

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARIA

ESCUELA DE POST GRADO

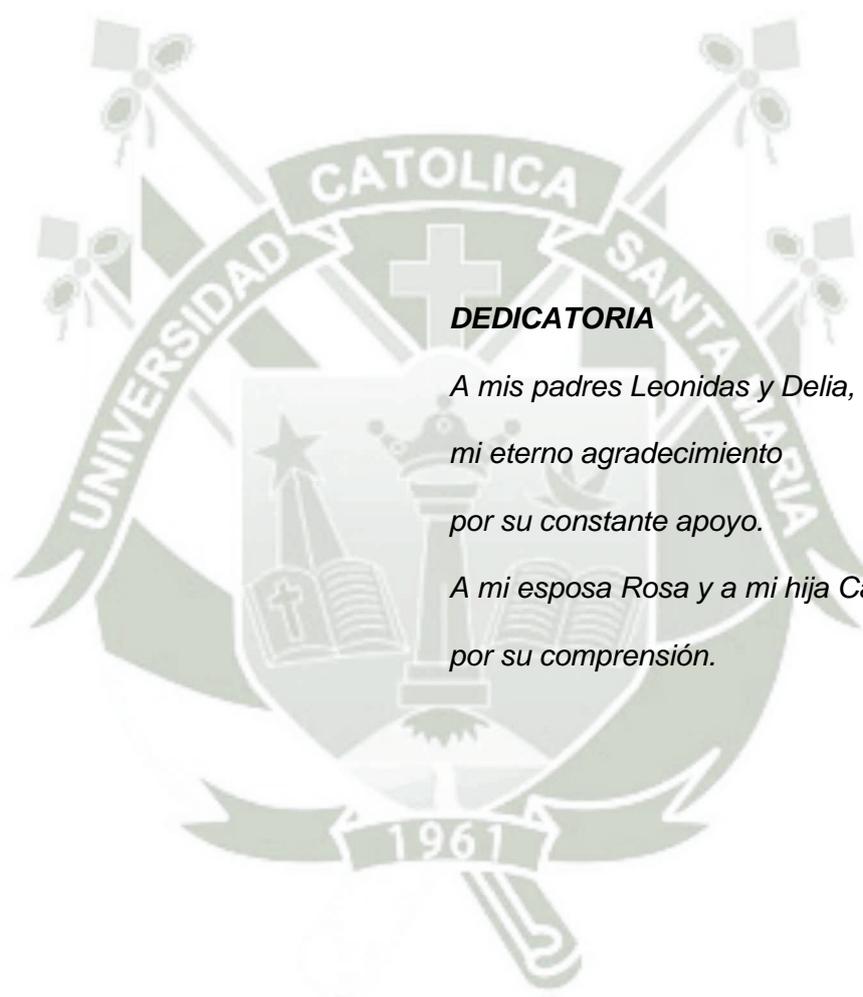
MAESTRIA EN DERECHO CIVIL



**NECESIDAD DE PRECISIONES RESPECTO AL TRATAMIENTO VIGENTE
DEL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD
EXTRAMATRIMONIAL, A PROPÓSITO DE LA LEY 28457 EN LOS
JUZGADOS DE PAZ LETRADO DE AREQUIPA DE JULIO DEL 2007 A
JULIO DEL 2009.**

**TESIS PRESENTADA POR EL
BACHILLER:
OMAR SAMUEL CORNEJO ARAOZ
PARA OPTAR EL GRADO
ACADÉMICO DE MAGISTER EN
DERECHO CIVIL**

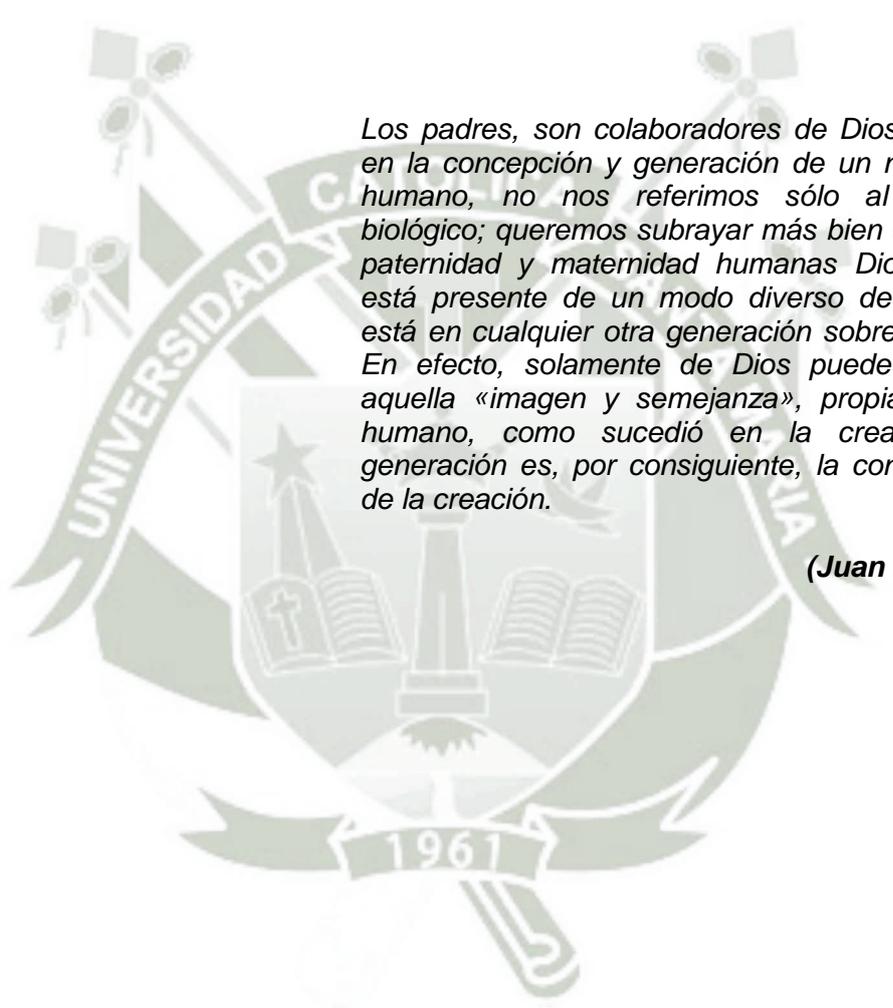
AREQUIPA - 2009



DEDICATORIA

*A mis padres Leonidas y Delia,
mi eterno agradecimiento
por su constante apoyo.*

*A mi esposa Rosa y a mi hija Carmela,
por su comprensión.*



Los padres, son colaboradores de Dios Creador en la concepción y generación de un nuevo ser humano, no nos referimos sólo al aspecto biológico; queremos subrayar más bien que en la paternidad y maternidad humanas Dios mismo está presente de un modo diverso de como lo está en cualquier otra generación sobre la tierra. En efecto, solamente de Dios puede provenir aquella «imagen y semejanza», propia del ser humano, como sucedió en la creación. La generación es, por consiguiente, la continuación de la creación.

(Juan Pablo II)

ÍNDICE

CAPITULO I

LA INDAGACION DE LA PATERNIDAD Y LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

1. El derecho a la Identidad.....	15
2. La Filiación.....	18
2.1. Concepto.....	18
2.2. Clases de Filiación.....	18
2.2.1. La Filiación matrimonial.....	18
2.2.2. La Filiación extramatrimonial.....	20
2.2.2.1. El Reconocimiento.....	21
2.2.2.1.1. Características.....	21
2.2.2.1.2 Sujetos del Reconocimiento.....	23
2.2.2.1.2.1 Sujetos activos del Reconocimiento.....	23
2.2.2.1.2.2.Sujeto pasivo del Reconocimiento.....	24
2.2.2.1.3. Formas de Reconocimiento.....	25
2.2.2.1.4. Efectos jurídicos del Reconocimiento.....	25
2.3. Derecho a la verdadera filiación (indagación biológica).....	26
3. El ADN.....	28
3.1. Concepto.....	28
3.2. El ADN respecto a la paternidad.....	28
3.3. Naturaleza jurídica y fuerza probatoria de la prueba del ADN.....	29

CAPITULO II

TRATAMIENTO LEGISLATIVO Y TENDENCIAS EN LA RECLAMACION DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

1. La reclamación de la paternidad	32
2. La Investigación judicial del vinculo paterno filial.....	32
2.1 Prohibición de la investigación judicial del hijo extramatrimonial (tendencia anterior).....	32
2.2. Tendencia legislativa actual en los sistemas legales respecto a la indagación de la paternidad.....	33
3. El tratamiento de la reclamación de paternidad y su evolución en nuestra la legislación civil.....	35
3.1. Las causales sobre la reclamación de la paternidad en el código civil.....	35
3.2. La prueba del ADN y la modificación de la legislación.....	36
3.3. La ley 28457.....	38
3.4. El objetivo de las acciones legales respecto a la investigación de la filiación.....	40
3.5. La posibilidad de seguir indagando la paternidad luego de la dación de la ley 28457.....	41
3.6. Los derechos implicados en la ley 28457 y su tratamiento en la jurisprudencia nacional.....	42

CAPITULO III

ASPECTOS PROCESALES RESPECTO A LA RECLAMACION DE LA PATERNIDAD, LOS SUJETOS IMPLICADOS, LA DISPONIBILIDAD DE DERECHOS Y SU TRATAMIENTO ESPECIAL EN LA LEY 28457

1. El debido proceso.....	46
1.1. Concepto de debido proceso.....	46
1.2. Contenido del debido proceso.....	46
1.3. Clases de procesos por su estructura.....	49

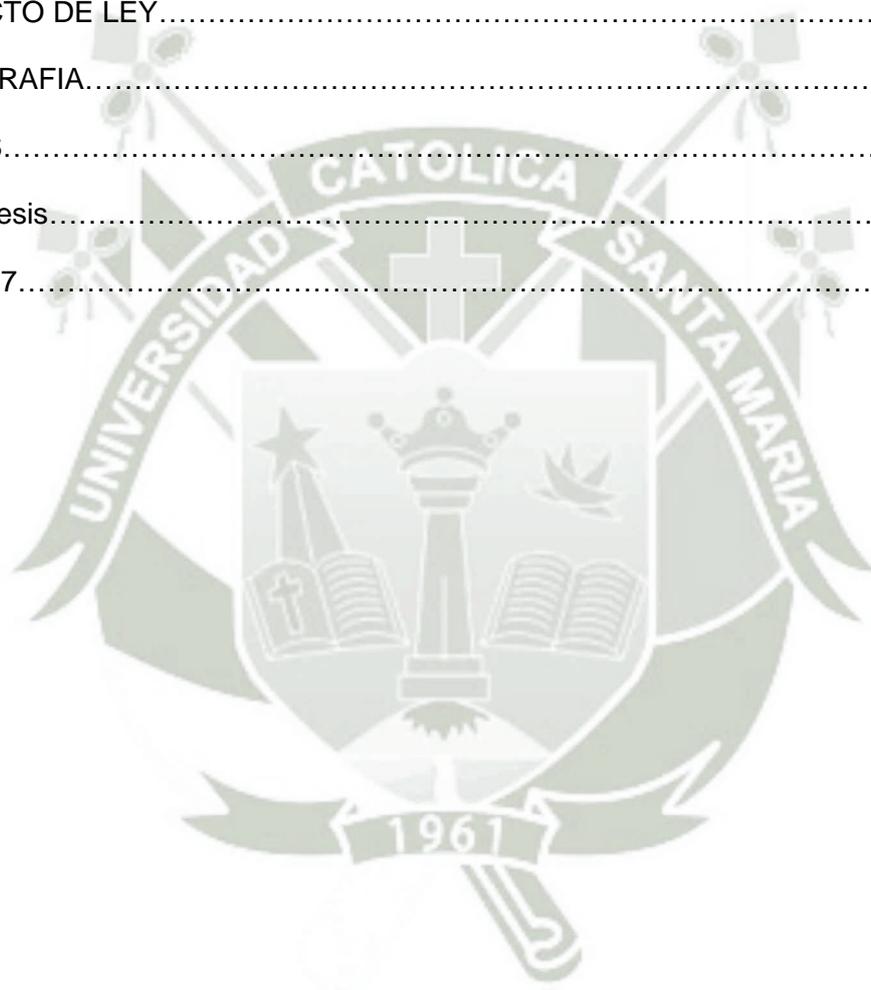
2. El proceso de reclamación de la paternidad.....	50
2.1. El proceso de reclamación de paternidad con respecto a las cinco primeras causales del artículo 402 del Código Civil.....	50
2.1.1 Juzgado competente y proceso.....	51
2.1.2. Sujetos activos y sujetos pasivos de la pretensión.....	52
2.2. El proceso de reclamación de la paternidad conforme a la ley 28457 (inciso 6 del artículo 402 del Código Civil).....	52
2.2.1 Juzgado competente y proceso.....	52
2.2.2. Sujetos activos y sujetos pasivos de la pretensión.....	56
2.2.3.1 Alcance de la ley 28457 respecto a los sujetos pasivos de la pretensión.....	57
3.- La disponibilidad de derechos y su tratamiento procesal.....	60
3.1. La disponibilidad de derechos.....	60
3.2. La disponibilidad de derechos en la normatividad procesal ordinaria.....	61
3.2.1 La disponibilidad de derechos y la condición de rebelde en la normatividad procesal ordinaria.....	61
3.2.2. La disponibilidad de derechos y las formas especiales de conclusión del proceso ordinario.....	62
3.2.3. El allanamiento y reconocimiento con respecto a la disponibilidad de derechos en el tratamiento ordinario.....	63
3.3. La disponibilidad de derechos en el proceso monitorio de la ley 28457.....	64
3.3.1 La no formulación de oposición y su semejanza al estado de rebeldía.....	64
3.3.2. La aceptación de la paternidad del emplazado y su semejanza al allanamiento y reconocimiento.....	66

CAPÍTULO IV

INVESTIGACION EN RESOLUCIONES JUDICIALES

1.- Estadísticas referentes a resoluciones finales expedidas en los procesos de filiación extramatrimonial.....	69
TABLA Nro. 1.....	69
GRAFICA Nro. 1.....	71
2. Estadísticas y análisis referentes a resoluciones finales expedidas en los procesos de filiación extramatrimonial respecto a los sujetos pasivos.....	72
TABLA Nro. 2.....	72
GRAFICA Nro. 2.....	74
3. Estadísticas y análisis referentes al sentido de las resoluciones finales expedidas en los procesos de filiación extramatrimonial respecto a los casos en los que el demandado es el padre.....	75
TABLA Nro. 3.....	75
GRAFICA Nro. 3.....	77
4. Estadísticas referentes al sentido de las resoluciones finales expedidas en los procesos de filiación extramatrimonial respecto a los casos en los que los demandados son los herederos.....	78
TABLA Nro 4.....	78
GRAFICA Nro. 4.....	80
5. Estadísticas referentes a las resoluciones finales expedidas en los procesos de filiación extramatrimonial respecto a los casos en los que se formula oposición y en los que no se formula oposición.....	81
TABLA Nro. 5.....	81
GRAFICA Nro. 5.....	83
6. Estadísticas referentes a las resoluciones finales expedidas en los procesos de filiación extramatrimonial respecto al sentido que se resuelve la oposición en los casos en que esta se formula.....	84
TABLA Nro. 6.....	84
GRAFICA Nro. 6.....	86

7. Estadísticas referentes a las resoluciones finales expedidas en los procesos de filiación extramatrimonial respecto a cuando el emplazado no formula oposición.....	87
TABLA Nro. 7.....	87
GRAFICA Nro. 7.....	94
CONCLUSIONES.....	95
SUGERENCIAS.....	97
PROYECTO DE LEY.....	99
BIBLIOGRAFIA.....	103
ANEXOS.....	107
Plan de tesis.....	108
Ley 28457.....	127



INTRODUCCION

El establecimiento de la verdad biológica y la relación jurídica de filiación, resulta de trascendental importancia para el ser humano. El derecho a la identidad, como derecho humano garantizado y acogido en nuestra Constitución, cobra hoy en día, trascendental importancia, dado que a lo largo de la historia, ha existido discriminación tanto de orden social, como legal contra los hijos habidos fuera del matrimonio.

Para el establecimiento de la verdad biológica en nuestro país, y a la luz de los avances científicos; el Estado Peruano, a través del Poder Legislativo, con fecha 08 de enero del 2005, ha dado la ley 28457, ley que permite la invocación de la reclamación de la paternidad en base a la prueba del ADN.

Mediante la mencionada ley, se ha establecido un nuevo proceso para el trámite de la filiación extramatrimonial, en base a un proceso monitorio puro, en el que el Juez *ab initio e inaudita parte*, dicta un mandato de declaración de paternidad.

El derecho implicado y que oportunamente ha declararse, es de trascendental importancia, tal es así que, según lo estructurado en la norma, será el supuesto padre que luego de emplazado, decidirá, si es que se somete o no a la realización de la prueba del ADN, para confirmar o desvirtuar la paternidad

Después de una larga reflexión, compartimos el criterio de los que creen que la norma aludida, resulta idónea para el alcance de su finalidad, pero también creemos que necesita precisiones; esto último, es básicamente, lo que nos ha motivado ha realizar la presente investigación.

La información que contiene el presente trabajo, ha sido organizada primeramente en base a una selección de material bibliográfico consistente básicamente en textos de la especialidad, de los cuales se ha podido obtener los principales conceptos; asimismo, se ha hecho un profundo análisis de la normatividad pertinente y vinculada al asunto; de otro lado, se ha podido obtener las resoluciones existentes sobre el tema, expedidas en los cinco Juzgados de Paz Letrado del Cercado de Arequipa en el periodo que va desde julio del 2007 a julio del 2009 por lo que se agradece al personal de jurisdiccional y del Archivo de los cinco Juzgados de Paz Letrado, pues sin su colaboración desinteresada, no hubiese sido posible realizar la presente investigación; asimismo, se hace extensivo el agradecimiento, a los docentes de la Escuela de Post Grado de la Universidad Católica de Santa María que tuvieron a bien impartir sus enseñanzas y consejos.

Con el claro conocimiento de las limitaciones que pueda presentar, se pone a disposición del Jurado el presente trabajo y posteriormente a la comunidad jurídica los resultados arribados.

RESUMEN

La presente investigación esta referida a un tema de trascendental importancia, dado que pretende enfocar la necesidad de precisiones en el procedimiento establecido en la Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, en base a la prueba del ADN, respecto a las otras personas, que no son el padre y que pueden ser emplazadas según la ley sustantiva; además, pretende establecer si es que en dicha norma se da un tratamiento excepcional en relación a la disponibilidad del derecho de filiación respecto al tratamiento procesal ordinario.

El trabajo se compone de cuatro capítulos, los tres primeros, reflejan el resultado de una investigación bibliográfica y el cuarto está referido al análisis de la muestra materia de la investigación.

En el primer capítulo, denominado la indagación de la paternidad y la filiación extramatrimonial se ha procedido a desarrollar primeramente el concepto de identidad como derecho humano, la filiación y sus clases, el reconocimiento, la verdadera filiación o indagación biológica, para luego desarrollar lo referente al ADN y la fuerza probatoria.

En el segundo capítulo se ha desarrollado tratamiento legislativo y tendencias en la reclamación de la paternidad extramatrimonial, se ha analizado la investigación de la paternidad y su evolución en nuestro Código Civil, precisando que históricamente la investigación de la paternidad estaba prohibida y el cambio de criterio en la tendencia actual que es compartida en las legislaciones comparadas; asimismo, se ha tratado lo referente a la prueba del ADN y su influencia en la modificación de la

legislación sobre todo en la dación de la ley 28457, de otro lado se ha hecho un análisis respecto al objetivo de las acciones legales orientadas a la investigación de la filiación y la posibilidad de seguir indagando la paternidad luego de la dación de la ley 28457 precisando también que derechos se encuentran implicados en dicha norma.

En el tercer capítulo, se ha desarrollado los aspectos procesales respecto a la reclamación de la paternidad, diferenciando el tratamiento procesal de un proceso ordinario a uno especial, como el establecido en la Ley 28457 que establece un trámite especial para las demandas por la causal de ADN; se ha tratado la disponibilidad de derechos, encontrando que se da un tratamiento procesal diferenciado en cuanto a la filiación.

En el cuarto capítulo, se ha podido realizar un análisis estadístico descriptivo, en base a tablas y gráficas, pudiendo verificar que la ley 28457, por la naturaleza especial, resulta idónea para emplazar al supuesto padre, pero no a sus herederos; asimismo, se ha podido verificar que no se da un tratamiento diferenciado y excepcional respecto a la filiación como derecho indisponible, en cuanto a las figuras procesales como la rebeldía, el allanamiento y el reconocimiento.

Esta investigación, ha permitido constatar que la ley 28457, si bien resulta útil para la finalidad que ha sido dictada, necesita precisiones puntuales, las que nos hemos permitido sugerir.

SUMMARY

The present this investigation referred to a topic of transcendental importance, provided that the precision need tries to focus in the procedure established in the Law 28457, Law that regulates the process of judicial filiation of extramarital paternity, on the basis of the test of the DNA, with regard to other persons, who are not the father and who can be located according to the substantive law; in addition, it tries to establish if it is that in the above mentioned norm one gives an exceptional treatment in relation to the availability of the right of filiation with regard to the procedural ordinary treatment.

The work consists of four chapters, the three first ones, reflects the result of a bibliographical investigation and the fourth is recounted to the analysis of the sample matter of the investigation(research)

In the first chapter, named the investigation of the paternity and the extramarital filiation one has proceeded to develop primeramente the concept of identity as human right, the filiation and classes, the recognition, the real filiation or biological investigation, then to develop the relating thing to the DNA and the evidential force.

In the second chapter one has developed legislative treatment and trends in the claim of the extramarital paternity, there has been analyzed the investigation of the paternity and the evolution in our Civil Code, specifying that historically the investigation of the paternity was prohibited and the change of criterion in the current trend that is shared in the compared legislations; Likewise, there has treated itself the relating thing to the test of the DNA and the influence in the modification of the

legislation especially in the dation of the law 28457, of another side an analysis has been done with regard to the aim of the legal actions with regard to the investigation of the filiation and the possibility of continuing investigating the paternity after the dation of the law 28457 specifying also that right are involved in the above mentioned norm.

In the third chapter, one has developed the procedural aspects with regard to the claim of the paternity, differentiating the procedural treatment of an ordinary process to special one, as the established one in the Law 28457 that a special step establishes for the demands for the grounds of DNA; the availability of rights has treated itself, thinking that one gives a procedural treatment differentiated as for the filiation.

In the fourth chapter, there could have realized a statistical descriptive analysis, on the basis of tables and graphs, being able to check that the law 28457, the special nature, turns out to be suitable to locate the supposed father, but not to his sucesors; likewise, one could have checked that one does not give a differentiated and exceptional treatment with regard to the filiation as unavailable right, as for the procedural figures as the rebelliousness, the search and the recognition.

This investigation, it has allowed to state that the law 28457, though it turns out to be useful for the purpose that has been dictated, needs precisions, which we have allowed ourselves to suggest.

CAPITULO I

LA INDAGACION DE LA PATERNIDAD Y LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

1. EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Los derechos humanos, son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.¹

El derecho a la identidad, es un derecho humano, que a su vez comprende derechos correlacionados como, el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad.

Del derecho a la identidad personal, destaca una característica propia de los derechos humanos, esta es, su interdependencia: el menoscabo de este derecho

¹ PEREZ LUÑO, Antonio E., *Los Derechos fundamentales*. Madrid. Tecnos, 1991.pag. 46

conlleva la vulneración de otros derechos fundamentales, especialmente de los derechos políticos.

Existen Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos y el Derecho a la identidad personal, tanto en el ámbito mundial como regional, que contemplan, sin excepción, los derechos de toda persona al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad, lo que se entiende como un correlato del derecho a la identificación. Así, podemos mencionar lo siguientes:

- El derecho a la identidad es reconocido expresamente en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en su artículo 6 el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, y en su artículo 15 el derecho de toda persona a una nacionalidad.
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce, en su artículo XVII, el derecho de toda persona a que se le reconozca como sujeto de derechos y obligaciones, así como el derecho a la nacionalidad en su artículo XIX.
- El Pacto de Derechos Civiles y Políticos prevé los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 16) y el de todo niño a tener un nombre y una nacionalidad, así como a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en su artículo 3, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de toda persona y, en sus artículos 18 y 20, los derechos al nombre propio y apellidos de sus padres o al de uno de ellos y el derecho a la nacionalidad.
- La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su artículo 7 el derecho de todo niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento; el derecho a un

nombre; a adquirir una nacionalidad, y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y al cuidado de ellos. Aunado a lo anterior, contempla, en su artículo 8, el deber de los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad "incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares".

Según la Constitución Política del Perú, "Toda persona tiene derecho a la vida, a su Identidad, a su integridad moral, psíquica y física a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece"; se advierte entonces que la Constitución ha acogido en su texto el derecho a la identidad, pero queda en manos del Estado que lo plasmado en ella cobre fuerza y vigencia en la realidad, ya que la Constitución no realiza todo sino que únicamente plantea como tarea la creación de un modelo democrático y social del Estado.²

El derecho a la identidad personal de todo individuo es un compromiso del Estado, no solo frente a sus nacionales, sino también frente a la comunidad internacional, por lo que la ausencia de políticas o acciones de dicho Estado para hacer efectivo el derecho a la identificación podría conllevar su responsabilidad internacional.

Resulta claro entonces, que es el Estado, quien debe involucrarse y garantizar este derecho, en tal sentido *Novak y Namihas*, precisan que, "La efectiva garantía de la personalidad del individuo lleva implícita la protección de su individualidad o identidad, pues si bien la persona forma parte de un conglomerado social, es en sí mismo objeto de la acción del Estado y como tal debe estar plenamente identificado ante la comunidad."³

² LANDA ARROYO, Cesar, *La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Hector Cornejo Chavez. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990. pag 135*

³ NOVAK Fabian, NAMIHAS Sandra, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, AMAG, Lima 2004. pag 215*

2. LA FILIACION

2.1. CONCEPTO.

Al tratar de establecer el vínculo de una persona, tanto con sus ascendientes o descendientes, nos hace inmediatamente pensar en el término filiación, y necesariamente nos hace indagar sobre el origen de dicha palabra, que esta emparentada directamente con el término latino *filius* del que procede la palabra hijo, lo que nos lleva a establecer que la filiación es un vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos.

La filiación viene a ser la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto).⁴

2.2. CLASES DE FILIACION

2.2.1 LA FILIACION MATRIMONIAL

Sostiene *Cornejo Chávez* que la idea de esta filiación va inseparablemente unida a la del matrimonio entre los progenitores, que es su causa esencial. De aquí que en tesis general, se diga que corresponde al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de los padres.⁵

Para el establecimiento de los hijos matrimoniales existen hasta tres teorías, una, es la de la concepción, que establece que son hijos matrimoniales los concebidos dentro del matrimonio, la segunda es la del nacimiento que establece que son hijos

⁴ CORNEJO CHÁVEZ, *Hector, Derecho de Familia Peruano. Tomo II. Editorial Rocarme 1991 Lima. pag 11*

⁵ CORNEJO CHÁVEZ, *Hector, Ob. Cit. pag 15*

matrimoniales los nacidos dentro del matrimonio, independientemente de donde hayan sido engendrados. Y una tercera es la teoría mixta, que acoge ambos supuestos anteriores y que es acogida por nuestro artículo 361 del Código Civil que establece una presunción de paternidad, mas conocida como la presunción *pater is o pater est*.

En efecto, el artículo 361 del Código Civil, refiere que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido; asimismo, el artículo 362 establece una segunda presunción respecto al hijo matrimonial en el siguiente sentido: El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.

La presunción *pater is*, no tiene el carácter de absoluto pues admite prueba en contrario, es así que existe respecto al marido existen supuestos destinados a contestar la paternidad conforme al artículo 363 del Código Civil que establece que el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta 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 ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); 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. El Juez desestimarás 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.

Esta acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.

2.2.2 LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

La filiación extramatrimonial es, la derivada de la unión no matrimonial. Esta se da tanto en los casos en que no hay imposibilidad de matrimonio entre los padres como en aquellos en los que media algún impedimento, ya sea por matrimonio subsistente de algunos de ellos, relación de parentesco.

Respecto el status de hijo extramatrimonial que tradicionalmente, el derecho ha distinguido la filiación “legítima” de la “ilegítima” , acordando a aquella un trato privilegiado y degradando a esta.⁶

En cuanto a los clases de hijos extramatrimoniales refiere que fueron clasificados en:

- a. Los naturales o nacidos de padres que si bien no estaban casados, no tenían impedimento alguno para casarse.
- b. Los espurios, procreados por quienes estaban impedidos de contraer matrimonio.

⁶ CORNEJO CHÁVEZ, Hector, *Derecho de Familia Peruano. Tomo II. Editorial Rocarme 1991 Lima. pag 90*

Estas subclasificaciones y denominaciones han desaparecido virtualmente en derecho moderno⁷. Esto se corrobora en nuestra legislación con lo establecido en el artículo 235 del Código Civil, concordante con el artículo 6 de nuestra Constitución Política.

Respecto al estado del hijo extramatrimonial, a diferencia del hijo matrimonial que queda emplazado por la sola virtud del casamiento de sus padres y la vigencia de la presunción *pater is*, al extramatrimonial, solo se emplaza a través del reconocimiento voluntario que practiquen sus padres o la sentencia declaratoria de paternidad o maternidad como producto de la reclamación de la paternidad.

2.2.2.1. EL RECONOCIMIENTO

El artículo 388 del Código Civil, establece que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre conjuntamente o por uno solo de ellos.

Para *Cornejo Chávez*, el reconocimiento, “es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de otra”.⁸

En tal sentido, podemos decir que el reconocimiento contiene una manifestación formal de paternidad o maternidad, hecha por el padre y la madre, con referencia al hijo, habido fuera del matrimonio o por uno solo de ellos.

2.2.2.1.1 CARACTERÍSTICAS

Habiéndose establecido que el reconocimiento es un acto jurídico, conviene precisar sus características, las cuales se establecen en el mismo Código Civil,

⁷ CORNEJO CHÁVEZ, Hector, Ob. Cit.. pag 93

⁸ CORNEJO CHÁVEZ, Hector, Ob. Cit. pag 99

dándole a dicho acto en su artículo 390 el carácter de formal, en el artículo 388 el carácter de unilateral y facultativo, en el artículo 392 el carácter de individual, el artículo 393 el carácter de personal, y en el artículo 395 el carácter de puro e irrevocable

En cuanto a que es un acto formal, la ley ha establecido su formalidad por medio del registro civil, o en una escritura pública o en un testamento, en caso contrario de ser realizado en un documento privado solo podría servir como principio de prueba escrita para ejercer la acción de reclamación de la paternidad.

Es un acto unilateral, toda vez que tal como lo expresa *Cornejo Chávez*, “no requiere para perfeccionarse, sino de una declaración de voluntad : la del padre o la de madre”⁹; en tal sentido se puede establecer que la aceptación del hijo extramatrimonial es un acto declarativo, porque se hace con el objeto de declarar en él la paternidad o maternidad de una persona.

Es un acto facultativo, ya que nadie puede ser obligado a expresar su manifestación de voluntad de declararse padre o madre de algún individuo.

Es individual, toda vez que sólo involucra a quien lo ha reconocido y solo produce efectos entre el padre o los padres que reconocen y el hijo reconocido.

Es personal, porque nadie puede afirmar un vínculo de filiación del cual no es autor, como lo afirma *Cornejo Chávez* “tanto por el carácter íntimo del acto procreador cuanto por el respeto al principio de voluntariedad”¹⁰.

⁹ CORNEJO CHÁVEZ, Hector, Ob. Cit. pag 102

¹⁰ CORNEJO CHÁVEZ, Hector, Ob. Cit. pag 103

Es de carácter puro e irrevocable, en principio porque no está sujeto a un plazo, condición o cargo que pueda modificar sus consecuencias jurídicas y además porque el que lo ha aceptado no puede retractarse.

2.2.2.1.2 SUJETOS DEL RECONOCIMIENTO

2.2.2.1.2.1 SUJETOS ACTIVOS DEL RECONOCIMIENTO.

En caso de que el hijo extramatrimonial no haya sido reconocido por ninguno de sus padres, puede ser reconocido por éstos, en consecuencia, los sujetos activos del reconocimiento en general son tanto el padre como la madre; asimismo nuestro Código Civil precisa los sujetos activos de reconocimiento que son:

- 1.- Ambos padres u o uno solo de ellos como lo establece el artículo 388 del Código Civil.
- 2.- Los abuelos en las respectivas líneas conforme lo establece el artículo 389, precisando que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando estos se hallen comprendidos en los Artículos 43 incisos 2 y 3 y 44 incisos 2 y 3, o en el artículo 47 o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo
- 3.- Los menores de edad; la capacidad para reconocer esta normada en el artículo 393 del Código civil que establece que quien tenga por lo menos catorce años cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial, en consecuencia, el menor de edad está también en la posibilidad de realizar un reconocimiento válido.

Asimismo se ha precisado otros casos especiales del reconocimiento es así que se ha establecido en el artículo 396 del Código Civil el Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada, pero con la condición que no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado.

2.2.2.1.2.2. SUJETO PASIVO DEL RECONOCIMIENTO.

Respecto al sujeto pasivo del reconocimiento, *Cornejo Chávez*, precisa que la posición de la ley peruana y su posición particular es que “el hijo matrimonial puede ser reconocido tanto por el padre como por la madre; con la excepción del hijo de la mujer casada, mientras no haya impugnación victoriosa del marido”.¹¹

En consecuencia de acuerdo a nuestra legislación, pueden ser sujetos pasivos todos los hijos extramatrimoniales sin excepción.

Conforme a lo dispuesto en el Art.398 del Código Civil, el reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace, derecho sucesorios ni derecho de alimento, sino en caso que el hijo tenga respecto de el la posición constante de estado o consienta en el reconocimiento.

Con respecto a los hijos simplemente concebidos, nuestra legislación establece en el artículo 1 del Código Civil, que el concebido es sujeto de derecho para todo lo que le favorece, en consecuencia resulta claro que el reconocimiento le favorece y así lo expresa el artículo 392 del Código Civil.

¹¹ CORNEJO CHÁVEZ, Hector, *Ob. Cit. pag 103*

En cuanto a los hijos que han muerto, el Código Civil en su artículo 394 es suficientemente explícito en cuanto establece: que "puede reconocerse al hijo que ha muerto dejando descendientes".

2.2.2.1.3. FORMAS DE RECONOCIMIENTO.

Como se ha establecido, el reconocimiento es un acto jurídico, que exige determinadas formalidades establecidas por la ley para que tenga validez, es así que se ha establecido diversas formalidades que son las siguientes:

- Reconocimiento en el registro del estado civil.
- Reconocimiento por escritura pública.
- Reconocimiento por testamento.

2.2.2.1.4. EFECTOS JURÍDICOS DEL RECONOCIMIENTO.

Los efectos del reconocimiento del hijo extramatrimonial, son básicamente los derechos y deberes que de él derivan, y son básicamente los mismos que los del hijo matrimonial, toda vez que según lo establecido en el artículo 235 del Código Civil, concordante con el artículo 6 de nuestra Constitución Política, se ha establecido que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.

Cornejo Chávez sostiene respecto a los efectos que tres principios rigen universalmente los efectos del reconocimiento voluntario:

- a) El de que una vez practicado y sin perjuicio de la acción invalidatoria, el reconocimiento es irrevocable.

- b) El de que dicho acto jurídico no admite modalidad alguna , plazo, condición o cargo, por lo cual no es posible recortar los efectos que la ley le atribuyen; y
- c) El de que tales efectos surten respecto del padre o madre reconociente que no arrastran al que no a efectuado el reconocimiento.

El Código Civil consagra estos tres principios en los artículos 395, 21, 421 y 818.¹²

2.3. DERECHO A LA VERDADERA FILIACIÓN (INDAGACIÓN BIOLÓGICA)

El derecho a la verdadera filiación, coincide con el derecho a la identidad, toda vez que demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre; tal dato biológico del individuo, se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social, es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho.

Es derecho fundamental del hijo, el conocer su verdadera identidad; el conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal, pues debe destacarse que el dato biológico, es lo que la persona requiere, para así realizar su vida en sociedad, teniendo pleno conocimiento de sus orígenes.

El conocimiento del origen biológico de una persona, no puede verse limitado, es así que su indagación puede alcanzar incluso cuando los progenitores han fallecido, siendo conocida dicha investigación como la investigación *post mortem*.

Sostiene *Varsi*, que la doctrina y la jurisprudencia comparada, reconocen la legitimidad y constitucionalidad de las pruebas biológicas considerando que por sobre

¹² CORNEJO CHÁVEZ, Hector, *Ob. Cit. Pag 103*

encima de los derechos individuales del presunto progenitor esta el derecho del menor a conocer su verdadera identidad, su derecho esencial a su ascendencia biológica completa, todo ello parte del derecho identitario del niño.¹³

Ahora, el Estado no es ajeno a las cuestiones relacionadas con la verdad biológica y la identidad, pues su función, resulta ser de orden público, tal es así que el Estado no es indiferente a la realidad, toda vez que en el ordenamiento jurídico se contempla aquellos supuestos de filiación matrimonial y extramatrimonial, ante ello se ha establecido mecanismos legales que se hacen efectivos a través del funcionamiento de los Juzgados de Paz Letrados y los Juzgados de Familia, lo que en si llega a constituir una intromisión al seno de la familia.

El Estado interviene en la vida familiar, lo cual se manifiesta en muchos aspectos, por ejemplo, uno de ellos es en la Patria Potestad, que incluso llega a quitarla o suspenderla a quienes no están en condiciones de tenerla o han incurrido en causal para perderla. En el caso de la reclamación judicial de paternidad, resulta ser una cuestión de derecho público, por cuanto la sociedad tiene interés en tutelar y hacer efectivo el derecho de los hijos a conocer su propia identidad y la de sus padres, a la comunidad le interesa proteger y garantizar el derecho de un hijo de conocer sus padres.

En tanto el Poder Legislativo, es aquel poder llamado a regular el medio social, ejerciendo la función legislativa, expidiendo instrumentos legales, entre éstos aquél que conlleve a dilucidar la verdadera identidad del hijo.

¹³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *“El proceso de Filiación extramatrimonial”*. Primera edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2006 pag 96

3. EL ADN

3.1. CONCEPTO

El ADN (ácido desoxiribonucleico) es una sustancia química que se encuentra en el núcleo de todas las células del cuerpo y permanece invariable.

El ADN proviene el 50% del óvulo materno y el 50% restante, del espermatozoide paterno; la función del ADN dentro de la célula es transmitir los caracteres hereditarios y esto se da de manera codificada de tal forma que la célula fabrica determinadas proteínas. A un sector de la cadena de ADN que codifica la fabricación de una proteína se la denomina Gen; por ejemplo, el color de los ojos, color del pelo, grupo sanguíneo, etc., son manifestaciones de los genes que poseemos.

Los genes, al pertenecer todos los seres humanos a la misma especie son poco variables y constituye sólo un pequeño porcentaje de la información contenida en la molécula de ADN; la restante, incluye sectores que pueden exhibir un cierto grado de variabilidad entre los individuos, en consecuencia, todos los seres humanos tenemos sectores del ADN en común y otros que no lo son. El llamado Análisis de ADN es un conjunto de técnicas utilizadas para detectar sectores en la cadena de ADN que son variables en la población.

3.2. EL ADN RESPECTO A LA PATERNIDAD

Respecto a la paternidad, el ADN (ácido desoxirribonucleico) tiene su fundamento en el hecho de que ningún ser humano es idéntico a otro, apoyándose esta prueba

genética justamente sobre la constatación mayor de la genética moderna, es decir la unicidad de los individuos.

Sostiene *Maria Isabel Quiroga*, que 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 de la concepción, por la dotación genética que recibe de sus padres y, a través de ellos, 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 un organismo.¹⁴

Cada hombre posee un patrimonio hereditario original constituido, mitad a mitad por el aporte de cada uno de sus progenitores, ese genoma que es fijado en el momento de la fecundación, se encuentra inscrito en el núcleo de cada célula del cuerpo, bajo la forma de 23 pares de cromosomas constituidos de una molécula linear compleja de ácido desoxirribonucleico (ADN). El ADN lleva en sí la información necesaria a la génesis corporal del individuo y a su funcionamiento, Los genes que cumplen la misma función pueden diferir según diferentes tipos de un individuo a otro, esta prueba biológica resulta ser de mayor rigor para establecer la paternidad biológica, pues la prueba de grupos sanguíneos permite únicamente excluir la paternidad de un individuo.

3.3. NATURALEZA JURIDICA Y FUERZA PROBATORIA DE LA PRUEBA DEL ADN

Sostiene *Enrique Varsi*, que mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de las pruebas biomédicas. Se ha alegado, por un lado, su característica pericial *sui generis* y, por otro, el modo de aplicación puramente técnica de la cual

¹⁴ QUIROGA DE MICHELENA, *Maria Isabel*, "La prueba del ADN Fundamentos Biológicos de la determinación de paternidad y otras aplicaciones médico legales". En Cuadernos Jurisprudenciales. Número 37. Gaceta Jurídica. Lima, 2004. pag 19

goza. Para nuestro ordenamiento procesal la pericia es un medio para la obtención de los elementos probatorios que esclarezcan los hechos controvertidos en el juicio. La prueba del ADN debe ser llevada a través de una pericia.¹⁵

La prueba científica del ADN, la cual se da a través del examen comparado de huellas genéticas del presunto padre y del hijo, resulta ser más que suficiente para establecer a ciencia cierta, la paternidad, pues permite disipar toda duda respecto de la existencia del vínculo de filiación biológico, por lo mismo algunos autores la consideran como "La reina de las pruebas", otros la califican como "La prueba perfecta", advirtiéndose que tal como está regulada en nuestro ordenamiento jurídico procesal, se trata de una prueba de índole pericial, por tanto, no obstante su certeza, se debe sujetar a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil, para garantizar su actuación dentro de un proceso judicial, en lo que sea pertinente.

No hay que perder de vista que si bien nuestro ordenamiento jurídico procesal prevé que los medios probatorios son valorados conjuntamente; la eficacia probatoria de dicha prueba biológica, ha cobrado un protagonismo principal respecto a otros medios probatorios que pueden haber sido idóneos para la declaración de la paternidad extramatrimonial.

Con la dación de la ley 28457, se ha introducido en definitiva el procedimiento para valerse de la prueba del ADN; asimismo se ha modificado el texto del inciso sexto del artículo 402 del Código Civil, suprimiéndose la negativa del demandado de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415, es claro que no se podrá obligar a una persona a someterse a la prueba, ya que no existe

¹⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, "ADN Génesis del Hombre y Espíritu de la Filiación". En *Cuadernos Jurisprudenciales*. Número 37. *Gaceta Jurídica*. Lima, 2004. pag 3

algún fundamento jurídico que ampare la coerción para lograr el sometimiento, toda vez que en materia civil, la negativa del demandado convierte en imposible la realización de la prueba, pues no se puede obligar al supuesto padre a someterse a dicha pericia genética; esto se funda esencialmente en el principio de inviolabilidad del cuerpo humano, El Cuerpo Humano es intangible, como dice el aforismo latino *noli me tangere* ("No me toquen").



CAPITULO II

TRATAMIENTO LEGISLATIVO Y TENDENCIAS EN LA RECLAMACION DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

1. LA RECLAMACIÓN DE LA PATERNIDAD

Como se ha establecido en el capítulo anterior, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial sólo puede ser establecido expresamente por declaración de los padres o por una sentencia judicial, pues, en ocasiones, no se produce por iniciativa de los propios padres. Surge entonces la reclamación de la paternidad, que no es más que la invocación vía acción judicial, que tiene el hijo o sus representantes para reclamar su filiación.

2. LA INVESTIGACION JUDICIAL DEL VINCULO PATERNO FILIAL

2.1 PROHIBICION DE LA INVESTIGACION JUDICIAL DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL (TENDENCIA ANTERIOR)

A través de la historia, la investigación de la paternidad ha evolucionado, pues anteriormente existía una prohibición respecto a que sea investigada en los distintos sistemas legales. En nuestra legislación, hallamos como antecedente el Código Civil de 1852 que acorde con el artículo 340 del Código Napoleón prohibía dicha investigación.

Sostiene *Cornejo Chávez* que “las razones en las que se funda la prohibición de que la paternidad o la maternidad ilegítimas sean judicialmente investigadas pueden reducirse a dos: a) La dificultad de prueba, derivada de las circunstancias de

ocultación o disimulo en que comúnmente se desarrollan las relaciones sexuales extramatrimoniales;... y b) El carácter inmoral, a veces monstruoso o vergonzante de tales relaciones extramatrimoniales”.¹⁶

Es recién con la dación del Código Civil de 1936 y posteriormente con el de 1984, que legislativamente, la prohibición de la investigación de la paternidad, es dejada de lado y se da lugar a una nueva tendencia que admite la investigación de la paternidad.

2.2. TENDENCIA LEGISLATIVA ACTUAL EN LOS SISTEMAS LEGALES RESPECTO A LA INDAGACIÓN DE LA PATERNIDAD

Con la incorporación y aceptación de la prueba del ADN para los fines de la ciencia jurídica, las tendencias respecto a la indagación de la paternidad han cambiado.

Según sostiene *Enrique Varsi*, existe una fuerte y marcada tendencia en el Derecho Comparado a simplificar los trámites de indagación de la paternidad. Pueden tomarse como referencia algunos sistemas legales que, a pesar de tener tendencia subjetivista (basamento de la paternidad en presunciones), meritúa la importancia del nexo filial aligerando y tecnificando su investigación.¹⁷

El mismo autor hace referencia a normas de los siguientes países:

¹⁶ CORNEJO CHÁVEZ, Hector, *Ob. Cit.* pag 129

¹⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “El proceso de Filiación extramatrimonial”. Primera edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2006. pag 123

Brasil, por ley 8650, del 29 de diciembre de 1992, se regula la investigación de oficio de la paternidad de los hijos extramatrimoniales estableciéndose que todo registro de nacimiento debe indicar el nombre del padre a fin de permitir su indagación.

Costa Rica, por ley 8101 Ley de paternidad responsable, del 27 de abril del 2001 tiene un fondo matiz muy similar a nuestra ley 28457 pues pretende brindarle a las madres un proceso mucho mas rápido, menos costoso y con ello descongestionar un sistema judicial que se encuentra colapsado, a través de un procedimiento administrativo mas eficiente y en donde los plazos se reducen, cumpliendo con ello el mandato constitucional de justicia pronta y cumplida.

Ecuador, El Código de la Niñez y adolescencia de Ecuador del 3 de enero del 2003, trata en el título V sobre el derecho de alimentos y regula de forma especial una forma de declaración de paternidad permitiendo incluso la investigación post mortem.

Estados Unidos, El esclarecimiento de la filiación tiene las siguientes características: en el caso de que los progenitores no sean casados, se necesita que ambos firmen un reconocimiento o Declaración de paternidad, si el supuesto padre no quiere reconocer la madre puede pedir a la Corte que la ayude, todos los estados norteamericanos aparte de los célebres *blood test* la prueba del ADN.

Chile, El Código Civil chileno incorpora en el artículo 199 de su Código Civil los incisos 2,3,4 y 5, por primera vez en Chile, se otorga a las bio pruebas valor suficiente para establecer la filiación extramatrimonial o excluirla, la prueba del ADN prevalece sobre las demás y respecto a la negativa a someterse a la prueba científica se dispone la presunción en caso sea injustificada.

De los sistemas analizados, opina *Varsi*, que es fácil apreciar la tendencia a revelar el nombre del progenitor, lo que resulta acorde con lo acogido por nuestra legislación.

3. EL TRATAMIENTO DE LA RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD Y SU EVOLUCIÓN EN NUESTRA LA LEGISLACIÓN CIVIL

3.1. LAS CAUSALES SOBRE LA RECLAMACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL CODIGO CIVIL

Nuestro Derecho Civil, visto y reflejado en nuestra vida Republicana, en un primer momento con la dación del Código Civil de 1852, con la notoria influencia del derecho francés reflejado en su Código Napoleón como ya se ha sostenido, prohibió expresamente no sólo la investigación de la paternidad natural, sino incluso la de la maternidad natural.

La nueva tendencia destinada a la investigación de la paternidad surge posteriormente, es así que, tanto los Códigos Civiles de 1936 y 1984 ya la han admitido. Sostiene *Alex Plácido* que ya en el Código Civil de 1936 se admitió ciertas excepciones no solo en el caso de delito, añadiendo al rapto, la violación; asimismo, introduce la investigación en los casos de existir escrito indubitado del padre reconociendo la paternidad o de hallarse el hijo en la posesión del estado de hijo, referidas por cierto al hijo natural.¹⁸

En el texto original del artículo 402° del Código Civil, tal cual fue concebido por la Comisión Reformadora y Revisora del Código Civil de 1984 y que entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984, contempló únicamente los cinco primeros incisos como

¹⁸ *PLACIDO VILCACHAGUA, Alex, "Creditor virgini pregnant...", volviendo al ancien droit: A propósito de la Ley 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial". En Actualidad Jurídica. Tomo 134. Lima, 2005. pag 43*

supuestos de presunción para la declaración de filiación judicial extramatrimonial, determinando que exista una marcada tendencia subjetivista siendo estos:

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

3.2. LA PRUEBA DEL ADN Y LA MODIFICACION DE LA LEGISLACION

Se ha podido apreciar, la clara tendencia subjetivista de nuestro Código Civil respecto a la indagación de la paternidad, dada la imposibilidad de probar el vínculo filial; sin embargo, el avance de la ciencia a través de la prueba del ADN, va a influir en el Derecho y sus operadores, de tal forma que los legisladores no pueden mantenerse

al margen, teniendo que dar cabida a una prueba de tanto aporte y que definitivamente ayudará a los fines jurídicos.

Con la primera modificatoria al artículo 402 del Código Civil, habida e introducida mediante el artículo 2 de la Ley N° 27048, se introdujo el inciso sexto el cual establecía:

Quando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415.

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

El Juez desestimaré 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.

Con la dación de la Ley 28457 ha sido suprimido el extremo que indicaba: *Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415.*

La razón básica de la introducción del inciso sexto, radica fundamentalmente, en que no estaba contemplado aquel supuesto de existencia de un hijo extramatrimonial nacido de una relación efímera; de otro lado, el avance científico y desarrollo de la prueba genética del ADN han permitido que los legisladores tengan que incorporar una prueba que va a contribuir a los fines del Derecho.

No obstante que la prueba del ADN, puede despejar cualquier presunción prevista en las cinco primeras causales, éstas han quedado vigentes; sin embargo, básicamente el costo de la prueba entre otras razones, han determinado que sigan aun vigentes.

3.3. LA LEY 28457

De la Exposición de motivos de la Ley 28457, se ha podido establecer que la iniciativa legislativa, al plantearse tuvo como fuente una de las propuestas elaboradas por la CERIAJUS (Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia); la finalidad de dicha propuesta, fue procurar enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más graves y extendidos en el país, como es: la filiación extramatrimonial.

Como se ha sostenido, el Derecho ha dado cabida a los avances científicos que son coherentes con la finalidad de la ciencia jurídica; es así, que en lo que respecta a la indagación de la paternidad se puede advertir que, es la Ley 27048 que modificó varios artículos del Código Civil, la que introduce la prueba del ADN.

Con respecto a dicha introducción probatoria biogenética nuestra legislación civil, -bajo la perspectiva de que el derecho procesal debe servir al hombre, a la

justicia y a la vida-¹⁹, a través de la Ley N° 28457, reguló el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial cuando se invoca el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, estableciéndose un nuevo procedimiento para los procesos de filiación.

Una de las razones fundamentales para la introducción de la prueba del ADN en los procedimientos de filiación, ha sido, que “Existe consenso científico en los niveles de certeza de los resultados de la prueba de ADN, de modo que con su realización (...), si es posible obtener el nivel de certeza adecuado para que los magistrados se pronuncien en las demandas de paternidad”²⁰

La tramitación de este proceso corresponde a los Juzgados de Paz Letrados, es así que, interpuesta la demanda se expide una resolución declarando la filiación demandada. Si luego de 10 días de estar válidamente notificado el demandado no formula oposición, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad. En caso de haber oposición, se suspende el mandato si el demandado se somete a la prueba de ADN dentro del plazo de 10 días, siendo el costo asumido por la demandante, quien puede solicitar acogerse al auxilio judicial de conformidad al artículo 179 del Código Procesal Civil; si el demandado no se somete a realizarse la prueba por motivo injustificado, la oposición se declarará improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

En el caso que la prueba diera un resultado negativo, la oposición se declarará fundada y la demandante será condenada al pago de costas y costos del proceso; de lo contrario, si el resultado es positivo la oposición se declarará infundada y el

¹⁹ DE LA RUA Fernando, *Teoría General del Proceso. Ediciones de Palma. Buenos Aires 1991.pag 8*

²⁰ ARIANO DEHO, Eugenia, “ *El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?*”. En *Actualidad Jurídica. Tomo 134. Gaceta Jurídica. Lima, 2005. pag 65*

mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad, siendo condenado el demandado, al pago de costas y costos del proceso.

En cuanto a la doble instancia se ha establecido que la declaración judicial de filiación podrá ser apelada en un plazo de 3 días, siendo resuelta por el juez de familia en un plazo no mayor de 10 días.

3.4. EL OBJETIVO DE LAS ACCIONES LEGALES RESPECTO A LA INVESTIGACIÓN DE LA FILIACION

La actuación de la ley no puede ser el fin, sino el medio que utiliza el Estado en el proceso, para la tutela del orden jurídico y para resolver el problema que presenta la incertidumbre, la violación, el desconocimiento o la insatisfacción de los derechos subjetivos.²¹

El objetivo de las acciones legales, destinadas al establecimiento de la filiación jurídica es que coincida con la filiación biológica (verdad biológica) que durante siglos fue inaccesible; el derecho de cierta manera, se limitó a deducir de determinados hechos, sea con mayor o menor certeza el vínculo filial, para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, a partir de las cinco primeras causales detalladas e indicadas en el artículo 402° del Código Civil que no son más que presunciones judiciales.

Por tanto las dificultades respecto de la prueba, justifican el hecho de que el legislador haya siempre tomado largamente en cuenta, las presunciones de paternidad, que han sido superadas con el decurso y progreso de la ciencia, que ahora

²¹ *DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría General del Proceso. Tomo I, Frigerio Artes Graficas, Buenos Aires, 1985. pag 155*

permite determinar a través de un test genético con un riesgo mínimo de error la filiación biológica de una persona.

Para ello cabe destacar la fuerza probatoria del test genético (ADN), las condiciones en que se realiza la prueba, la negativa del presunto padre a someterse a ella, y finalmente las consecuencias que genera tal posición; sin embargo, no obstante que ya se ha introducido el inciso sexto, los cinco anteriores incisos aún continúan vigentes, ya que tampoco se puede imponer a los usuarios a que no hagan uso de los cinco primeros incisos, mas aún cuando la prueba tiene un costo significativo.

3.5. LA POSIBILIDAD DE SEGUIR INDAGANDO LA PATERNIDAD LUEGO DE LA DACIÓN DE LA LEY 28457

La evolución legislativa del artículo 402 del Código Civil, no constituye un impedimento para que en procesos seguidos antes de su evolución, ahora no se pueda investigar la filiación so pretexto de la cosa juzgada.

Es evidente que en los procesos tramitados antes de la incorporación del sexto inciso del artículo 402 del Código Civil, las partes no pudieron acceder a la prueba del ADN , toda vez que el Código Civil de 1984, no previó los avances biocientíficos regulándose un sistema que ha quedado desfasado con la realidad.

La cosa juzgada, no es un límite para la interposición de un nuevo proceso de paternidad sustentado en el análisis genético, siempre que en los anteriores procesos no se haya hecho uso de dicha prueba.

Se tiene en cuenta la supremacía de los intereses de la determinación de la paternidad sobre los principios de orden procesal formal, por lo que la cosa juzgada,

no puede presentarse como un obstáculo para los procesos de filiación, sobre todo cuando en él se ha llegado a incorporar nuevas pruebas de naturaleza biocientífica con la del ADN.

Es importante señalar que en nuestro ordenamiento constitucional la cosa juzgada, según lo consagra el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, es un principio de la función jurisdiccional (numerales 2 y 14) pero, a su vez, no podemos desconocer los siguientes postulados reconocidos en nuestra Constitución, en la Convención de los Derechos del Niño y en los Tratados Internacionales como son:

- La filiación, la maternidad y la familia son derechos sociales.
- El derecho a la identidad y su relación implícita con la filiación y la investigación de la paternidad.
- El derecho a conocer el propio origen biológico, así como la legalidad constitucional de la aplicación de pruebas biogenéticas para verificar una relación filial y su contraposición con los derechos de la persona.

En fin, la teoría y la casuística sobre el tema del ADN es riquísima, variada y en muchos casos contradictoria. Cada situación tiene su esencia como cada persona tienen un código genético que resume lo aportado por sus padres.

En definitiva es el Derecho y, sobretodo, la jurisprudencia los que deben tratar cada caso particular.

3.6. LOS DERECHOS IMPLICADOS EN LA LEY 28457 Y SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Del texto de la ley 28457, se puede establecer fundamentalmente que la ley, está dirigida a tutelar el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad por encima del derecho del padre de resguardar su intimidad, es así que, de la lectura de la norma se puede observar que se da prevalencia al primero, ello halla su explicación en una ponderación de los derechos fundamentales implicados, y esto se puede establecer en razón de que el derecho a la verdadera identidad tiene un carácter de “orden público” a diferencia del derecho a la intimidad, que únicamente recae en la esfera individual de la persona.

Cuando se da una norma de tal naturaleza, como la que es materia de comentario, van a surgir en definitiva criterios en contra, al respecto *Varsi Rospigliosi*, sostiene que, los criterios en contra hace buen tiempo fueron tratados y resueltos por la doctrina y la jurisprudencia comparada.²²

Se ha considerado la no afectación de los derechos del demandante en los procesos de filiación, tomándose muy en cuenta el principio de proporcionalidad sostenido por *Bernal Pulido*.²³

A opinión del mismo *Varsi Rospigliosi*, quien a efecto de establecer la legitimidad del proceso monitorio que establece la ley 28457, y ante las posiciones que sostenían que los derechos del demandado se encontraban constitucionalmente afectados ha realizado un test de razonabilidad, que no es otra cosa que un análisis de proporcionalidad que está directamente implicado con el valor justicia, el mismo que ha concluido que: “la ley intimatoria de paternidad es acorde con la finalidad

²² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “El proceso de Filiación extramatrimonial”. Primera edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2006. pag 95

²³ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Públicos y Constitucionales. Madrid, 2003. pag 95

constitucional del respeto a la familia, a la protección del derecho a la identidad y a la promoción de la paternidad”.²⁴

Para la realización de dicho test de razonabilidad, ha utilizado el razonamiento del Tribunal Constitucional el que considera que se tienen que analizar tres principios que son el de idoneidad, el de necesidad y el de razonabilidad,

Es también necesario establecer que, si bien algunos Órganos jurisdiccionales han optado por no aplicar la ley 28457, aduciendo que esta es violatoria de los derechos constitucionalmente reconocidos como son la libertad y el debido proceso, nuestra Corte Suprema ya ha emitido un pronunciamiento al respecto a través de la Sala de Derecho Constitucional y Social en el expediente 1699-2007, que declaró nula una resolución del Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Condevilla, resolución que declaraba como inconstitucional la Ley 28457.

La Sala conoció en consulta la resolución, la que sostenía que se afectaba el derecho a la libertad y al debido proceso del demandado; es así que sobre la violación al derecho a la libertad, la Sala estableció que la Ley 28457 no obliga al demandado a someterse a la prueba de sangre para el análisis del ADN, ni que se le conduzca de grado o fuerza, por el contrario, si el demandado después de diez días no cumple con dicha prueba, se declarará la paternidad; ello significa que el demandado es libre de decidir, si concurre o no a la toma de muestras para la prueba del ADN; asimismo, se precisa, que si bien el derecho a la libertad es fundamental y debe ser protegido, éste, al igual que todos los derechos, puede ser regulado, y pueden ser materia de restricciones, en tanto se opongan o relacione con otros derechos.

²⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “El proceso de Filiación extramatrimonial”. Primera edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2006. pag 123

De otro lado, con respecto al debido proceso, se precisa que no hay afectación alguna, porque el demandado tiene la posibilidad de oponerse al proceso y someterse al examen de ADN, para demostrar su negativa y que no es el padre del menor.

La prueba de ADN es considerada científicamente determinante para dilucidar el caso materia de la demanda, en la medida que otros medios probatorios no asegurarían el caso con la certeza que ofrece dicha prueba; asimismo, la Sala, destaca como valor constitucional el derecho a la identidad que corresponde a toda persona.



CAPITULO III

ASPECTOS PROCESALES RESPECTO A LA RECLAMACION DE LA PATERNIDAD, DISPONIBILIDAD DE DERECHOS Y SU TRATAMIENTO ESPECIAL EN LA LEY 28457

1. EL DEBIDO PROCESO

1.1. CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO

Respecto al Debido Proceso, *Ticona Postigo*, sostiene que es un derecho fundamental, natural o humano que tiene toda persona que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente; pues el Estado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanente a un sistema judicial imparcial.²⁵

1.2. CONTENIDO DEL DEBIDO PROCESO

En cuanto a su contenido el mismo autor sostiene que, es un instituto complejo que abarca muchos aspectos. Comprende o contiene aspectos sustantivos tal como lo señalara el jurista argentino Juan Francisco Linares, en su obra ya clásica:

²⁵ TICONA POSTIGO, Victor, "Código Procesal Civil, Comentarios, Materiales de Estudio y doctrina". Con el Auspicio del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Arequipa, 1994. pag 5

Razonabilidad de las Leyes: El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina . También hay aspectos o facetas procesales, como lo señalara el procesalista italiano Vincenzo Vigoritti.

FACETAS PROCESALES: El derecho al debido proceso corresponde tanto al demandante como al demandado, al accionante como al imputado, en un proceso civil o proceso penal, respectivamente.

Entre las facetas más importantes (aunque no las únicas dentro del proceso civil), tenemos las siguientes:

A) INTERVENCIÓN DE UN JUEZ INDEPENDIENTE, RESPONSABLE

Y COMPETENTE: Como bien y certeramente lo expresa Piero Calamandrei (Proceso y Justicia), todas las libertades son vanas sino se les puede reivindicar y defender en proceso; si el individuo no encuentra ante sí jueces independientes, responsables y capaces.

B) HACERSE UN EMPLAZAMIENTO VALIDO: El código trata de asegurar que el demandado tome conocimiento real y oportuno del proceso civil, mediante la notificación con la demanda y su resolución admisorio.

C) DERECHO A SER OÍDO O DERECHO A AUDIENCIA Se debe conceder un mínimo de posibilidades de que el emplazado sea escuchado; que el tribunal tome conocimiento de las razones que expone, sea por escrito o verbalmente; es decir que no se le prive de una razonable oportunidad de ser escuchado; por tanto, este aspecto del debido proceso: nadie puede ser condenado sin ser previamente escuchado o por lo menos sin habersele dado la posibilidad concreta y objetiva de exponer sus razones.

D) TENER OPORTUNIDAD PROBATORIA: Si se considera que los medios probatorios producen la convicción judicial y de consiguiente determinan el contenido de la sentencia (como lo anotaba E. COUTURE), es indubitable que privar de la oportunidad probatoria es afectar el derecho al debido proceso. El nuevo Código ofrece la oportunidad probatoria para las partes en los actos postulatorios del proceso, esto es al presentar la demanda y su contestación (Arts. 424 inc 10. 425 inc 5 y 6 y 422 inc 5;) o cuando se alegan hechos nuevos y en otros casos como los previstos en los artículos 429 y 440.

E) LA FUNDAMENTACIÓN DEL FALLO: Llamada también motivación.

Esta faceta exige que en especial las sentencias sean motivadas, que contengan un juicio o valoración, en donde el juez debe exponer las razones y fundamentos fácticos y jurídicos conforme a los cuales decide la controversia.

Su ausencia configuraría un arbitrio o abuso de poder del juez que emite la sentencia. El Código Procesal Civil regula esta faceta en forma general en el artículo 122 inciso cuatro y el tercer párrafo del mismo numeral.

F) EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL PROCESO Y DOBLE INSTANCIA : La sentencia expedida en un proceso debe ser reexaminada, a petición de parte, por el órgano jurisdiccional superior, a fin de que éste, determine si se ha incurrido en error "in iudicando" o error "in procedendo", con infracción de la norma constitucional en particular; a tal efecto el legislador debe normar los medios impugnatorios idóneos para posibilitar la doble instancia y este control constitucional del proceso. La Constitución garantiza la doble instancia y el art. X del Título Preliminar del Código también garantiza este aspecto del debido proceso al declarar que el proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta. El recurso de apelación está regulado en los artículos 364 y siguientes del Código; aclarándose que el recurso de casación

no genera una tercera instancia, aunque sí posibilita un control constitucional del proceso.²⁶

1.3. CLASES DE PROCESOS POR SU ESTRUCTURA

Sobre las clases de procesos por su estructura, *Enrique Véscovi*, refiere que el proceso puede ser **simple o monitorio**.

Sostiene que el proceso común (simple) tiene, una estructura contradictoria en la cual el juez oye a cada parte y después resuelve.

Este proceso **simple** puede ser ordinario, si sigue todas las ritualidades comunes, o sumario, si los trámites son mas abreviados, mas breves (sumario).

Esta estructura normal o simple, se modifica en lo que se ha dado a llamar el proceso **monitorio**, en el cual se invierte el orden del contradictorio, pues el juez, oído el actor, dicta ya la sentencia (acogiendo su demanda), y solo después oye al demandado, abriéndose entonces, no antes, el contradictorio (si el reo se resiste) y luego del procedimiento el juez mantiene su primera sentencia o no (proceso de desalojo, ejecutivo, entrega de la cosa y de la herencia, en nuestro derecho positivo). Hay quienes entienden que el proceso monitorio es el intermedio entre el conocimiento y el de ejecución.²⁷

²⁶ TICONA POSTIGO, Victor, "Código Procesal Civil, Comentarios, Materiales de Estudio y doctrina". Con el Auspicio del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Arequipa, 1994. pag 5-6

²⁷ VÉSCOVI, Enrique, " Teoría general del proceso". Segunda Edición Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá 1999. pag 96-97

El proceso de estructura monitoria tiene dos tipos, el proceso monitorio puro y proceso monitorio documental.

En cuanto al proceso monitorio puro, se caracteriza principalmente por los fundamentos de la demanda resultan del solo dicho del demandante, y el mandato se dicta sin necesidad de prueba documental.

El proceso monitorio documental, tiene su característica principal, en que los fundamentos en los que el demandante fundamenta su pedido deben estar respaldados necesariamente por prueba documental.

Podemos concluir que en el proceso monitorio, la anticipación de la tutela se produce a raíz de la inversión en el principio de contradicción, el demandante con la sola interposición de su acción obtiene una resolución judicial y si el demandado no contesta la resolución queda lista para su ejecución.

2. EL PROCESO DE RECLAMACION DE LA PATERNIDAD

2.1. EL PROCESO DE RECLAMACION DE PATERNIDAD CON RESPECTO A LAS CINCO PRIMERAS CAUSALES DEL ARTICULO 402 DEL CODIGO CIVIL

Como se ha establecido anteriormente el artículo 402 del Código Civil ha tenido una evolución, sin embargo, para el trabajo que nos ocupa, primero conviene analizar la tramitación con respecto a las cinco primeras causales o presunciones establecidas en el mencionado artículo, es decir:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.

2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, 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.

2.1.1 JUZGADO COMPETENTE Y PROCESO

Conforme a lo establecido en el acápite b) del artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la segunda Disposición Complementaria de la ley 28457, son competentes para conocer las pretensiones concernientes a la Sociedad Paterno Filial los Juzgados de Familia; por lo tanto, encontrándose el artículo 402 del Código Civil Capítulo Segundo, del Título II, de la Sección Tercera del Código Civil, denominada Sociedad Paterna Filial, las cinco primeras causales, basadas en presunciones, son de competencia de los Juzgados de Familia; asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 408 del Código Civil, la acción puede ejercitarse ante el domicilio del demandado o del demandante.

En cuanto al proceso, se debe tener en cuenta que al no tener una vía procedimental establecida en forma expresa, es de aplicación el inciso uno del artículo

475 del Código Procesal Civil, por lo que la vía procedimental será la del proceso de conocimiento (el mas lato de todos), es decir, tendrá la tramitación que le corresponde al proceso simple y ordinario explicado anteriormente, con todas sus etapas, y con la posibilidad de ofrecer variedad de medios probatorios.

Al darse su tramitación ante el Juzgado de Familia, da lugar a la segunda instancia ante la Sala respectiva y es posible el recurso extraordinario de Casación.

2.1.2. SUJETOS ACTIVOS Y SUJETOS PASIVOS DE LA PRETENSION

Conforme a lo establecido en el artículo 407 del Código Civil, la acción corresponde al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor y el curador, en su caso, requiere autorización del Consejo de Familia.

La acción no pasa a los herederos del hijo. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que deajo iniciado.

Respecto a los sujetos pasivos, el artículo 406 del Código Civil, establece que la acción se interpone contra el padre o sus herederos si hubiese muerto

2.2. EL PROCESO DE RECLAMACION DE LA PATERNIDAD CONFORME A LA LEY 28457 (inciso 6 del artículo 402 del Código Civil)

2.2.1 JUZGADO COMPETENTE Y PROCESO

Conforme a lo establecido en el inciso 8 del artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Juzgados de Paz Letrados, son competentes para conocer las

acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402 inciso 6 del Código Civil, es decir la que se basa en la prueba del ADN.

Con respecto al proceso, la ley 28457, ha previsto un proceso especial basado en una estructura de proceso monitorio puro, es así que el artículo 1, señala que quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad, puede pedir al Juez de Paz Letrado que expida una resolución declarando la filiación demandada; de otro lado, la segunda parte del artículo 1 precisa que si el demandado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido válidamente notificado, el mandato se convertirá en una declaración judicial de paternidad .

Tal como se precisó anteriormente, en el proceso monitorio, se invierte el orden del contradictorio, ya que se expide una resolución que declara la filiación al solo pedido del demandante, luego si es que se formula oposición se da lugar al contradictorio, para luego resolver la oposición, nótese que sólo existirá proceso si es que se formula oposición.

Debe tenerse en cuenta además que en este proceso el único medio probatorio del contradictorio es someterse a la prueba del ADN, caso contrario, ya existe desde el inicio una resolución que declara la filiación extramatrimonial.

Es de apreciarse también, que la prueba del ADN por su gran grado de certeza cobra protagonismo principal en este proceso, por lo que siendo el único medio probatorio posible de actuar según lo establecido en la ley, el Juez deberá sustentar su resolución en el resultado de dicha prueba; asimismo, si bien se ha previsto en el artículo 5 de la ley, que la declaración de filiación podrá ser apelada, la intervención de la segunda instancia – en este caso el Juzgado de Familia- también queda ligada al análisis de lo único que sustentó el Juez de Paz Letrado.

En cuanto a la prueba, es de resaltarse que en el procedimiento ordinario, esta previsto el principio de valoración conjunta de la prueba, pues el artículo 197 del Código Procesal Civil, establece que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta y razonada; sin embargo en la práctica con este nuevo proceso la decisión estará basada en la prueba del ADN como ya se ha sostenido, y esto por disposición legal, por lo que dicha prueba se convierte en un medio legal, el que a opinión de *Azula Camacho*, es el que tiene ocurrencia cuando la disposición limita los medios probatorios a los que ella expresa o taxativamente indica. Este sistema tuvo vigencia en los anteriores ordenamientos procesales que adoptaron el sistema de la tarifa legal, la cual requiere, *condito sine qua nom, el medio legal*.²⁸

Nótese también que al haberle dado la competencia del proceso al Juez de Paz Letrado, el proceso no podrá llegar a la Corte Suprema vía recurso extraordinario de Casación.

De otro lado, si bien en este proceso no se ha previsto las excepciones, nada obsta para que no se puedan plantear, pues si bien la norma por su naturaleza especial no ha contemplado la posibilidad de formularlas, lo cierto es que tampoco las prohíbe; al respecto de dichas figuras procesales *Hinostroza Mingués* precisa que “si bien la normatividad no contempla la posibilidad de plantear tales instrumentos, tampoco lo prohíbe expresamente”.²⁹

Es necesario acotar, respecto a la estructura y trámite previsto en la ley 28457 sobre todo en el tema probatorio, que no obstante todo el avance y evolución de la

²⁸ AZULA CAMACHO, Jaime, *Manual de Derecho Probatorio*. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, 1998. pag 23

²⁹ HINOSTROZA MINGUES, Alberto, *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Lima Tomo II. Pag 1398

ciencia del derecho (procesal) probatorio y su tendencia garantista de amplia valoración, ésta, se ve retraída a una etapa anterior en su proceso de evolución, reflejada en la prevalencia del medio probatorio legal, a diferencia de la tendencia actual que es el medio probatorio libre o libre valoración de la prueba, en el cual el Juzgador decide sin hallarse sujeto a determinados criterios valorativos preestablecidos por la ley³⁰; pues, paradójicamente por el avance también de la ciencia, pero en otro rubro que es la biogenética, por su contundencia y certeza probatoria, se tiene que dar prevalencia a la prueba del ADN.

No obstante lo paradójico, se puede apreciar que la prueba, para el caso que nos atañe, cumple su función en el orden jurídico, pues como sostiene el maestro Carnelutti “ El orden jurídico resuelve conflictos de intereses con normas generales, que subordinan unas a otras determinadas categorías de intereses, imponiendo a los portadores de los intereses subordinados determinada conducta a favor de los portadores de los intereses prevalecientes. Cuando para el arreglo efectivo de los conflictos no baste la coacción moral derivante de la existencia de las propias normas, hará falta proceder a la realización de estas, transformando su mandato abstracto en concreto, tan solo para utilizar a los efectos de dicho arreglo la coacción moral mas enérgica ocasionada por la especificación del mandato también para garantizar (para preparar o para comprobar), mediante esta especificación, el justo empleo de la coacción material encaminada a conseguir la subordinación prescrita del interés inferior al interés prevaleciente.³¹

³⁰ ESPARZA LEIBAR, Iñáqui, *El Principio del Proceso Debido*. Jose María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1995. pag 42

³¹ CARNELUTTI, Francesco, *La Prueba Civil*. Ediciones Acayú. Buenos Aires, 1947. pag 3

2.2.2. SUJETOS ACTIVOS Y SUJETOS PASIVOS DE LA PRETENSION

El artículo 1 de la Ley 28457 señala que: *“Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que se expida resolución declarando la filiación demandada”. “Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado validamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”*; asimismo el artículo 2 de la misma ley refiere que: *“La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes...” “El ADN, será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo”*.

De la norma expuesta, concordada con el Código Civil, se puede establecer que, el único legitimado activo, para demandar la filiación es el “hijo” (rectius, quien se crea “hijo”) conforme a lo establecido en el artículo 407 ya expuesto anteriormente, o sus representantes (madre, etc.) .

En cuanto a la legitimación pasiva le corresponde al “padre” (rectius, el que se considera que es el “padre”) o emplazado, a quien se refiere la ley aludida, y que es la persona que se puede oponer; siendo una de las personas a las cuales se le va realizar la prueba de ADN, conjuntamente con la madre y el hijo.

En el artículo 406 del Código Civil, se establece que *“la acción se interpone contra el padre o contra sus herederos si hubiese muerto”*; sin embargo, este artículo puede llevar a confusión al momento de hacer uso del inciso 6 del artículo 402, que ha sido posteriormente incorporado a dicho artículo y luego modificado por la ley 28457 como explicaremos en el siguiente punto.

2.2.3.1 ALCANCE DE LA LEY 28457 RESPECTO A LOS SUJETOS PASIVOS DE LA PRETENSIÓN

Como se recordará, en el Capítulo II del presente trabajo, se ha precisado que la legislación en materia de reclamación de la paternidad, ha evolucionado, es así, que al artículo 402 del Código Civil que inicialmente contaba con cinco causales o presunciones, se le agregó un sexto inciso mediante el artículo 2° de la Ley N° 27048, que introdujo en nuestra codificación civil, la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza; asimismo, la ley 28457 modificó dicho inciso.

La evolución del tratamiento legislativo en este aspecto, radica fundamentalmente en el avance de la ciencia, por tal razón el contexto en que se dio inicialmente el tratamiento legislativo para la reclamación de la paternidad en el año 1984, sólo había contemplado cinco presunciones o causales que deberían ser materia de probanza, por tal razón la acción podía ejercitarse contra el padre e incluso contra los herederos conforme lo establece el artículo 406 del Código Civil.

Con respecto a lo establecido en el artículo 406 del Código Civil, que establece que *“la acción se interpone contra el padre o contra sus herederos si hubiese muerto”*; se puede advertir, que lo normado en la ley 28457 guarda concordancia con lo establecido en la primera parte de dicho artículo, es decir que *“la acción se interpone contra el padre”*; sin embargo, en cuanto a la segunda parte del artículo en comentario, es decir que la acción se interpone en *“contra de sus herederos si hubiese muerto”*, se puede apreciar que lo dispuesto en la ley 28457 no guarda concordancia como se pasará a explicar.

El inciso sexto del artículo 402 del Código Civil cuya acción de reclamación de la paternidad se hace en base a la prueba del ADN, se tramita conforme a lo establecido en la ley 28457, y no fue concebido en el contexto en que se concibieron las cinco primeras causales, toda vez que no se contaba con el avance científico con el que hoy se cuenta; es así que, al momento de la incorporación normativa del mencionado inciso sexto, el legislador, al parecer, no ha reparado en precisar que ante la invocación del referido inciso, conforme al procedimiento monitorio establecido en la ley 28457, no es posible interponer la acción en *contra de los herederos del supuesto padre si hubiese muerto* como lo establece en forma general la segunda parte del artículo 406 del Código Civil.

La ley 28457, como ya hemos expuesto, no obstante que modifica el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, tan sólo guarda concordancia con la primera parte del artículo 406 de dicho cuerpo normativo en cuanto a los sujetos pasivos de la pretensión o acción declaración de paternidad. es decir que *“la acción se interpone contra el padre”*, esto se infiere de lo dispuesto en la misma ley.

El artículo 1 de la Ley 28457 señala que *si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado validamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad*; en tal sentido puede apreciarse que es la *manifestación de voluntad*, la que tiene preeminencia en este tipo de procesos, ya que conlleva a que, al efectuarse el emplazamiento válido al demandado (supuesto padre), queda en su esfera personal de disposición voluntaria, la prerrogativa de oponerse o no oponerse, conforme al supuesto establecido en la referida ley; esta condición no se cumpliría en el caso en que los demandados fueran los herederos, por lo tanto la ley 28457 no tiene alcance respecto de los herederos como sujetos pasivos.

De otro lado, el mismo artículo 2 de la ley 28457 se encarga de confirmar lo anteriormente expuesto, toda vez que establece que *el ADN será realizado, con muestras del padre, la madre y el hijo*, lo que implica necesariamente la presencia del padre y por ende que se encuentre vivo, dado que la ley en comentario, no ha regulado expresamente los *procedimientos* ha seguir para obtener las muestras del ADN de sus restos mortales (lo cual es posible) u obtenerlas de sus herederos.

En concordancia a lo expuesto, también se puede establecer que no hay forma que dentro del trámite previsto, los herederos puedan formular oposición al mandato de declaración de paternidad, pues además, éste derecho corresponde exclusivamente al supuesto padre, toda vez que, sólo por su voluntad personal expresa o ficta, podrá decidir si se somete a la prueba del ADN o si no formula oposición, lo cual acarreará que se le declare padre; de otro lado siendo una decisión personal que tiene que ver con el *status* de la persona, los herederos del supuesto padre, tampoco pueden reconocer o allanarse a la pretensión como forma de no oponerse al mandato.

Queda claro entonces, que la invocación del inciso sexto del artículo 402 del Código Procesal Civil en base a la ley 28457, tal como esta estructurada, sólo guarda concordancia con la primera parte del artículo 406 del Código Civil vigente, es decir que *“la acción se interpone contra el padre..”*; sin embargo, no guarda concordancia con la segunda parte, que establece que la acción se interpone *“contra sus herederos si hubiese muerto”*; dicha imprecisión genera que los usuarios -ante la total vigencia-, tanto del inciso sexto del artículo 402 como del artículo 406 ambos del Código Civil, puedan invocar la ley 28457 en contra de los herederos del supuesto padre, lo que resulta erróneo, siendo el factor determinante que contribuye a dicho error, la falta de precisión en la ley 28457, pues en dicha ley, además de establecer que el ADN será realizado, con muestras del padre, la madre y el hijo, se debió establecer

expresamente que su trámite, no rige para los supuestos en los que el padre estuviese muerto y se tenga que emplazar a sus herederos, de lo contrario cabría preguntarse ¿como podrían oponerse los herederos, en el trámite que le ha dado la ley?.

3.- LA DISPONIBILIDAD DE DERECHOS Y SU TRATAMIENTO PROCESAL

3.1 LA DISPONIBILIDAD DE DERECHOS

Nuestra legislación ha establecido en el artículo 42 del Código Civil, que al adquirir la persona los dieciocho años de edad, tiene plena capacidad para el ejercicio de sus derechos civiles.

Resulta claro entonces que el mayor de edad puede ejercer sus derechos, sin embargo debe tenerse en cuenta que existen dos clases de derechos los que están ligados al ámbito de la patrimonialidad y los que no son de índole patrimonial.

Interesa diferenciar que, los derechos disponibles son los que están ligados al ámbito de lo patrimonial, y que son los que la persona con capacidad de ejercicio puede disponer; sin embargo, los derechos absolutos o indisponibles, no son patrimoniales, están mas ligados al *status civil* de la persona, al respecto cabe citar lo que refiere *Marianella Ledesma Narváez*, respecto a ésta clase de derechos, sostiene que los derechos indisponibles nos ubican en una zona intransitable para la libertad de las partes, un ámbito inviolable, ciertas reglas que no pueden ser derogadas por la mera voluntad privada de las partes.³²

³² LEDESMA NARVAEZ, Marianella, "Comentarios al Código Procesal Civil Análisis artículo por artículo". Tomo II Primera edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2008. pag 45

Para efectos de la presente investigación, resulta pertinente resaltar que los estados de familia, se encuentran en el ámbito de los derechos indisponibles, ya que las partes no pueden modificarlos a su voluntad.

3.2. LA DISPONIBILIDAD DE DERECHOS EN LA NORMATIVIDAD PROCESAL ORDINARIA

Nuestra legislación procesal ordinaria da un tratamiento especial y definido en el tema del tratamiento de los derechos indisponibles, es así que en el aspecto probatorio el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales, tal como lo establece el inciso dos del artículo 190 del Código Procesal Civil.

Para el tema que nos avoca pasaremos a verificar a continuación, algunos otros supuestos de dicho tratamiento en cuanto a la disponibilidad de derechos.

3.2.1 LA DISPONIBILIDAD DE DERECHOS Y LA CONDICIÓN DE REBELDE EN LA NORMATIVIDAD PROCESAL ORDINARIA

Cuando una persona invoca tutela jurisdiccional efectiva, a través de un proceso judicial, establece una relación procesal entre el sujeto activo de la pretensión y el sujeto pasivo de la misma, es así, que mientras el actor tiene como medio para accionar su pretensión, su derecho de acción que lo ejerce a través de la interposición de la demanda, el sujeto pasivo o demandado en la relación procesal, tiene expedito su derecho de contradicción, que lo ejerce a través de la contestación de la demanda pero dentro del plazo que establece la ley.

A entender de la procesalista *Marianella Ledesma Narváez*, la rebeldía es una modalidad de inacción del demandado que se configura no con la ausencia de este en el proceso sino con la omisión para contestar la demanda dentro del plazo señalado. La parte puede apersonarse al proceso y no contestar la demanda e incurre en rebeldía.³³

El artículo 461 del Código Procesal Civil, ha establecido que la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, precisando en su inciso dos, como salvedad a dicha presunción que la pretensión se sustente en un derecho indisponible.

3.2.2. LA DISPONIBILIDAD DE DERECHOS Y LAS FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO ORDINARIO

El conflicto de intereses, que se genera a raíz de una relación material previa y que para alcanzar tutela jurisdiccional llega al Poder Judicial y genera un proceso judicial, no siempre puede concluir por una sentencia que decida el conflicto sino que en muchos casos puede lograrse por la autonomía privada de las partes como es el caso de la conciliación y transacción, o en otros casos por el desistimiento de la pretensión y/o del proceso, el abandono del mismo y el allanamiento y reconocimiento.

Como se puede apreciar, la normatividad procesal ha previsto para los conflictos ya judicializados, situaciones especiales las que se denominan formas especiales de conclusión del proceso.

³³ LEDESMA NARVAEZ, *Marianella*. Ob. Cit. pag 534

Respecto a la disponibilidad de derechos y las formas de conclusión del proceso, podemos apreciar en cuanto a la conciliación, que es el acuerdo al que llegan las partes homologado por el Juez, ésta, sólo procede respecto a derechos disponibles conforme lo precisa el artículo 325 del Código Procesal Civil.

En cuanto a la transacción, que es el acuerdo al que llegan las partes para concluir un proceso, podemos advertir que, su homologación judicial se realiza siempre y cuando contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público, conforme lo precisa el artículo 337 del Código Procesal Civil; en consecuencia, como ya se ha precisado, al ser los derechos patrimoniales los disponibles, la transacción procedería sólo respecto a derechos disponibles.

En cuanto al desistimiento, que es la figura procesal destinada a dejar sin efecto la pretensión o el proceso, el inciso 5 del artículo 332 del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 344 del mismo cuerpo normativo, ha establecido que no procede cuando el conflicto de intereses comprende derechos indisponibles.

3.2.3. EL ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO CON RESPECTO A LA DISPONIBILIDAD DE DERECHOS EN EL TRATAMIENTO ORDINARIO

Para los fines del presente trabajo, conviene tratar en forma aparte, estas dos figuras procesales de conclusión especial del proceso, con ocasión del trámite previsto por la ley 28457.

El allanamiento, es el acto por el cual el demandado, manifiesta su conformidad con el pedido contenido en la demanda, teniendo lugar necesariamente al interior de

un proceso, conforme a lo previsto en el artículo 330 del Código Procesal Civil, dicha figura procesal debe ser expresa, incondicional y oportuna.

Por otro lado, el reconocimiento implica no solo reconocer lo pedido, sino, tener por verdaderos los hechos expuestos en la demanda.

Sostiene *Marianella Ledesma Narváez* que, el allanamiento y el reconocimiento son formas de actuación del emplazado que se pueden utilizar durante el proceso. Implica la sujeción a la propuesta de la otra parte. Es la manifestación de voluntad mediante la cual un sujeto procesal establece una relación de sujeción al planteamiento realizado por la otra parte. Como señala el artículo 330 del C.P.C. el allanamiento importa una aceptación del petitorio; el reconocimiento es una admisión de la pretensión.³⁴

El inciso 5 del artículo 332 del Código Procesal Civil, establece que no procede el allanamiento y por ende el reconocimiento, cuando el conflicto de intereses comprenda derechos indisponibles.

3.3. LA DISPONIBILIDAD DE DERECHOS EN EL PROCESO MONITORIO DE LA LEY 28457

3.3.1 LA NO FORMULACIÓN DE OPOSICION Y SU SEMEJANZA AL ESTADO DE REBELDIA

La ley 28457, en la tramitación especial del proceso monitorio puro de filiación de paternidad extramatrimonial, no ha previsto expresamente la figura procesal de la rebeldía o su declaración judicial, sino, lo que ha previsto en su artículo 1 es que, si el demandado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

³⁴ LEDESMA NARVAEZ, *Marianella*. Ob. Cit. pag 42

Como es de apreciarse la falta de oposición (contestación) convierte en forma inmediata el mandato inicial emitido por el Juez, en declaración judicial de paternidad, con lo que concluye el proceso.

En un proceso ordinario ante la falta de contestación, se procede a emitir la declaración de rebeldía, la que conforme a lo establecido en el artículo 461 del Código Procesal Civil, causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda; asimismo, existen salvedades a dicha regla, siendo una de ellas la prevista en el inciso dos que establece expresamente que “ salvo que la pretensión se sustente en un derecho indisponible”.

La falta de oposición en el proceso monitorio de filiación y la falta de contestación en el proceso ordinario, conllevan a una finalidad similar que es seguir adelante con el proceso.

Es así que mientras en el proceso monitorio de filiación ante la falta de oposición, se procede a emitir la declaración judicial de paternidad, declarando en definitiva padre al demandado; en el proceso ordinario, la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda con las salvedades del caso.

Como ya se estableció anteriormente, los estados de familia -dentro de ellos la filiación-, se encuentran dentro del ámbito de los derechos indisponibles (no patrimoniales); en tal sentido, no obstante que la falta de oposición y la rebeldía, conllevan a una finalidad similar que es seguir adelante con el trámite del proceso, dando credibilidad a lo alegado por la parte demandante, salta a la luz una diferencia en el tratamiento procesal en uno y otro caso, pues, mientras que en los procesos

ordinarios la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que la pretensión se sustente en un derecho indisponible; en el proceso monitorio de filiación, no obstante que se sustenta en un derecho indisponible, la falta de oposición convierte en forma inmediata el mandato en declaración judicial de paternidad.

Como se puede apreciar, con el trámite procesal especial establecido en la ley 28457, la filiación -indisponible por su naturaleza-, pasa a recibir un tratamiento excepcional con respecto al tratamiento procesal ordinario.

3.3.2. LA ACEPTACION DE LA PATERNIDAD DEL EMPLAZADO Y SU SEMEJANZA AL ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO

En cuanto a las figuras procesales de allanamiento y reconocimiento, la ley 28457, no las ha previsto expresamente; sin embargo, lo que si ha previsto es que si el demandado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Estando a lo previsto en la ley en comentario, nada impide en la práctica, que el demandado se apersona al proceso, en el plazo que tiene para formular oposición y, lejos de formularla, haga todo lo contrario, es decir, acepte expresamente el petitorio y los hechos que se formulan en la demanda, con lo que también se cumple el presupuesto establecido en la ley, que es no formular oposición. Ante tal situación, al Juzgador, no le quedará otra opción que declarar la paternidad demandada conforme a lo previsto en el artículo 1 de la ley.

Se advierte entonces, que la ley 28457 en forma muy general, ha regulado la no formulación de oposición, como si se tratara solamente de la no presentación del escrito de oposición, cuando esto no es así, ya que en el supuesto caso que el demandado acepte el petitorio y los hechos expuestos en la demanda, también se habrá cumplido el presupuesto de no haber formulado oposición, asimilándose al allanamiento y el reconocimiento previstos en la normatividad procesal ordinaria, para cuya procedencia se ha previsto incluso como formalidad, legalice su firma ante el auxiliar jurisdiccional conforme a lo previsto en el artículo 330 del Código Procesal Civil, esto, con la finalidad de tener certeza procesal, de que en efecto, es verdaderamente la parte interesada quien lo esta formulando.

Como se ha podido establecer el allanamiento y el reconocimiento no están previstos expresamente en la ley 28457; sin embargo, sus efectos, si se pueden dar, pues ante la no formulación de oposición por parte del demandado, sino, por el contrario ante la aceptación de la pretensión y los hechos (allanamiento y reconocimiento), no obstante que se trata de derechos indisponibles, el Juzgador, en el trámite del proceso monitorio, deberá expedir la declaración de paternidad.

Es de apreciarse además que, en el trámite previsto en la ley 28457, se da un tratamiento excepcional a las figuras procesales del allanamiento y reconocimiento con relación al proceso ordinario, toda vez que, el inciso 5 del artículo 332 del Código Procesal Civil, establece que el Juez declara improcedentes dichas figuras, cuando el conflicto de intereses comprende derechos indisponibles como es el caso de la filiación, que por su naturaleza es indisponible.

La ley 28457 en su trámite especial, ha hecho disponible lo que en la normatividad procesal ordinaria es indisponible, siendo necesario que en dicha norma, se regule lo pertinente respecto al allanamiento y reconocimiento, mas aún, cuando

dichas situaciones, tienen incidencia directa en lo que el demandado pueda decidir al momento de ser emplazado, así como respecto a las costas y costos, pues como es sabido, en el proceso ordinario, específicamente en el artículo 413 del Código Procesal Civil, se ha previsto la exoneración de tales conceptos a quien reconoce o se allana a la demanda

Como se reitera, las figuras anteriormente tratadas no encuentran una regulación específica en la ley en comentario, presentado lagunas al respecto, por lo que hasta que no se haga una regulación en un asunto de tanta trascendencia social por los derechos en ella implicados, se tendrá que seguir apelando a la decisión judicial en cada caso particular; lo preocupante radica, en que, no obstante que, el derecho se debe completar a si mismo en virtud a su fuerza orgánica, y el procedimiento con relación al derecho positivo y por el cual se llenan lagunas, así como la plenitud hermética del orden jurídico debe dar solución a todo conflicto planteado ³⁵, en el presente caso esta tarea se hace mas dificultosa, debido al tratamiento procesal diferenciado y excepcional dado por el legislador, en materia de disponibilidad de derechos.

³⁵ FERNANDEZ, Alberto Vicente, *Función Creadora del Juez. Abeledo Perrot, Buenos Aires. pag 48*

CAPITULO IV

INVESTIGACION EN RESOLUCIONES JUDICIALES

1.- ESTADISTICAS REFERENTES A RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.

TABLA NRO 1

RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION POR LOS CINCO JUZGADOS DE PAZ LETRADOS DEL CERCADO DE AREQUIPA DE JULIO DEL 2007 A JULIO DEL 2009.

Resoluciones Finales	Se declara la Paternidad	No se declara la Paternidad	Número
1er. Juzgado	11	1	12
2do. Juzgado	4	0	4
3er. Juzgado	10	1	11
6to. Juzgado	10	1	11
7mo. Juzgado	9	0	9
Total	44	3	47
Total %	94%	6%	100%

FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

La tabla que antecede nos muestra la frecuencia con las que se declara y no se declara la paternidad cuando se invoca el sexto inciso del artículo 402 del Código Civil.

Debe tenerse presente que conforme a lo establecido en el inciso 8 del artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Juzgados de Paz Letrados, son los únicos competentes para conocer las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402 inciso 6 del Código Civil, es decir la que se basa en la prueba del ADN.

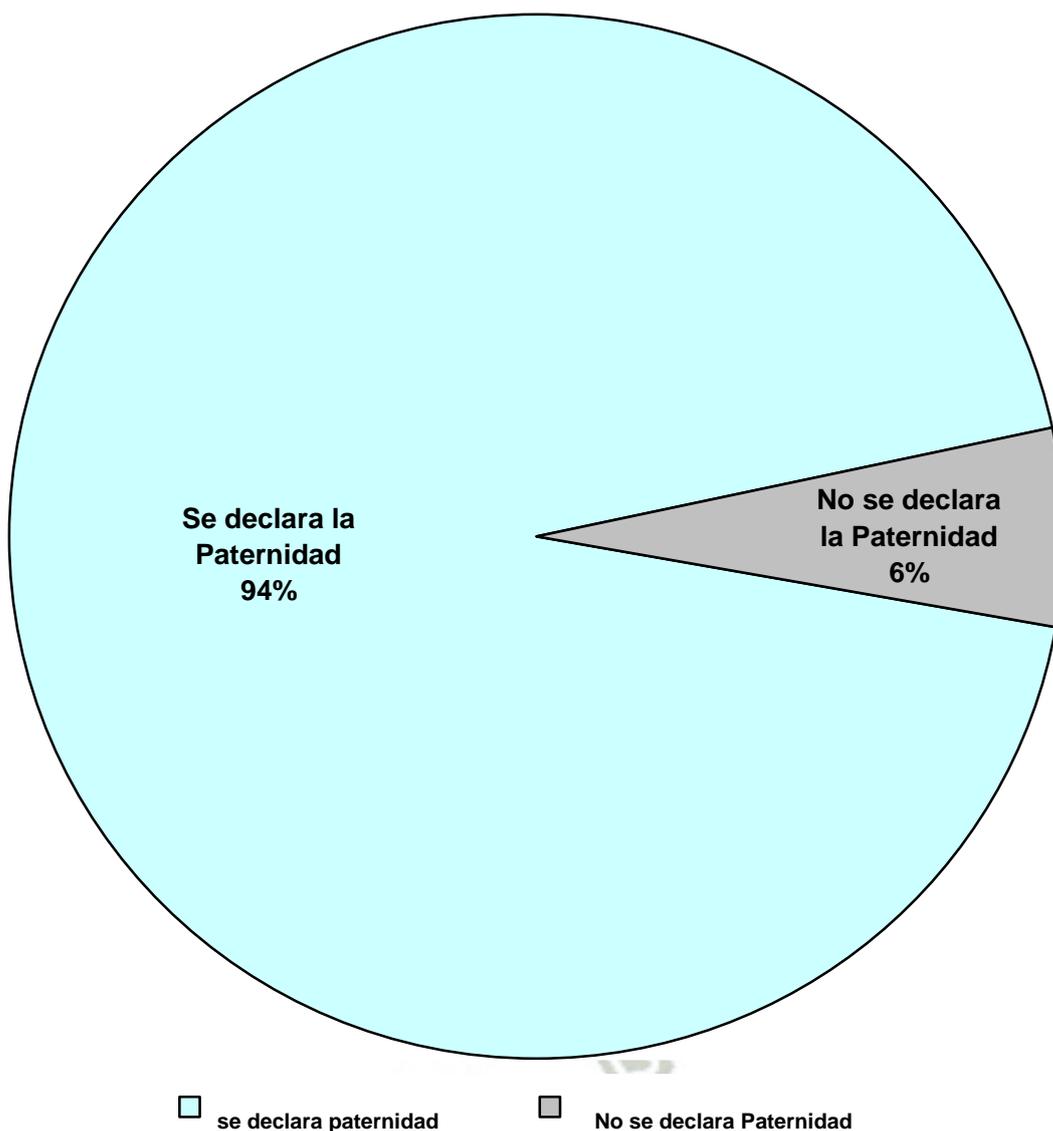
Fluye de la tabla que en el 94% de las resoluciones finales expedidas por los Juzgados, se declara la paternidad y sólo en el 6% de las resoluciones finales expedidas no se declara la paternidad.

De lo expuesto se desprende la mayor frecuencia de la declaración de la paternidad, al invocarse por parte de los usuarios el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil mediante el trámite de la Ley 28457 es decir los procesos invocados en su mayoría logran su finalidad.

La menor frecuencia se da en la no declaración de la paternidad, pues solamente el 6% de las resoluciones finales emitidas no amparan la declaración de paternidad.

GRAFICA Nro. 1

RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION POR
LOS CINCO JUZGADOS DE PAZ LETRADOS DEL CERCADO DE AREQUIPA DE
JULIO DEL 2007 A JULIO DEL 2009.



FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Esta gráfica, nos muestra de forma objetiva los resultados en porcentaje consignados en tabla anterior.

**2. ESTADÍSTICAS Y ANÁLISIS REFERENTES A RESOLUCIONES FINALES
EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL
RESPECTO A LOS SUJETOS PASIVOS.**

TABLA NRO 2

**RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION POR
LOS CINCO JUZGADOS DE PAZ LETRADOS DEL CERCADO DE AREQUIPA,
CUANDO LOS SUJETOS PASIVOS SON EL PADRE Y LOS HEREDEROS DE
JULIO DEL 2007 A JULIO DEL 2009.**

Resoluciones Finales	El Demandado es el Padre	Los demandados son los Herederos	Número
1er. Juzgado	11	1	12
2do. Juzgado	4	0	4
3er. Juzgado	10	1	11
6to. Juzgado	10	1	11
7mo. Juzgado	9	0	9
Total	44	3	47
Total %	94%	6%	100%

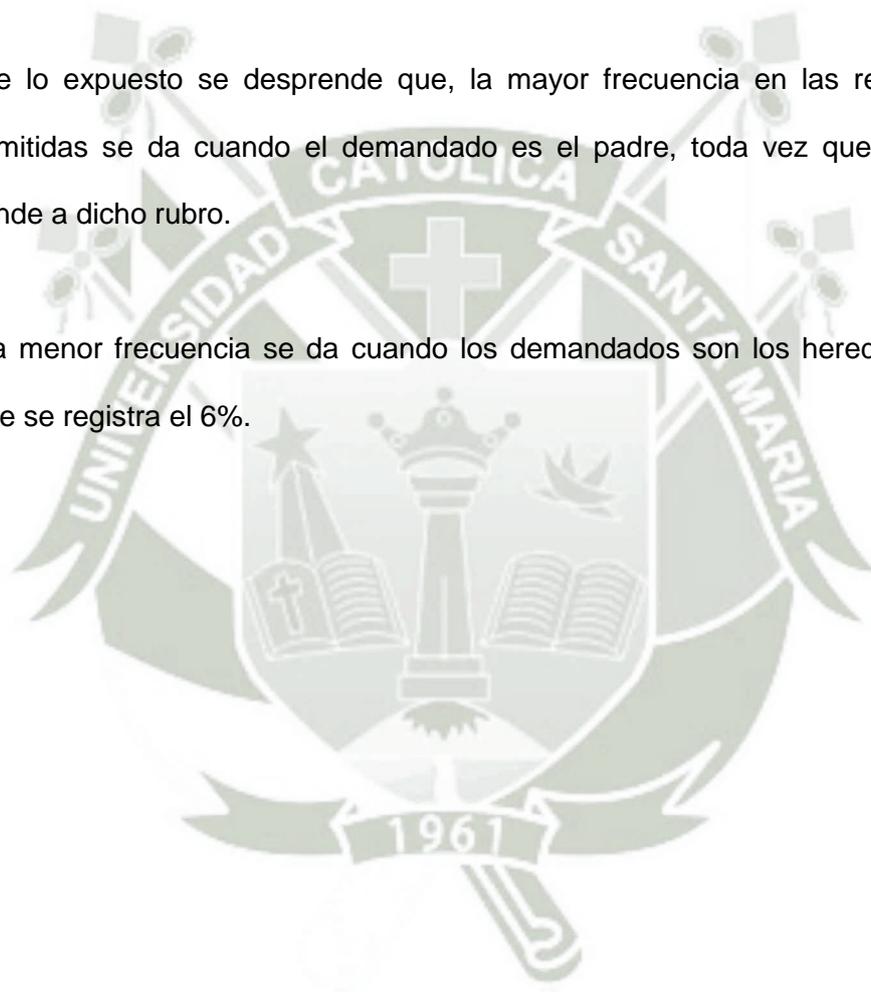
FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

La tabla que antecede nos muestra la frecuencia de las resoluciones finales emitidas en los procesos en las que el sujeto pasivo es el padre y en las que los sujetos pasivos son los herederos.

Fluye de la tabla que en el 94% de las resoluciones finales expedidas por los Juzgados, el demandado es el padre y sólo en el 6% de las resoluciones finales expedidas los demandados son los herederos.

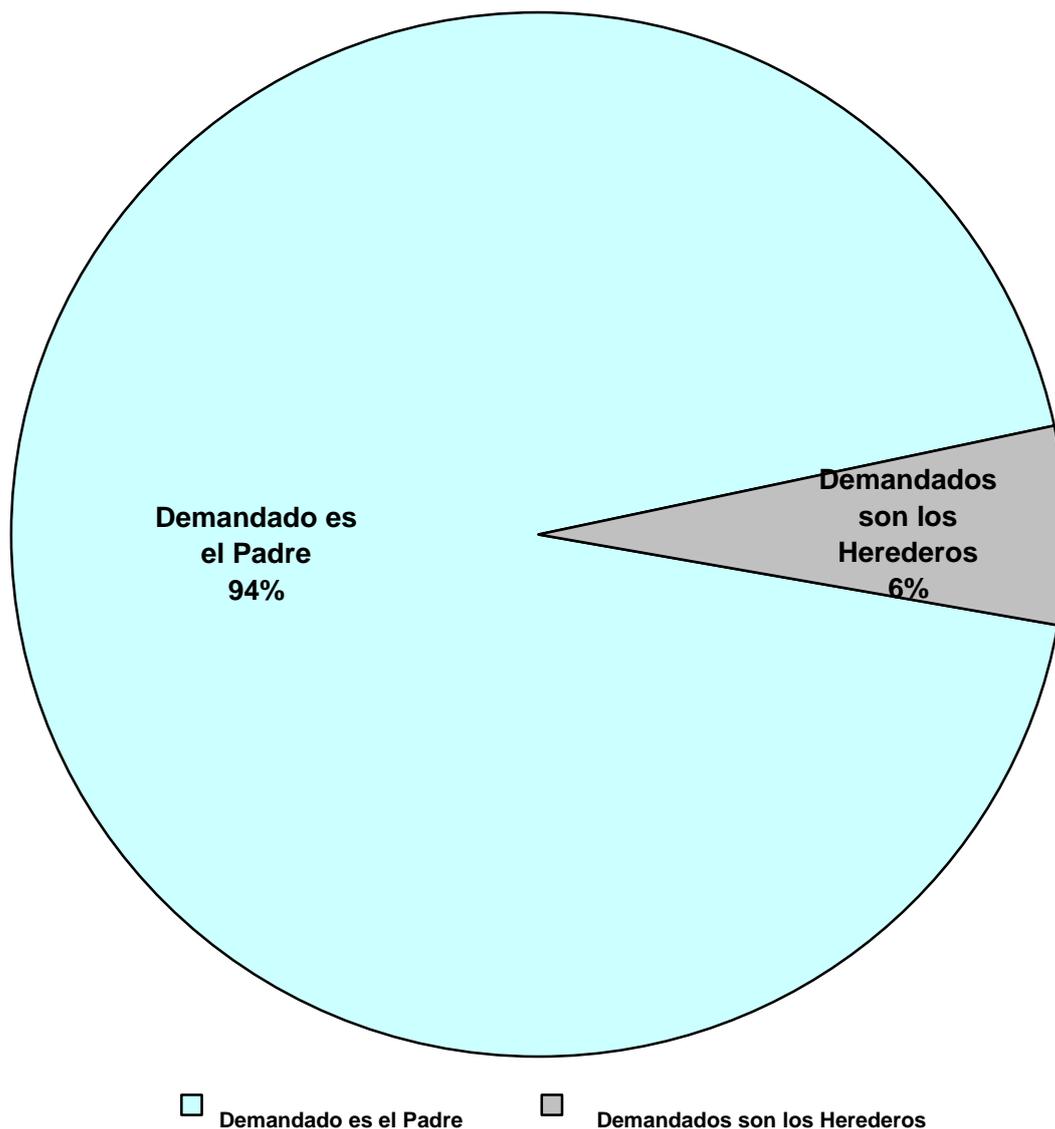
De lo expuesto se desprende que, la mayor frecuencia en las resoluciones finales emitidas se da cuando el demandado es el padre, toda vez que el 94% le corresponde a dicho rubro.

La menor frecuencia se da cuando los demandados son los herederos, pues solamente se registra el 6%.



GRAFICA Nro. 2

RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION POR
LOS CINCO JUZGADOS DE PAZ LETRADOS DEL CERCADO DE AREQUIPA,
CUANDO LOS SUJETOS PASIVOS SON EL PADRE Y LOS HEREDEROS DE
JULIO DEL 2007 A JULIO DEL 2009.



FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Esta gráfica, nos muestra de forma objetiva los resultados en porcentaje consignados en la tabla anterior.

3. ESTADÍSTICAS Y ANÁLISIS REFERENTES AL SENTIDO DE LAS RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL RESPECTO A LOS CASOS EN LOS QUE EL DEMANDADO ES EL PADRE.

TABLA NRO 3

SENTIDO DE LAS RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION POR LOS CINCO JUZGADOS DE PAZ LETRADOS DEL CERCADO DE AREQUIPA, CUANDO EL DEMANDADO ES EL PADRE DE JULIO DEL 2007 A JULIO DEL 2009.

Resoluciones Finales	Demandado es el Padre			Número
	Fundada	Infundada	Improcedente	
1er. Juzgado	11	0	0	11
2do. Juzgado	4	0	0	4
3er. Juzgado	10	0	0	10
6to. Juzgado	10	0	0	10
7mo. Juzgado	9	0	0	9
Total	44	0	0	44
Total %	100%	0%	0%	100%

FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

La tabla que antecede nos muestra la frecuencia del sentido de las resoluciones finales emitidas en los procesos en las que el demandado es el padre.

El 100% en el presente caso, se encuentra derivado de la tabla anterior en la que se aprecia que en 44 procesos el demandado es el padre.

Podemos apreciar de la tabla, que el sentido en el 100% de las resoluciones finales expedidas por los Juzgados, en las que el demandado es el padre, la demanda es declarada fundada.

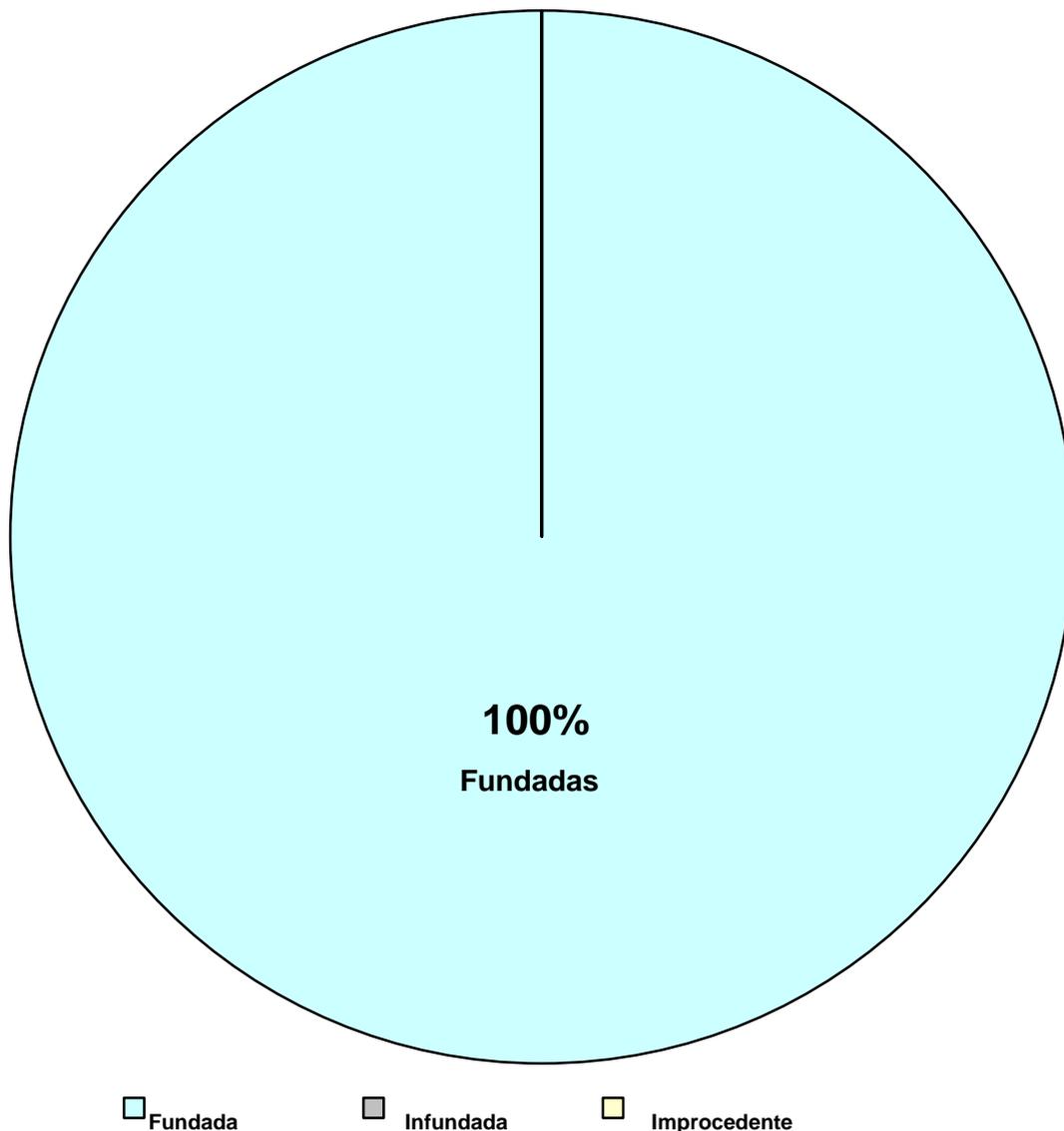
En ningún caso la demanda es declarada infundada o improcedente.

De lo expuesto se desprende que la mayor frecuencia en las resoluciones finales emitidas, en cuanto al sentido de las mismas, es que la demanda se declara fundada, es decir se ampara y por ende se declara la paternidad cuando se emplaza al padre.

No se ha podido verificar en ningún caso, que cuando se emplaza o demanda al padre la demanda sea declarada infundada o improcedente.

GRAFICA Nro. 3

SENTIDO DE LAS RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION POR LOS CINCO JUZGADOS DE PAZ LETRADOS DEL CERCADO DE AREQUIPA, CUANDO EL DEMANDADO ES EL PADRE DE JULIO DEL 2007 A JULIO DEL 2009.



FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Esta grafica, nos muestra de forma objetiva los resultados en porcentaje consignados en la tabla anterior.

4. ESTADÍSTICAS REFERENTES AL SENTIDO DE LAS RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL RESPECTO A LOS CASOS EN LOS QUE LOS DEMANDADOS SON LOS HEREDEROS.

TABLA NRO 4

SENTIDO DE LAS RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION POR LOS CINCO JUZGADOS DE PAZ LETRADOS DEL CERCADO DE AREQUIPA, CUANDO LOS DEMANDADOS SON LOS HEREDEROS DE JULIO DEL 2007 A JULIO DEL 2009.

Resoluciones Finales	Demandados son los herederos			Número
	Fundada	Infundada	Improcedente	
1er. Juzgado	0	0	1	1
2do. Juzgado	0	0	0	0
3er. Juzgado	0	0	1	1
6to. Juzgado	0	0	1	1
7mo. Juzgado	0	0	0	0
Total	0	0	3	3
Total %	0%	0%	100%	100%

FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

La tabla que antecede nos muestra la frecuencia del sentido de las resoluciones finales emitidas en los procesos en los que los demandados son los herederos.

El 100% en el presente caso, se encuentra derivado de la tabla Nro. 2 en la que se aprecia que en 3 procesos los demandados son los herederos del supuesto padre.

Podemos apreciar de la tabla, que el sentido en el 100% de las resoluciones finales expedidas por los Juzgados, en las que los herederos del supuesto padre son los demandados, la demanda es declarada improcedente.

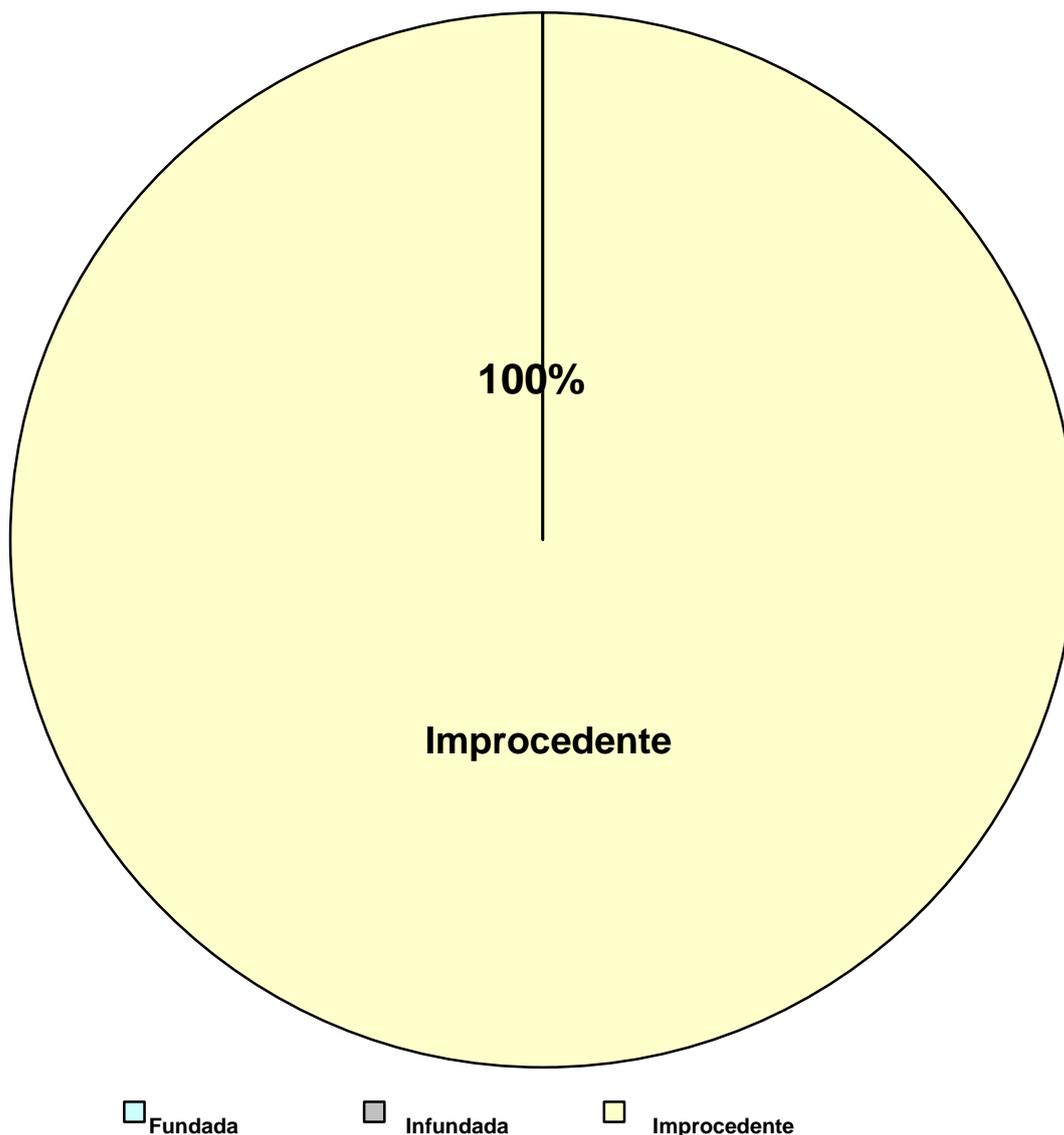
De lo expuesto se desprende que la mayor frecuencia en las resoluciones finales emitidas en cuanto al sentido de las mismas, es que la demanda se declara improcedente cuando se emplaza a los herederos, siendo que el argumento utilizado es coincidente en que la ley 28457 solo resulta pertinente para cuando se emplaza al padre siempre y cuando este vivo.

No se ha podido verificar en ningún caso, que cuando se emplaza o demanda a los herederos, la demanda sea declarada fundada o infundada.

Los resultados hacen ver que el legislador, no ha precisado que ante la invocación del inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, conforme al procedimiento monitorio establecido en la ley 28457, no es posible interponer la acción en contra de los herederos del supuesto padre si hubiese muerto como lo establece en forma general la segunda parte del artículo 406 del Código Civil.

GRAFICA Nro. 4

SENTIDO DE LAS RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION POR LOS CINCO JUZGADOS DE PAZ LETRADOS DEL CERCADO DE AREQUIPA, CUANDO LOS DEMANDADOS SON LOS HEREDEROS DE JULIO DEL 2007 A JULIO DEL 2009.



FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Esta gráfica, nos muestra de forma objetiva los resultados en porcentaje consignados en la tabla anterior.

5. ESTADÍSTICAS REFERENTES A LAS RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL RESPECTO A LOS CASOS EN LOS QUE SE FORMULA OPOSICIÓN Y EN LOS QUE NO SE FORMULA OPOSICION.

TABLA NRO 5

RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL RESPECTO A LOS CASOS EN LOS QUE SE FORMULA OPOSICIÓN Y EN LOS QUE NO SE FORMULA OPOSICION.

Resoluciones Finales	Se Formula Oposición	No se Formula Oposición	Número
1er. Juzgado	5	7	12
2do. Juzgado	2	2	4
3er. Juzgado	5	6	11
6to. Juzgado	6	5	11
7mo. Juzgado	3	6	9
Total	21	26	47
Total %	45%	55%	100%

FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

La tabla que antecede nos muestra la frecuencia de las resoluciones finales emitidas en los procesos en las que la parte demandada formula oposición y en las que no formula oposición.

Como se recordará según el trámite previsto en la ley 28457 al emplazado le queda como medio de defensa la oposición al mandato de declaración de paternidad, pues en caso de haber oposición, se suspende el mandato si el demandado se somete a la prueba de ADN dentro del plazo de 10 días.

Fluye de la tabla que en el 45% de las resoluciones finales expedidas por los Juzgados, los demandados han formulado oposición al mandato.

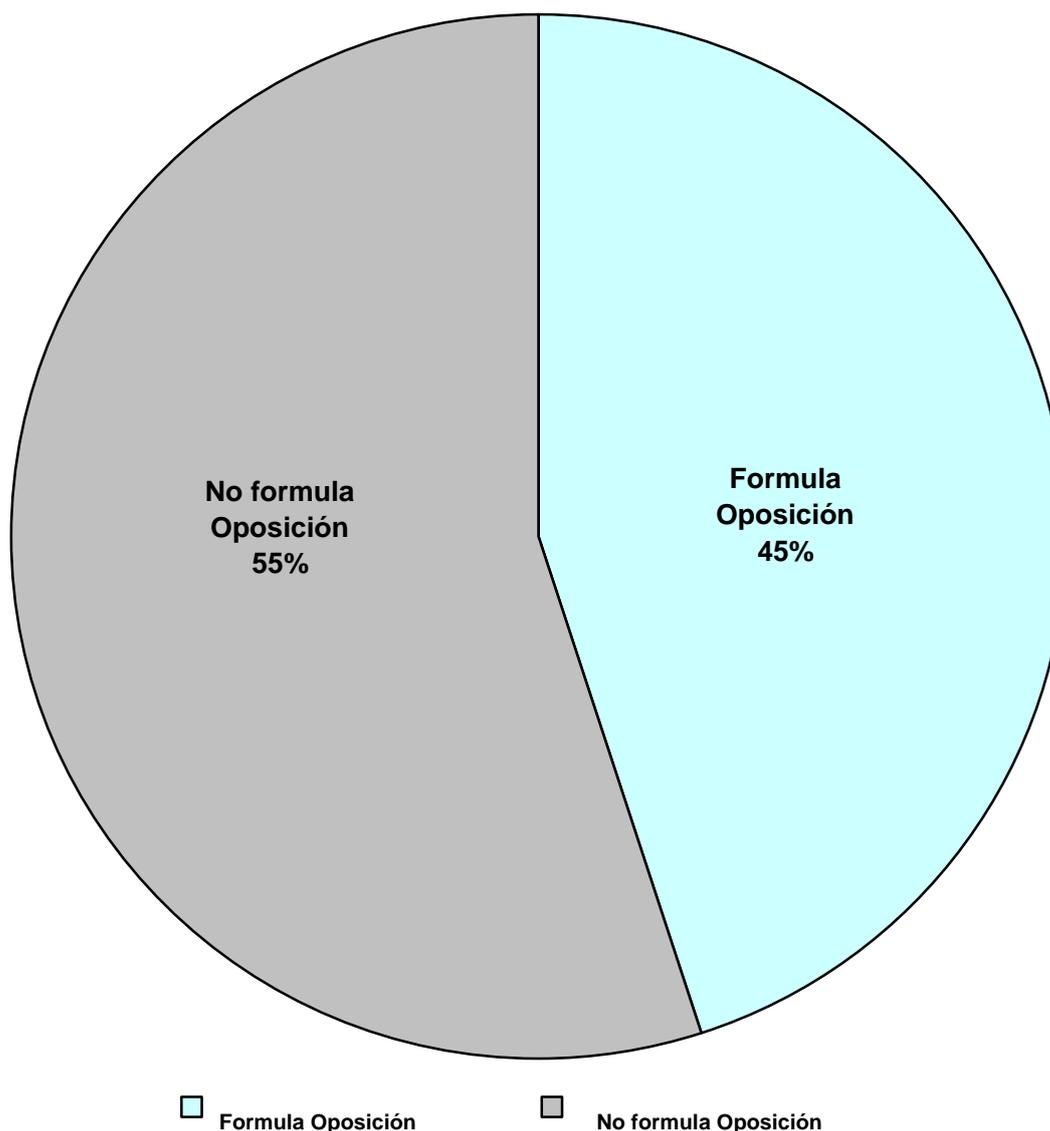
De otro lado se puede apreciar que en el 55% de las resoluciones finales expedidas por los Juzgados del Cercado, los demandados no han formulado oposición al mandato

De lo expuesto se desprende que en las resoluciones finales emitidas, la mayor frecuencia se da cuando los demandados no formulan oposición, toda vez que el 94% le corresponde a dicho rubro.

Los resultados nos indican que, en el trámite establecido en la ley 28457, en su mayoría no se formula oposición al mandato de declaración de la paternidad; asimismo, como esta establecido en la misma ley, la no formulación de oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, convierte automáticamente el mandato en declaración judicial de paternidad.

GRAFICA Nro. 5

RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION
EXTRAMATRIMONIAL RESPECTO A LOS CASOS EN LOS QUE SE FORMULA
OPOSICIÓN Y EN LOS QUE NO SE FORMULA OPOSICION.



FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Esta gráfica, nos muestra de forma objetiva los resultados en porcentaje consignados en la tabla anterior.

6. ESTADÍSTICAS REFERENTES A LAS RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL RESPECTO AL SENTIDO QUE SE RESUELVE LA OPOSICIÓN EN LOS CASOS EN QUE ESTA SE FORMULA.

TABLA NRO 6

RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL CON RESPECTO AL SENTIDO QUE SE RESUELVE LA OPOSICIÓN EN LOS CASOS EN QUE ESTA SE FORMULA.

Resoluciones Finales	Con respecto al sentido con el que se resuelve la oposición sometiéndose al ADN			
	Fundada	Infundada	Improcedente	Número
1er. Juzgado	0	5	0	0
2do. Juzgado	0	2	0	0
3er. Juzgado	0	5	0	0
6to. Juzgado	0	6	0	0
7mo. Juzgado	0	3	0	0
Total	0	21	0	0
Total %	0%	100%	0%	0%

FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

La tabla que antecede nos muestra la frecuencia respecto del sentido en que en las resoluciones finales se resuelve la oposición cuando esta se formula.

Como se recordará según el trámite establecido en la ley 28457, en caso de que el demandado formule oposición, se suspende el mandato si el demandado se somete a la prueba de ADN.

De otro lado el Artículo 3 de la ley 28457, establece cuando la oposición es fundada; pues esto se da si es que la prueba produjera un resultado negativo, en tal caso la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso; asimismo, el Artículo 4 establece cuando la oposición es infundada, toda vez que esto se produce, si es que la prueba produjera un resultado positivo, en cuyo caso la oposición será declarada infundada, y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso.

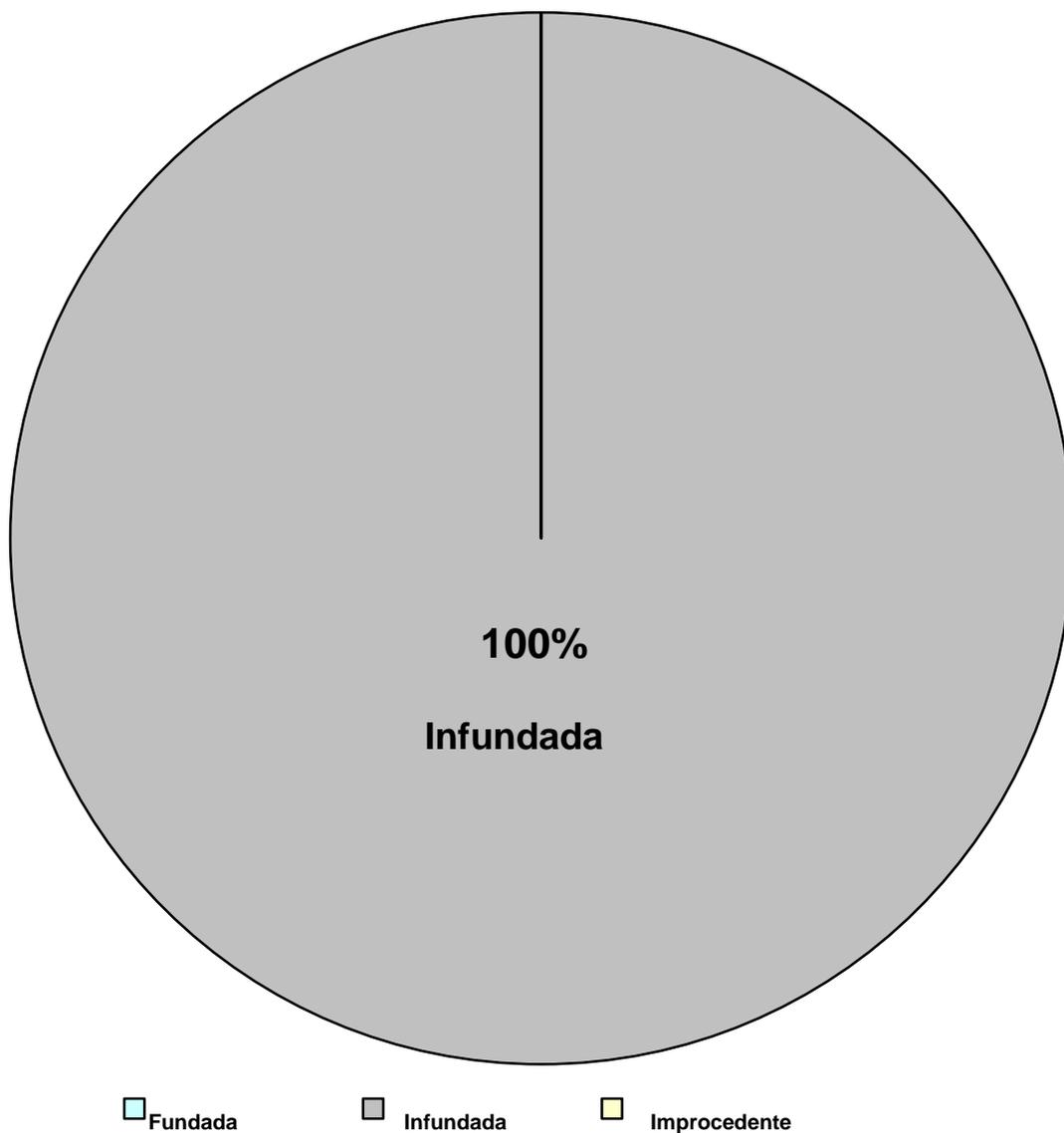
Fluye de la tabla que en el 100% de las resoluciones finales expedidas por los Juzgados, en cuyo trámite se ha formulado oposición esta es declarada infundada, y por ende se procede a declarar la paternidad.

De lo expuesto se desprende que en las resoluciones finales en las que se resuelve la oposición la mayor frecuencia en el sentido de las mismas se da declarando infundada la misma.

No se ha advertido casos en los cuales se haya declarado fundada ni improcedente la oposición.

GRAFICA Nro. 6

RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION
EXTRAMATRIMONIAL CON RESPECTO AL SENTIDO QUE SE RESUELVE LA
OPOSICIÓN EN LOS CASOS EN QUE ESTA SE FORMULA.



FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Esta gráfica, nos muestra de forma objetiva los resultados en porcentaje consignados en la tabla anterior.

7. ESTADÍSTICAS REFERENTES A LAS RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL RESPECTO A CUANDO EL EMPLAZADO NO FORMULA OPOSICIÓN

TABLA NRO 7

RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL RESPECTO A CUANDO EL EMPLAZADO NO FORMULA OPOSICIÓN EN TODAS SUS DIVERSIDADES .

Resoluciones Finales	Diversidades de No formulación de oposición				Número
	El demandado No contesta Nada	El demandado Se Allana	El demandado Reconoce	El demandado Se Allana y Reconoce	
1er. Juzgado	7	0	0	0	7
2do. Juzgado	2	0	0	0	2
3er. Juzgado	4	1	1	0	6
6to. Juzgado	3	1	0	1	5
7mo. Juzgado	5	0	0	1	6
Total	21	2	1	2	26
Total %	80%	8%	4%	8%	100%

FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

La tabla que antecede nos muestra la frecuencia de las resoluciones finales emitidas en los procesos, en las cuales en su trámite, no se ha formulado oposición.

Como se ha establecido, en el trámite especial de la ley 28457, se ha previsto como único medio de defensa del demandado, la formulación de la oposición, es así que el artículo 1 ha establecido que si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad; asimismo en el artículo 2, se ha previsto que la oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes.

De lo normado, se puede establecer que, para la formulación de la oposición se ha establecido como único requisito que el demandado se obligue a la prueba del ADN, pero la ley no ha previsto expresamente la diversidad de formas en las que, lo manifestado por el demandado, no constituye oposición y por lo tanto deberá seguirse adelante con el trámite.

De los resultados obtenidos, podemos apreciar que existen diversidad de formas que no constituyen oposición, pues como ha quedado establecido, ésta figura sólo se da, cuando el demandado se obliga a realizarse la prueba del ADN.

a) Respecto a cuando el demandado no contesta la demanda, esta situación, se puede asimilar a la rebeldía en el trámite normal de un proceso ordinario, toda vez que el artículo 458 del Código Procesal civil, establece que si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde.

Queda claro que en el trámite del proceso ordinario, ante la no contestación de la demanda, se procederá a la declaración de rebeldía la cual no causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda cuando la pretensión se sustenta en un derecho indisponible (como la filiación); sin embargo, en el artículo 1 de la ley 28457, que establece el proceso monitorio especial de declaración de la paternidad por la prueba del ADN, se ha establecido que si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad, es decir en buena cuenta, se ampara la demanda, declarando padre al emplazado no obstante el derecho indisponible implicado (filiación), por lo que es de advertirse un trato excepcional en la ley 28457 cuando el demandado no contesta la demanda respecto al tratamiento ordinario cuando se declara la rebeldía.

De los resultados se puede apreciar que en las resoluciones finales expedidas en los cinco Juzgados del Cercado, en las que el demandado, simplemente, no ha contestado la demanda, se presenta la mayor frecuencia; pues, se advierte que en un 80% el demandado no formula oposición al no manifestar nada respecto a la imputación de paternidad que se le hace, por lo que la consecuencia inmediata por mandato legal será la declaración de paternidad.

b) Respecto a cuando el demandado se allana, esta situación no esta prevista en el trámite de la ley 28457, pues como se reitera sólo están previstas la oposición y su no formulación; sin embargo de los resultados, se puede establecer que en efecto, algunos demandados optan por allanarse.

Como se ha expuesto en los capítulos anteriores, el allanamiento es la figura procesal prevista en el artículo 330 del Código Procesal Civil, y que consiste en aceptar la pretensión dirigida en contra del demandado; asimismo, en el tratamiento

procesal ordinario, resulta improcedente cuando el conflicto de derechos comprende derechos indisponibles (como la filiación), conforme lo establece el inciso 5 del artículo 332 del Código Procesal Civil; sin embargo, en el tratamiento de la Ley 28457, ante el allanamiento formulado respecto a la demanda de filiación, de los resultados obtenidos, es de advertirse que éste es considerado como una diversidad de no oposición, al no encontrarse expresamente previsto en dicha norma, como medio de defensa; por lo que ante su formulación, se le procede a dar el trámite referido a la no formulación de oposición, en consecuencia el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad teniéndose por padre al demandado, no obstante que en la legislación procesal ordinaria, el allanamiento no procede cuando el conflicto de intereses comprende derechos indisponibles como la filiación, advirtiéndose un tratamiento excepcional en la ley 28457.

De los resultados se puede apreciar que en las resoluciones finales expedidas en los cinco Juzgados del Cercado, en las que el demandado, se allana, se presenta una menor frecuencia en relación a las que no contesta la demanda; pues, se advierte que en un 8% la parte demandada se allana, lo que es tomado como una no formulación de oposición, por lo que la consecuencia inmediata por mandato legal será la declaración de paternidad.

c) Respecto a cuando el demandado reconoce la demanda, esta situación al igual que el allanamiento, no esta prevista en el trámite de la ley 28457, pues como ya se expuso se reitera sólo están previstas la oposición y su no formulación; sin embargo de los resultados, se puede establecer que en efecto, algunos demandados optan por formular el reconocimiento.

El reconocimiento, al igual que el allanamiento, es la figura procesal también prevista en el artículo 330 del Código Procesal Civil, y que consiste en no sólo aceptar la

pretensión dirigida en contra del demandado como en el allanamiento, sino, además de aceptar la pretensión, se admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de ésta; asimismo, estando a que el reconocimiento se regula por lo dispuesto por el allanamiento conforme lo establece el mismo artículo 330 del Código Procesal Civil, en el tratamiento procesal ordinario, resulta improcedente cuando el conflicto de derechos comprende derechos indisponibles (como la filiación), conforme lo establece el inciso 5 del artículo 332 del Código Procesal Civil; sin embargo, en el tratamiento de la Ley 28457, ante el reconocimiento formulado respecto a la demanda de filiación, de los resultados obtenidos, es de advertirse que, éste, es considerado como una diversidad de no oposición, al no encontrarse expresamente previsto en dicha norma, como medio de defensa; por lo que ante su formulación, se le procede a dar el trámite referido a la no formulación de oposición, en consecuencia ante la formulación del reconocimiento de la demanda, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad, teniéndose por padre al demandado, no obstante que en la legislación procesal ordinaria, el reconocimiento no procede cuando el conflicto de intereses comprende derechos indisponibles como la filiación, advirtiéndose del mismo modo que en los casos anteriores un tratamiento excepcional en la ley 28457.

De los resultados se puede apreciar que en las resoluciones finales expedidas en los cinco Juzgados del Cercado, en las que el demandado formula reconocimiento, se presenta la menor frecuencia de la diversidad de formas por las cuales no se formula oposición, ya que sólo se registra el 4%, siendo la consecuencia inmediata por mandato legal la declaración de paternidad.

d) Respecto a cuando el demandado se allana y reconoce la demanda a la vez, esta situación como en los casos anteriores, no esta prevista en el trámite de la ley 28457, pues como ya se expuso se reitera sólo están previstas la oposición y su no

formulación; sin embargo de los resultados, se puede establecer que, algunos demandados optan por formular el allanamiento y reconocimiento a la vez.

Anteriormente ya se ha recapitulado, lo que significa formular allanamiento y reconocimiento, ya que ambas figuras se encuentran previstas en el artículo 330 del Código Procesal Civil, es mas, el reconocimiento abarca al allanamiento pues como ya se ha sostenido, consiste en no sólo aceptar la pretensión dirigida en contra del demandado, sino, además de aceptar la pretensión, se admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de ésta; ambas figuras, en el tratamiento procesal ordinario, resultan improcedentes cuando el conflicto de derechos comprende derechos indisponibles (como la filiación), conforme lo establece el inciso 5 del artículo 332 del Código Procesal Civil; sin embargo, en el tratamiento de la Ley 28457, ante el allanamiento y reconocimiento respecto a la demanda de filiación, de los resultados obtenidos, es de advertirse que, son considerados como una diversidad de no oposición, al no encontrarse expresamente previsto en dicha norma, como medios de defensa; por lo que ante su formulación, se le procede a dar el trámite referido a la no formulación de oposición, en consecuencia el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad, teniéndose por padre al demandado, no obstante que en la legislación procesal ordinaria, la formulación de dichas figuras procesales, no proceden cuando el conflicto de intereses comprende derechos indisponibles como la filiación, advirtiéndose del mismo modo que en los casos anteriores, un tratamiento excepcional en la ley 28457.

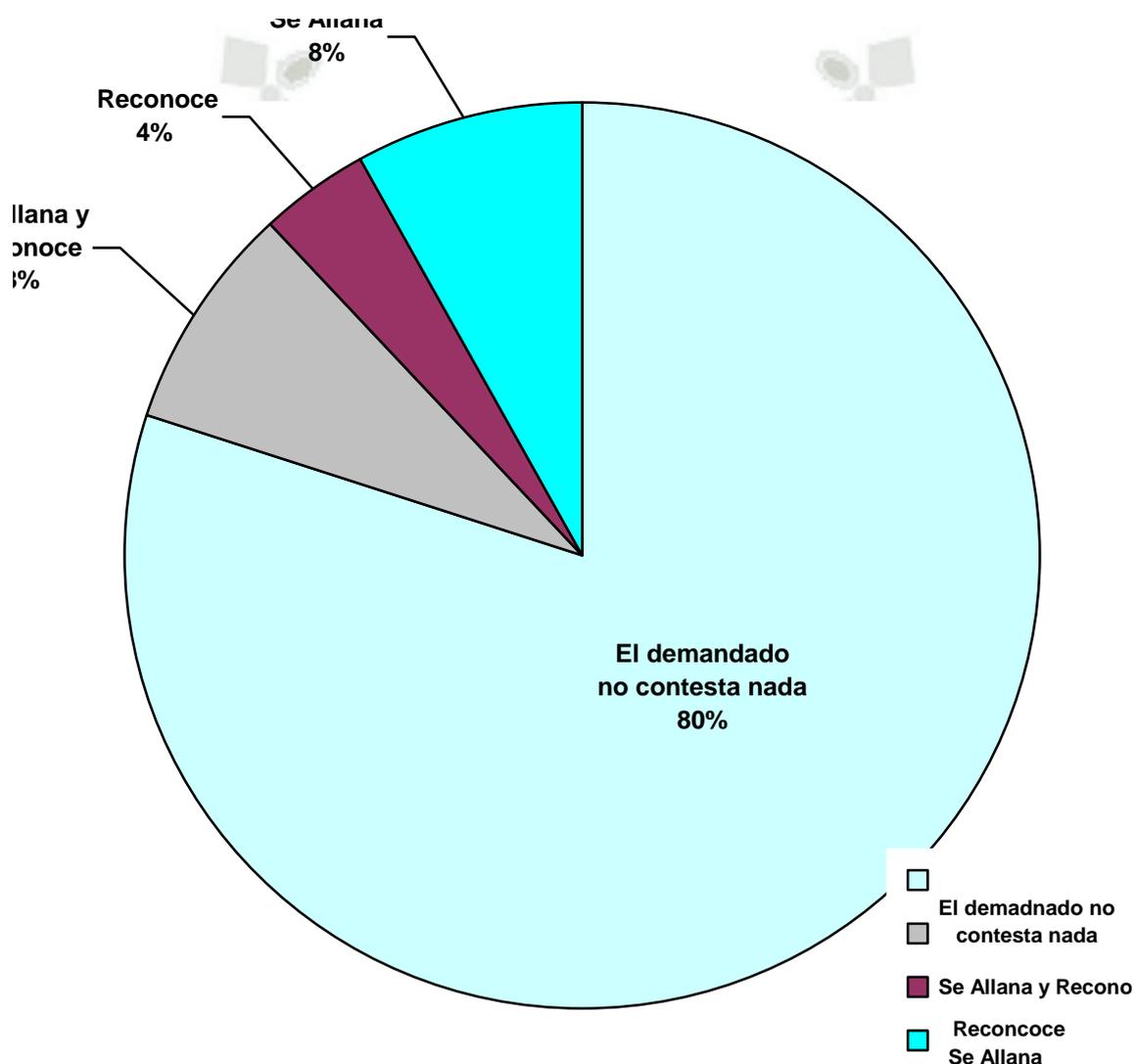
De los resultados se puede apreciar que en las resoluciones finales expedidas en los cinco Juzgados del Cercado, en las que el demandado formula allanamiento y reconocimiento, se presenta una menor frecuencia en relación a las que no contesta la demanda, pero igual frecuencia que cuando el demandado se allana pues, se advierte que en un 8% los demandados formulan allanamiento y reconocimiento, lo que es

tomado como una no formulación de oposición, siendo la consecuencia inmediata por mandato legal la declaración de paternidad.



GRAFICA Nro. 7

RESOLUCIONES FINALES EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE FILIACION
EXTRAMATRIMONIAL RESPECTO A CUANDO EL EMPLAZADO NO FORMULA
OPOSICIÓN EN TODAS SUS DIVERSIDADES.



FUENTE: Archivo de los Juzgados de Paz Letrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Esta gráfica, nos muestra de forma objetiva los resultados en porcentaje consignados en la tabla anterior.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se puede concluir que, a raíz del avance de la ciencia, nuestra legislación civil en materia de investigación de la paternidad, ha evolucionado, facilitando y garantizando el derecho a la identidad y el conocimiento del origen biológico; es así que, la prueba del ADN cobra un protagonismo principal, al establecer con certeza la paternidad, abreviando los trámites de los procesos de filiación.

SEGUNDA.- Se ha podido detectar que existe imprecisión en la ley 28457 en cuanto a los sujetos pasivos que pueden ser demandados; pues, si bien el artículo 406 del Código Civil, establece que la acción de declaración de paternidad se interpone contra el padre o sus herederos si hubiese muerto, el procedimiento establecido en la ley 28457 sólo sirve para la primera parte de dicho artículo, es decir, para la que dispone que la acción se interpone contra el padre, toda vez que, es la manifestación de voluntad, la que tiene preeminencia en este tipo de procesos, ya que la prerrogativa de oponerse o no oponerse, se encuentra en la esfera personal de disposición voluntaria del supuesto padre, lo que no se cumple en el caso que los demandados fueran los herederos; por lo tanto, la ley 28457 no tiene alcance respecto de los herederos como sujetos pasivos.

TERCERA.- La ley 28457, no ha previsto expresamente la figura procesal de la rebeldía o su declaración judicial, sino, lo que ha previsto en su artículo 1, es que, si el demandado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad. Se toma la no contestación, como verdad de lo aseverado por la parte demandante y se declara padre al emplazado, por lo que se advierte que la ley 28457, ha establecido

un tratamiento diferenciado y excepcional, en lo que se refiere a la no contestación de la demanda, con relación a un proceso ordinario y el tratamiento de un derecho indisponible como la filiación.

CUARTA.- La ley 28457, no ha previsto expresamente las figuras procesales de allanamiento y reconocimiento; sin embargo, en la práctica, se ha podido advertir que dichas figuras si son utilizadas; asimismo, ambas figuras, en el tratamiento procesal ordinario, resultan improcedentes cuando el conflicto de derechos comprende derechos indisponibles (como la filiación); no obstante, en el tratamiento especial de la Ley 28457, ante el allanamiento y reconocimiento respecto a la demanda de filiación, es de advertirse que, son considerados como una diversidad de no oposición, al no encontrarse expresamente previstos en dicha norma como medios de defensa; por lo que ante su invocación, se les procede a dar el trámite referido a la no formulación de oposición, convirtiéndose el mandato en declaración judicial de paternidad. En la legislación procesal ordinaria, no procede la formulación de dichas figuras procesales, cuando el conflicto de intereses comprende derechos indisponibles como la filiación, advirtiéndose que, en efecto, en la ley 28457, ante la formulación del allanamiento y reconocimiento, se da un tratamiento excepcional en relación al derecho indisponible como es la filiación.

SUGERENCIAS

PRIMERA.- Se sugiere la regulación de nuevos dispositivos enfocados a precisar el procedimiento a seguir en el caso que los demandados sean los herederos del supuesto padre, toda vez que el trámite establecido en el proceso ordinario, resulta a su vez carente de soluciones para afrontar las nuevas situaciones que la aplicación de la prueba del ADN pueda generar, al haber cobrado protagonismo en la indagación de la paternidad; mas aún cuando, científicamente se ha establecido que es posible determinar la filiación en base a la toma de muestras de los herederos del supuesto padre.

SEGUNDA.- Se debe regular procedimientos ligados a la ley 28457, para los casos en los que se invoque la filiación y el supuesto padre haya fallecido, siempre y cuando se cuente con sus restos mortales y sea posible su exhumación y la obtención del ADN, dado que es posible la determinación de la paternidad a través de los restos del supuesto padre.

TERCERA.- Se debe adoptar, otras medidas precisas para lo que se denomina la investigación de la paternidad *post mortem*, las mismas que deben estar orientadas a hacer posible la indagación de la identidad; toda vez que dicha indagación puede implicar a terceras personas distintas a los actores principales que han sido mencionados en la ley 28457.

CUARTA.- Estando a que la Constitución, ha establecido como objetivo de la política nacional de población, la paternidad y maternidad responsables, se sugiere la adopción de medidas necesarias para el rediseñamiento de los programas de educación de paternidad y maternidad responsables, sobre todo dando prioridad al reconocimiento voluntario, para lo que resulta idóneo difundir las características de la prueba del ADN y su alto grado de certeza, ya sea para confirmar o descartar filiación.



PROYECTO DE LEY PARA MODIFICAR LA LEY 28457

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Constitución Política del Perú en su artículo 2 inciso uno que "Toda persona tiene derecho: a la vida, a su Identidad, a su integridad moral, psíquica y física a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece"; es en es contexto, que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para que lo plasmado respecto a la persona tenga fuerza y vigencia en la realidad, dando normas que optimicen el acceso a los derechos aludidos en el referido artículo de la Carta Magna.

SEGUNDO: Que, si bien es cierto dentro de las medidas adoptadas, congruentes con lo considerado anteriormente, se ha dado ha dado con fecha 08 de enero del 2005, la ley Nro. 28457, que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, habiendo establecido un nuevo proceso en base a la prueba del ADN, facilitando el acceso y garantizando el derecho a la identidad; también lo es que dicha norma al viabilizar un procedimiento especial e incorporar el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, no ha regulado con precisión los alcances respecto a los sujetos pasivos que pueden ser demandados en concordancia con lo dispuesto con el artículo 406 del mismo cuerpo normativo.

TERCERO: Que estando a la naturaleza especial del procedimiento previsto y exigiendo la ley 28457 para la realización de la prueba del ADN la presencia de las tres partes involucradas, es decir la madre, el padre y el hijo, resulta necesario precisar que, el trámite previsto solo es para los supuestos en que los tres

involucrados se encuentren vivos, no pudiendo invocarse dicho procedimiento en el caso que los demandados del proceso de filiación extramatrimonial, sean los herederos, como lo establece el segundo supuesto del artículo 406 del Código, pues el procedimiento de la ley 28457 se da sólo cuando el demandado es el padre con la condición de que los tres involucrados se encuentren con vida.

CUARTO: Atendiendo a que se debe enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más graves y extendidos en el país, como es la filiación extramatrimonial, se debe priorizar su tratamiento y teniendo en cuenta el altísimo grado certeza que tiene la prueba del ADN se debe dar un tratamiento procesal excepcional al derecho de filiación, en relación a los demás derechos de naturaleza indisponible.

QUINTO: Que en tal sentido, resulta necesario precisar que la no oposición del demandado, podrá ser formulada de manera ficta o expresa, siendo que en el primer caso, no se expedirá declaración la declaración de rebeldía, por lo que la sola no formulación de oposición, traerá como consecuencia inmediata que el mandato se convierta en declaración de paternidad; asimismo, en el segundo caso se podrá formular allanamiento y reconocimiento de la pretensión, no rigiendo en tales casos lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 332 del Código Procesal Civil.

Por las consideraciones expuestas, se presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA, en uso de las facultades contenidas en el artículo 107 de la Constitución Política del Estado; ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1. Modifíquese los artículos 1 y 2 de la ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, en los siguientes términos:

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 sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

La no formulación de oposición podrá ser de manera ficta o expresa, siendo que en el primer caso, no se expedirá la declaración de rebeldía, por lo que la sola no formulación de oposición, traerá como consecuencia inmediata que el mandato se convierta en declaración de paternidad; asimismo, en el segundo caso se podrá formular allanamiento y reconocimiento de la pretensión, no rigiendo en tales casos lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 332 del Código Procesal Civil.*

Artículo 2.- Oposición

La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del 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, **siempre y cuando se encuentren con vida; asimismo, lo establecido en la presente ley especial, rige sólo para el supuesto en que el emplazado sea el supuesto padre, como lo establece la primera parte del artículo 406 del Código Civil y no para el supuesto en que los emplazados sean los herederos, en cuyo caso el proceso se registrará por las disposiciones ordinarias.***

* *lo resaltado es la propuesta de modificación*

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.



BIBLIOGRAFIA

- ARIANO DEHO, Eugenia. “ El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”. En Actualidad Jurídica. Tomo 134. Gaceta Jurídica. Lima, 2005.
- AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Probatorio. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, 1998.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Públicos y Constitucionales. Madrid, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. La Prueba Civil. Ediciones Acayú. Buenos Aires, 1947.
- CORNEJO CHÁVEZ, Hector: Derecho de Familia Peruano. Tomo II. Editorial Rocarme 1991 Lima.
- DE LA RUA Fernando. Teoría General del Proceso. Ediciones de Palma. Buenos Aires 1991.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General del Proceso. Tomo I, Frigerio Artes Graficas, Buenos Aires, 1985.
- ESPARZA LEIBAR, Yanqui. El Principio del Proceso Debido. Jose María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1995.

- FERNANDEZ, Alberto Vicente. Función Creadora del Juez. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- HINOSTROZA MINGUES, Alberto. Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2003.
- LANDA ARROYO, Cesar. La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Hector Cornejo Chavez. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990.
- LEDESMA NARVAEZ, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil Análisis artículo por artículo”. Tomo II Primera edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2008.
- NOVAK Fabian, NAMIHAS Sandra: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, AMAG, Lima 2004.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. Los Derechos Fundamentales. Madrid. Tecnos, 1991.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex, “Creditur virgini pregnanti..., volviendo al ancien droit: A propósito de la Ley 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”. En Actualidad Jurídica. Tomo 134. Lima, 2005.
- QUIROGA DE MICHELENA, Maria Isabel. “La prueba del ADN Fundamentos Biológicos de la determinación de paternidad y otras aplicaciones médico

- legales”. En Cuadernos Jurisprudenciales. Número 37. Gaceta Jurídica. Lima, 2004.
- TICONA POSTIGO, Victor. “Código Procesal Civil, Comentarios, Materiales de Estudio y doctrina”. Con el Auspicio del Consejo ejecutivo del Poder Judicial. Arequipa, 1994.
 - VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. “ADN Génesis del Hombre y Espíritu de la Filiación”. En Cuadernos Jurisprudenciales. Número 37. Gaceta Jurídica. Lima, 2004.
 - VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. “El proceso de Filiación extramatrimonial” . Primera edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2006.
 - VÉSCOVI, Enrique. “ Teoría general del proceso” . Segunda Edición Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá 1999.



ANEXO I

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARIA

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL



PLAN DE TESIS

**NECESIDAD DE PRECISIONES RESPECTO AL TRATAMIENTO VIGENTE
DEL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD
EXTRAMATRIMONIAL, A PROPÓSITO DE LA LEY 28457 EN SU
APLICACIÓN EN LOS JUZGADOS DE PAZ LETRADO DE AREQUIPA DE
JULIO DEL 2007 A JULIO DEL 2009.**

MAESTRISTA: OMAR SAMUEL CORNEJO ARAOZ

AREQUIPA - 2009

1.- TEMA DE INVESTIGACION

1.1. Enunciado.

NECESIDAD DE PRECISIONES RESPECTO AL TRATAMIENTO VIGENTE DEL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL, A PROPÓSITO DE LA LEY 28457, EN SU APLICACIÓN EN LOS JUZGADOS DE PAZ LETRADO DE AREQUIPA DE JULIO DEL 2007 A JULIO DEL 2009.

1.2. Tema General.

Tratamiento vigente del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

1.3. Tema Específico.

Precisiones respecto al tratamiento vigente del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, conforme a la ley 28457.

1.3.1 Delimitación del tema específico.

- a) Imprecisión del proceso monitorio puro según la ley 28457.
- d) Excepcionalidades de la ley 28457 en relación a las normas procesales ordinarias.

- **Área del Conocimiento:** Ciencias Sociales
- **Campo:** Jurídico
- **Línea de Investigación:** Derecho Civil (familia).

2.- PROBLEMA DE INVESTIGACION

2. 1. Planteamiento del problema

Constituye una problemática el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación, dadas las enormes discriminaciones legales y sociales existentes contra los hijos habidos fuera del matrimonio. Del establecimiento de la verdad biológica se deriva la relación de filiación y el contenido inherente a la misma. Siendo así, la investigación de la filiación se presenta como una cuestión prioritaria del hijo en aras del interés en conocer a sus padres.

El Estado Peruano, ha dado con fecha 08 de enero del 2005, la ley Nro. 28457 que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, habiendo establecido un nuevo proceso a diferencia del proceso de conocimiento anteriormente designado para el trámite de la filiación extramatrimonial, el mismo que no era el mas adecuado para sustanciar el proceso de filiación, por cuanto es el mas lato o prolongado de todos los existentes en nuestro ordenamiento, pudiendo tardar entre tres o cuatro años y además es el mas oneroso, dado que los aranceles judiciales aplicables son mas altos que los aplicados a otros procesos.

El excesivo tiempo de su tratamiento genera un alto costo económico que la mayoría de los litigantes no pueden cubrir, costos que en muchos casos también ocasionan que una vez iniciado el litigio, este tenga que ser abandonado en el trayecto, por su falta de recursos económicos para su prosecución.

Por tales razones y a efecto de dar solución a las circunstancias anteriormente descritas y sobre todo, para tener un proceso de filiación, certero, rápido y, sobre todo barato, se ha optado por dar la Ley 28457 que regula el proceso de filiación judicial de

paternidad extramatrimonial; sin embargo; dicho proceso ha establecido un proceso monitorio puro, en el que el Juez decide *ab initio* e *inaudita parte*, mediante conocimiento sumario la declaración de paternidad; este nuevo proceso especial, sirve para determinar la filiación de la paternidad extramatrimonial.

La norma aludida, expresamente contempla en su artículo 1 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. 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.* De otro lado en el artículo 2 se precisa que: *La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes, Luego el referido artículo prescribe que: 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.*

De la lectura de la norma se puede advertir que el proceso monitorio puro se ha dado, a efecto de que el supuesto padre (emplazado), siempre que haya sido notificado válidamente, pueda o no formular oposición, en caso que lo haga, deberá someterse a la realización de la prueba biológica del ADN, en caso que no lo haga el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

El derecho que ha de declararse es de trascendental importancia, tal es así, que según lo estructurado en la norma, será el supuesto padre (emplazado), quien decidirá, si es que se somete o no a la realización de la prueba; la norma establece que el ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo; sin embargo, la

ratio legis de la norma, al optar por el proceso monitorio, al parecer se ha dado probablemente considerando –en el caso del emplazado- sólo el supuesto en el cual, el padre se encuentra vivo y en tal condición puede ejercitar su derecho de optar o elegir ser declarado padre o someterse a la realización de la prueba,.

2.2. Formulación del problema

¿Ha establecido en su procedimiento La Ley 28457 que regula la filiación judicial de paternidad extramatrimonial a través de la prueba del ADN, tanto precisiones para proceder, en el caso que los demandados de la acción de declaración de paternidad sean las otras personas previstas por la ley sustantiva, como excepciones expresas, en relación al tratamiento procesal ordinario de figuras procesales relacionadas con derechos indisponibles?.

2.3. Sistematización del problema de investigación

Según el problema de investigación se plantea las siguientes interrogantes:

1.-Cuál es la imprecisión del proceso monitorio puro establecido en la ley 28457, en cuanto a su real alcance, respecto a las otras personas, que no son el padre y que pueden ser emplazadas según la ley sustantiva?.

2.-¿Cuáles son las excepcionalidades que la ley 28457 ha establecido en relación al tratamiento procesal ordinario de figuras procesales relacionadas con derechos indisponibles?.

3.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

A) Determinar la imprecisión del proceso monitorio puro establecido en la ley 28457 y su real alcance, respecto a las otras personas, que no son el padre y que pueden ser emplazadas según la ley sustantiva.

B) Establecer las excepcionalidades que la ley 28457, ha establecido en relación al tratamiento procesal ordinario de figuras procesales relacionadas con derechos indisponibles.

4.- JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION

Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarle, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo.

A nivel de la ciencia resulta unánime sostener que con la prueba del ADN, es posible obtener el nivel de certeza adecuado para que la Judicatura pueda pronunciarse en los proceso de declaración de paternidad.

Ya se ha referido anteriormente, que el proceso de conocimiento no era el adecuado para sustanciar el proceso de filiación, por cuanto es el mas lato o prolongado de

todos los existentes en nuestro ordenamiento, pudiendo tardar entre tres o cuatro años y además es el mas oneroso, ante ésta problemática se dio la ley 28457; sin embargo, dicha ley al adoptar el proceso monitorio puro, no ha previsto la manera de proceder en el supuesto en el cual el padre se encuentre fallecido, pues en tal caso, en cuanto a la prueba científica, si bien es cierto podría analizarse el ADN del padre, exhumando su cadáver (lo que no ha sido previsto), no es menos cierto que el derecho de optar o elegir que ha sido descrito anteriormente (ver realidad problemática), no lo puede ejercer el padre por no encontrarse vivo; ahora bien, en el caso de considerarse que la parte emplazada sea la sucesión del difunto cabe preguntarse ¿podrá eventualmente la sucesión ejercer dicho derecho tan personalísimo de optar o elegir aceptando la paternidad del difunto en forma expresa o tácita o, de considerar que no es el padre, formular oposición? ; de otro lado ésta norma ¿estaría haciendo disponible lo que en la normatividad normal resulta indisponible?; ¿contiene intrínsecamente un tratamiento procesal excepcional en las figuras procesales del allanamiento, reconocimiento y la rebeldía?

A simple vista, el proceso previsto, no nos da respuestas inmediatas a tales interrogantes, mas aún, se debe tener en cuenta que la Primera Disposición complementaria de la ley 28457 modifica el artículo 402° inciso 6) del Código Civil en los términos siguientes: *“Artículo 402°.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...)6. 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.”*, ahora bien el Código Civil de 1984, que en su contexto inicialmente no contemplaba la prueba del ADN, por obvias razones de tiempo, si contempló en su artículo 406 a los demandados en la acción de declaración de paternidad, pues dicho artículo vigente establece: *“ La acción se interpone contra el padre o contra sus herederos si hubiese muerto”* sin embargo, como se reitera la Ley 28457, al establecer el proceso monitorio puro como procedimiento para el inciso 6 del

artículo 402 del Código Civil, al parecer no habría previsto en su contenido a los herederos como sujetos pasivos.

Estas circunstancias, son de suma importancia y hacen que el presente trabajo sea actual, ya que se pretende enfocar si es que el procedimiento establecido por la Ley 28457 en base a la prueba del ADN, que recién tiene pocos años de aplicación, ha tenido en cuenta como se debe actuar cuando los emplazados, son los herederos del supuesto padre, teniendo en cuenta la trascendencia de la declaración judicial ha emitirse; asimismo, se pretende establecer si dicha normatividad da algún tratamiento excepcional a figuras procesales ordinarias.

El presente trabajo resultará útil ya que serán los usuarios los que se beneficien con una norma que sea clara y precisa y que permita despejar incertidumbre sobre su utilidad pues a la larga, en base a esta herramienta jurídica que el Estado proporciona es que los mismos, aspiran a ver su derecho a la identidad totalmente garantizado, pero con la seguridad de que la norma que se invoca, deslinda en forma correcta sus supuestos vínculos familiares, ya sea para establecer la paternidad del fallecido y su grado de familiaridad con el que invoca la paternidad o para descartar la misma.

5. MARCO DE REFERENCIA CONCEPTUAL

5.1. CONCEPTOS BÁSICOS

5.1.1. FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El fundamento de los derechos humanos, radica en la dignidad humana, ya que no es posible hablar de ser humano sin dignidad, como tampoco es posible hablar de una vida digna sin libertad, igualdad, integridad, honor, etc.

La dignidad supone el pleno desarrollo de la personalidad del ser humano para lo cual resulta imprescindible que este goce efectivamente de un conjunto de derechos fundamentales.¹

5.1.2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad es un derecho humano que tiene toda persona a que se le reconozca y respete como un ser distinto a los demás individuos, entendiendo por identidad el conjunto de atributos tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad, que permiten precisamente la individualización de un sujeto de derecho en sociedad, y por tanto caracterizado por su dinamismo en la medida que progresa , varía y se enriquece en tanto lo hace también el individuo al adquirir mayor experiencia a través de su vida.²

5.1.3.- LA FILIACION

¹ Novak, Fabian, Namihas, Sandra: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, AMAG, Lima 2004. Pág. 32.

² Novak, Fabian, Namihas Sandra : *Ob. Cit.* Pág. 215

La filiación viene a ser la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto)³.

5.1.4.- EL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de otra".⁴

5.1.5.- DECLARACION JUDICIAL DEL VINCULO PATERNO FILIAL

Es la declaración que da el Poder Público luego de practicada la investigación pertinente, declare, sin la voluntad o contra la voluntad del padre o la madre la relación de filiación⁵.

5.1.6. EL ADN

El ADN es el Acido Desoxirribonucleico y se encuentra en el núcleo de todas las células del cuerpo y permanece invariable proviene el 50% del óvulo materno y el 50% restante, del espermatozoide paterno y tiene su fundamento en el hecho de que ningún ser humano es idéntico a otro, apoyándose esta prueba genética justamente sobre la constatación mayor de la genética moderna..

Sostiene *Maria Isabel Quiroga*, que 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 de la

³ *Cornejo Chávez, Hector: Derecho de Familia Peruano. Tomo II. Editorial Rocarme 1991 Lima. Pág 11*

⁴ *Cornejo Chávez, Hector: Ob. Cit Pág.99*

⁵ *Cornejo Chávez, Hector: Ob. Cit Pág.127*

concepción, por la dotación genética que recibe de sus padres y, a través de ellos, 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 un organismo.⁶

5.1.7. EL DEBIDO PROCESO

El Debido Proceso, es un derecho fundamental, natural o humano que tiene toda persona que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente; pues el Estado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanente a un sistema judicial imparcial.⁷

5.1.8. PROCESO SIMPLE

El proceso simple tiene, una estructura contradictoria en la cual el juez oye a cada parte y después resuelve.

Este proceso simple puede ser ordinario, si sigue todas las ritualidades comunes, o sumario, si los trámites son mas abreviados, mas breves (sumario).⁸

5.1.9. PROCESO MONITORIO

⁶ Quiroga de Michelena, María Isabel: *La Prueba del ADN Fundamentos Biológicos de la determinación de paternidad y otras aplicaciones médico Legales. En cuadernos jurisprudenciales número 37. Gaceta Jurídica. Loma julio del 2004. Pág. 19*

⁷ Ticona Postigo, Víctor: *Código Procesal Civil, Comentarios, Materiales de Estudio y Doctrina” Con el Auspicio del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial Arequipa, 1994. Pág. 5*

⁸ Vescovi, Enrique: *Teoría General del Proceso. Segunda Edición Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá 1999, Pág. 96-97*

proceso monitorio, en el cual se invierte el orden del contradictorio, pues el juez, oído el actor, dicta ya la sentencia (acogiendo su demanda), y solo después oye al demandado, abriéndose entonces, no antes, el contradictorio (si el reo se resiste) y luego del procedimiento el juez mantiene su primera sentencia o no (proceso de desalojo, ejecutivo, entrega de la cosa y de la herencia, en nuestro derecho positivo). Hay quienes entienden que el proceso monitorio es el intermedio entre el conocimiento y el de ejecución.⁹

5.1.10. EL ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO

El allanamiento y el reconocimiento son formas de actuación del emplazado que se puede utilizar durante el proceso. Implica la sujeción a la propuesta de la otra parte. Es la manifestación de voluntad mediante la cual un sujeto procesal establece una relación de sujeción al planteamiento realizado por la otra parte. Como señala el artículo 330 del C.P.C. el allanamiento importa una aceptación del petitorio; el reconocimiento es una admisión de la pretensión.¹⁰

5.1.11. LA REBELDIA

La rebeldía es una modalidad de inacción del demandado que se configura no con la ausencia de este en el proceso sino con la omisión para contestar la demanda dentro del plazo señalado. La parte puede apersonarse al proceso y no contestar la demanda e incurrir en rebeldía.¹¹

⁹ Vescovi, Enrique. *Teoría General del Proceso. Segunda Edición* Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá 1999. Pág. 96-97)

¹⁰ Ledesma Narváez, Marianella: *Comentarios al Código Procesal Civil Análisis artículo por artículo. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo II, Lima, julio 2008. Pág. 42*

¹¹ Ledesma Narváez, Marianella: *Ob. Cit. Pág. 534*

6.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION

No se ha encontrado un antecedente directo pero si que guarda estrecha relación con el tema a investigar, existiendo un trabajo de investigación denominado “ El Derecho fundamental del Niño a conocer a sus padres y su tratamiento en el Segundo y Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa”, trabajo que ha sido realizado por Martín Valdivia Dueñas en la escuela de Post Grado de la Universidad Católica de Santa María para optar el grado de Magister.

Otro de los trabajos que se ha podido encontrar es el desarrollado por José Oscar Paredes Sivirichi denominado “El principio de proporcionalidad en la ley 28457” en el que se ha podido desarrollar los Procesos monitorios y ordinarios, se ha definido el origen y características del ADN, y los Antecedentes Legislativos y exposición de motivos de la Ley 28457, dicho trabajo se encuentra publicado en la pagina web <http://www.monografias.com/trabajos61/ley-28457-principio-roporcionalidad/ley-28457-principio-proporcionalidad.shtml>.

También encontramos trabajos de carácter doctrinario de los autores nacionales, doctores Enrique Varsi y Alex Plácido, que sirven para la elaboración del trabajo.

7.- HIPÓTESIS:

Dado que la legislación vigente (ley 28457) en torno al proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial por la prueba del ADN, resulta limitada en la previsión de su procedimiento, es probable que no se pueda establecer su real alcance, respecto a las otras personas, que no son el padre y que pueden ser emplazadas según la ley sustantiva; además, es probable que establezca excepciones en relación a la disponibilidad del derecho de filiación respecto a su tratamiento procesal ordinario.

7.3. PLANTEAMIENTO OPERATIVO

7.3.1. VARIABLES INDICADORES Y SUB INDICADORES

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
<p>DE LA HIPÓTESIS GENERAL</p> <p>A.- Variable General dependiente:</p> <p>La Ley 28457 no precisa expresamente que otras personas pueden ser demandadas aparte del supuesto padre; ni precisa expresamente si establece excepciones en relación al tratamiento procesal ordinario para la disposición de un derecho indisponible, pues simplemente ha previsto que al no formular oposición el emplazado al mandato judicial, éste se convertirá en declaración judicial de paternidad.</p> <p>B.- Variable General independiente:</p> <p>Dicha falta de precisión, genera incertidumbre cuando se demanda a los herederos del supuesto padre, y también genera incertidumbre respecto al tratamiento ordinario procesal de los derechos indisponibles.</p>	<p>LEGISLACIÓN</p> <p>TRATAMIENTO</p>	<p>INDICADORES RESPECTO A LA HIPOTESIS GENERAL</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. LEY 28457 2. SUJETOS PROCESALES QUE PUEDEN SER DEMANDADOS CON LA ACCIÓN DE PATERNIDAD, SEGÚN NORMA SUSTANTIVA. 3. EL ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO EN EL TRATAMIENTO PROCESAL ORDINARIO EN RELACIÓN A LOS DERECHOS INDISPONIBLES. 4. LA REBELDÍA EN EL TRATAMIENTO PROCESAL ORDINARIO EN RELACIÓN A LOS DERECHOS INDISPONIBLES.

8. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACION

8.1. DISEÑO DE ESTUDIO (Tipo y Nivel de Investigación)

La presente investigación es de tipo exploratoria, explicativa y proposicional, dado que se pretende explorar y explicar el alcance de la ley, en los casos que la parte demandada sea la sucesión del supuesto padre; asimismo, se pretende proponer complementos procesales a dicha norma respecto al procedimiento cuando la parte demanda no sea exclusivamente el padre, sino, la sucesión de éste; de otro lado se pretende explorar y explicar el aparente tratamiento excepcional que el proceso monitorio contenido en la ley 28457 habría establecido en relación con el tratamiento que da procedimiento ordinario, respecto de figuras procesales con derechos indisponibles; asimismo la investigación es:

Por el objetivo: Aplicada, **Por el enfoque:** Especializada, **Por la Perspectiva:** Coyuntural; y **Por las fuentes:** Documental.

8.2. FUENTES, TECNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACION

Las Fuentes ha usarse en la presente investigación serán básicamente fuentes de carácter bibliográfico (libros en la materia, normas jurídicas, resoluciones) .

La técnica a utilizarse en la presente investigación va a ser el análisis documental, tanto de los libros, contenido de las normas así como de resoluciones emitidas en su aplicación en relación con el tema de investigación.

Los instrumentos a usarse básicamente será la revisión de la normatividad y resoluciones existentes sobre el tema, expedidas en los cinco Juzgados de Paz Letrado del Cercado de Arequipa que permitirá conocer los elementos normativos y la

forma como se ha aplicado en algunos casos la norma que nos ayudara a comprender mejor el problema de investigación planteado

Se utilizará como material bibliográfico: textos, conceptos, normas jurídicas y resoluciones judiciales desarrolladas con anterioridad.

8.3. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

El procedimiento de recolección de datos se hará en forma personal y estará basado en tres etapas:

- Obtención y selección de la Bibliografía
- Análisis de la Bibliografía
- Recopilación de resoluciones judiciales

Se utilizará fichas documentales para la selección de datos, dichas fichas registraran los principales datos bibliográficos, doctrinarios y de las resoluciones judiciales.

8.4. CAMPO DE VERIFICACION

8.4.1 UBICACIÓN ESPACIAL. Arequipa

8.4.2 UBICACIÓN TEMPORAL. La presente investigación abarca los procesos sobre filiación extramatrimonial tramitados entre julio del año 2007 y julio del 2009.

8.5 UNIDADES DE ESTUDIO. Están constituidas por las resoluciones finales (autos y/o sentencias) expedidas en los expedientes tramitados sobre filiación extramatrimonial en los Cinco Juzgados de Paz Letrados existentes para la tramitación de dicha materia, para el Distrito del Cercado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

a) Universo	47
1er Juzgado	12
2do Juzgado	04
3er Juzgado	11
6to Juzgado	11
7mo Juzgado	09

- El Universo en su totalidad, servirá a la vez como muestra.

-El 4to y 5to Juzgado tramitan procesos laborales y penales respectivamente, que no corresponden al tema materia de estudio, tal es así que no se encuentran ubicados en el mismo local de los Juzgados mencionados.

8.6. REDACCION Y ELABORACION DEL INFORME FINAL

Luego del análisis documental de las fuentes e instrumentos, se procederá a la redacción formal del informe de investigación para su presentación y exposición ante un jurado.

9 .-CRONOGRAMA DE TRABAJO

ACTIVIDADES	Setiembre 2009	Octubre 2009	Noviembre 2009
1.-Aprobación	X		
2.-Organización	X		
3.-Ejecución	X	X	
4.-Control, evaluación e informe final		X	X

10. BIBLIOGRAFÍA (Ver al final del trabajo)

FICHA BIBLIOGRAFICA

NOMBRE DEL AUTOR

.....

TITULO DE LA OBRA

.....

EDITORIAL

CONTENIDO

.....

.....

.....

FICHA DE REGISTRO DE EXPEDIENTES

JUZGADO DE ORIGEN

.....

Nº DE EXPEDIENTE

.....

DEMANDANTE

DEMANDADO

CAUSAL INVOCADA

.....

FECHA DE LA RESOLUCIÓN

.....

SENTIDO DE LA RESOLUCIÓN

.....

OBSERVACIONES

.....

FICHA DE ANALISIS DE RESOLUCIÓN

Nro. De Expediente

.....

Demandante

.....

Demandado

.....

Materia

.....

Fecha de la Resolución

- Motivación

.....

- Meritución de la prueba

.....

- Sentido de la Resolución

.....

- Observaciones

.....

FICHA DE ANALISIS DOCTRINARIO JURÍDICO

Nombre de Autor

.....

Título de la Obra

.....

Editorial

.....

Concepto en Análisis

.....

Contenido

.....

Observaciones.....

ANEXO II

CONGRESO DE LA REPUBLICA

Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial

LEY N° 28457

DIARIO DE LOS DEBATES - PRIMERA LEGISLATURA ORDINARIA DE 2004

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD
EXTRAMATRIMONIAL

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 sido 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 del 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 3.- Oposición fundada

Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso.

Artículo 4.- Oposición infundada

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.

Artículo 5.- Apelación

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.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- Modifica el artículo 402 inciso 6) del Código Civil
Modifícase el artículo 402 inciso 6) del Código Civil, en los términos siguientes:

"Artículo 402.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

(...)

6. 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 desestimarás 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."

SEGUNDA.- Modifica los artículos 53 y 57 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Modifícanse los artículos 53 y 57 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los términos siguientes:

"Artículo 53.- Competencia de los Juzgados de Familia

Los Juzgados de Familia conocen:

En materia civil:

a) Las pretensiones relativas a las disposiciones generales del Derecho de Familia y a la sociedad conyugal, contenidas en las Secciones Primera y Segunda del Libro III del Código Civil y en el Capítulo X del Título I del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.

b) Las pretensiones concernientes a la sociedad paterno-filial, con excepción de la adopción de niños adolescentes, contenidas en la Sección Tercera del Libro III del Código Civil, y en los Capítulos I, II, III, VIII y IX del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes y de la filiación extramatrimonial prevista en el artículo 402 inciso 6) del Código Civil.

(...)

Artículo 57.- Competencia de los Juzgados de Paz Letrados

Los Juzgados de Paz Letrados conocen:

En materia civil:

1. De las acciones derivadas de actos o contratos civiles o comerciales, inclusive las acciones interdictales, posesorias o de propiedad de bienes muebles o inmuebles, siempre que estén dentro de la cuantía señalada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

2. De las acciones de desahucio y de aviso de despedida conforme a la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

3. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria que establezca la Ley, diligencias preparatorias y legalización de libros contables y otros;

4. De las acciones relativas al Derecho Alimentario, con la cuantía y los requisitos señalados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

5. De las tercerías excluyentes de propiedad, derivadas de los procesos de su conocimiento. Si en éstas no se dispone el levantamiento del embargo, el Juez de Paz Letrado remite lo actuado al Juez Especializado que corresponda, para la continuación del trámite.

En los otros casos levanta el embargo, dando por terminada la tercería;

6. De los asuntos relativos a indemnizaciones derivadas de accidentes de tránsito, siempre que estén dentro de la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

7. De los procesos ejecutivos hasta la cuantía que señale el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

8. De las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402 inciso 6) del Código Civil;

9. De los demás que señala la ley."

TERCERA.- Disposición modificatoria y derogatoria
Modifícase o derógase toda disposición que se oponga a lo dispuesto en la presente Ley.

CUARTA.- Procesos en trámite
Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los catorce días del mes de diciembre de dos mil cuatro.

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E.
Presidente del Congreso de la República

NATALE AMPRIMO PLÁ
Primer Vicepresidente del
Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

No habiendo sido promulgada dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, en cumplimiento de los artículos 108 de la Constitución Política y 80 del Reglamento del Congreso, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los siete días del mes de enero de dos mil cinco.

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E.

Presidente del Congreso de la República

NATALE AMPRIMO PLÁ

Primer Vicepresidente del

Congreso de la República

