIAS</b>	<b>COSTO TOTAL</b>
Dirección de Proyecto y Ejecución	1	15.00	30	350.00
Digitador / diagramador de gráficos	1	5.00	5	25.00
<b>TOTALES</b>	2	15.00		375.00

**RECURSOS MATERIALES, BIENES Y SERVICIOS**

<b>DENOMINACION</b>	<b>CANTIDAD</b>	<b>COSTO TOTAL</b>
Papel Bond	500	15.00
Fichas Bibliográficas	20	20.00
Tinta de impresora	02	35.00
Copias fotostáticas	300	30.00
Anillado	05	10.00
Uso de Computadora	01	80.00
Movilidad	-	50.00
<b>TOTAL</b>		240.00

**COSTO TOTAL DE PROYECTO Y EJECUCION DE INVESTIGACION**

<b>DENOMINACION</b>	<b>COSTO TOTAL</b>
Recursos Humanos	375.00
Recursos Materiales, Bienes y Servicios	240.00
<b>COSTO TOTAL GENERAL</b>	<b>615.00</b>

## ÍNDICE

**PRESENTACIÓN**

**RESUMEN**

**SUMMARY**

**INTRODUCCIÓN**

### TITULO UNICO

**"CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY QUE REGULA  
EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD  
EXTRAMATRIMONIAL - LEY 28457, EN LOS JUZGADOS DE PAZ LETRADOS  
DE AREQUIPA"**

#### CAPITULO I

##### LA FAMILIA

**1.- GENERALIDADES**

**2.- LOS VINCULOS FAMILIARES**

**3.- EL MATRIMONIO**

**4.- LA DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL**

**5.- LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA**

**6.- EL DERECHO A LA VERDAD BIOLÓGICA**

#### CAPITULO II

##### LA FILIACION

**1.- NOCIONES GENERALES DE LA FILIACIÓN**

**2.- FUENTES DE LA FILIACIÓN**

**3.- CLASES DE FILIACIÓN**

**4.- VINCULOS GENETICOS**

**5.- ACCIONES DE FILIACIÓN**

**5.1.- CONCEPTO**

**5.2.-OBJETIVO**

**5.3.- CARACTERISTICAS**

**5.4.- CLASIFICACION**

**5.5.- ACCIONES DE DESCONOCIMIENTO**

**6.- MODOS Y PRUEBA DE LA FILIACIÓN**

**7.- FILIACIÓN MATRIMONIAL**

**7.1.- NOCION GENERAL**

**7.2.- TEORÍA DE LA CONCEPCION**

**7.3.- TEORÍA DEL NACIMIENTO**

**7.4.- TEORÍA MIXTA**

**7.5.- PRESUNCION LEGAL DE PATERNIDAD DEL MARIDO DE LA MADRE**

**7.6.- IMPUGNACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.**

**CAPITULO III**

**LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

**1.-GENERALIDADES**

**2.- NATURALEZA JURIDICA**

**3.- CARACTERES JURIDICOS**

**4.- EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO**

**4.1.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA**

**4.2.- QUIENES PUEDEN RECONOCER Y SER RECONOCIDOS**

**4.3.- FORMA DEL RECONOCIMIENTO**

**4.4.- EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO**

**5.- DECLARACION JUDICIAL DEL VINCULO PATERNO FILIAL**

**5.1.- CONCEPTO**

**5.2.- ESCRITO INDUBITADO**

**5.3.- POSESIÓN CONSTANTE DE ESTADO**

**6.- LA PRUEBA DE ADN**

**6.1.- CONCEPTO**

**6.2.- CARÁCTER DE PRUEBA PLENA DE ADN**

**6.3.- LA OBLIGATORIEDAD AL SOMETIMIENTO DEL ADN**

**6.4.- TEORÍA DEL FIN SUPREMO**

**6.5.- TEORÍA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA**

**7.- REGLAS PROCESALES**

**8.- DERECHOS DEL HIJO ALIMENTISTA**

## **CAPITULO IV**

### **APLICACIÓN DE LA LEY 28457 EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

**1.- COMENTARIOS GENERALES DE LA LEY Nro. 28457**

**1.1.- EVOLUCION DE LA REGULACION NORMATIVA DE LA  
DECLARACION JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.**

**1.2.- LOS SUPUESTOS QUE DE SER COMPROBADOS JUSTIFICAN LA  
DECLARACION JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL (EL  
ARTICULO 402 DEL CODIGO CIVIL) .**

**1.3.- LA PRESUNCION DE PATERNIDAD (EL ARTICULO 415 DEL CODIGO  
CIVIL)**

**2.- ESTRUCTURA DE DATOS**

**2.1.- Cantidad de procesos revisados**

**2.2.- Procesos Admitidos, improcedentes y rechazados**

**2.3.- Pago de tasas Judiciales**

**2.4.- Relación de pareja**

**2.5.- Pruebas solicitadas por el Juzgado**

**2.6.- Cantidad de Menores de quienes se ha solicitado la filiación**

**2.7.- Formas de emplazamiento al demandado**

**2.8.- Ofrecimiento de medios probatorios por parte de la demandante**

**2.9.- Formuló Oposición el demandado**

**2.10.- Demandado que se sometió a la prueba de ADN**

**2.11.- Procesos sentenciados**

**2.12.- El Juzgado remitió oficio a la Municipalidad correspondiente**

**CONCLUSIONES**

**SUGERENCIAS**

**PROPUESTA**

**BIBLIOGRAFIA**

**ANEXOS**

