

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 3, n.º 3, enero-diciembre, 2020, 37-48

Publicación anual. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v3i3.428

EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL Y SU EVOLUCIÓN

THE JUDICIAL FILIATION PROCESS OF EXTRAMARITAL PATERNITY AND ITS EVOLUTION

ROCÍO ISABEL FERNÁNDEZ YÁBAR
Corte Superior de Justicia de Huánuco
(Huánuco, Perú)

Contacto: rfernandez@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-0962-4122>

RESUMEN

En el presente artículo se abordan los diversos cambios del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial producidos en los últimos años y se analiza si estos han resultado positivos o no, sobre todo para los niños, las niñas y los adolescentes nacidos fuera del matrimonio. En esa línea, se destacan las novedades más relevantes que trajeron consigo cada una de las modificatorias de la Ley n.º 28457.

Palabras clave: filiación; proceso de filiación judicial; paternidad extramatrimonial; Ley n.º 28457.

ABSTRACT

This article addresses the various changes in the judicial filiation process of extramarital paternity that have occurred in recent years and analyzes whether they have been positive or negative, especially for children and adolescents born out of wedlock. In this line, the most relevant novelties brought about by each of the amendments to Act No. 28457 are highlighted.

Key words: filiation; judicial filiation process; extramarital paternity; Act No. 28457.

Recibido: 15/06/2020

Aceptado: 30/09/2020

1. INTRODUCCIÓN

El tema del presente artículo es el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y su evolución; en ese sentido, expondremos desde cuándo el procedimiento para obtener la filiación extramatrimonial se incluye en la legislación nacional como normativa específica, sus antecedentes y las novedades que ha presentado cada una de las modificaciones de la Ley n.º 28457, así como su primigenia regulación en el Código Civil de 1984.

Además, comentaremos los antecedentes y las nuevas tendencias del reconocimiento judicial del hijo extramatrimonial por los padres biológicos, teniendo presente el principio del interés superior del niño, niña y adolescente.

2. ANTECEDENTES Y GENERALIDADES

La Constitución de 1979 dedicó un capítulo entero a la familia y al reconocimiento de sus derechos, y estableció por primera vez el deber del Estado y la sociedad de proteger a la familia; además, incorporó la unión de hecho (llamada concubinato), reconociéndola como una fuente de

familia, además de la familia matrimonial. Del mismo modo, dicha Constitución instauró la igualdad entre la mujer y el varón, así como la igualdad de todos los hijos, eliminando la distinción entre los legítimos (nacidos dentro del matrimonio) y los ilegítimos (nacidos fuera del matrimonio) (Fernández, 2017).

En contraste, la Constitución Política del Estado de 1993 solo hizo referencia a la familia en su artículo 4, al señalar que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio, es decir, que, a nivel constitucional, el Estado peruano prioriza el matrimonio como principal fuente de la familia, pero no desconoce las uniones de hecho.

Cuando la carta magna de 1979 todavía tenía vigencia, se promulgó el Código Civil de 1984, el cual dedica el libro III al derecho de familia y refiere que «la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú» (artículo 233). En cuanto al matrimonio, lo define del siguiente modo:

es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales (artículo 234).

Observamos que en este libro del derecho de familia, al matrimonio y sus efectos se les dedica casi cien artículos; mientras que a las uniones de hecho, solo el artículo 326.

Como vemos, tanto la Constitución de 1979 como la Constitución Política del Estado de 1993 y el Código Civil de 1984 propugnan la relación matrimonial como el más valioso origen de la familia. Sin embargo, en nuestro país, la vocación perpetua que debe tener el matrimonio, en los últimos años, ha decrecido por diversas causas (la violencia familiar, el consumo de alcohol, la infidelidad, el desarrollo informático, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral, entre otras), lo cual ha impulsado la formación de nuevos tipos de familias y el surgimiento de problemas sociales y jurídicos. Precisamente, entre estos «inconvenientes»

identificamos las relaciones extramatrimoniales en las que son procreados hijos extramatrimoniales. En algunos casos, sus padres deciden reconocerlos por su propia iniciativa; no obstante, la mayoría son reconocidos con un mandato judicial, esto es, mediante el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, el cual ha tenido diversas modificaciones.

3. LA FILIACIÓN

Se puede comprender como

el vínculo determinado por la procreación entre progenitores y sus hijos, [cuyos] antecedentes se remontan a épocas muy remotas. En la doctrina y en legislación tradicional, se sabe que existían dos categorías: los hijos legítimos generados dentro del matrimonio o legitimados por subsecuente casamiento de los padres y los hijos ilegítimos nacidos fuera del matrimonio (Quiroz, 2019, p. 55).

Esta conceptualización coincide con lo regulado en el Código Civil de 1852, que contemplaba la diferencia entre los hijos legítimos e ilegítimos, acentuando más el contraste respecto a estos últimos al subclasificarlos en hijos naturales y no naturales; por su parte, el Código Civil de 1936 mantuvo esta diferenciación hasta la dación de la Constitución de 1979, que estableció la igualdad entre los hijos y prohibió tanto la distinción entre los legítimos e ilegítimos como la mención de la naturaleza de su filiación.

Asimismo, la Constitución Política del Perú de 1993 ratifica que «Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad» (artículo 6). Sin embargo, como lo señala Peralta Andía (2008, p. 387), cuando se pensaba que la discriminación entre los hijos había quedado atrás con las dos últimas cartas magnas dictadas en nuestro país, los legisladores del Código Civil de 1984 insertaron la figura de los hijos matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos y alimentistas, e incluso actualmente se distinguen a los hijos provenientes de las técnicas de

reproducción humana asistida. La persistente diferenciación entre las categorías de los hijos atenta lo prescrito en nuestra ley fundamental y constituye un problema social, sensible y humano.

4. LA FILIACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Como hemos descrito, aún existe una diferenciación en cuanto a la naturaleza jurídica (categorías) de los hijos, sean estos matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos o alimentistas. Ahora nos centraremos en los hijos nacidos fuera del matrimonio, sin importar la condición legal de sus padres (casados, divorciados, solteros, convivientes, etc.). Nuestro código sustantivo civil, en su artículo 386, señala que el hijo extramatrimonial es el concebido y nacido fuera del matrimonio.

Dada la condición de los hijos extramatrimoniales, han sido frecuentes víctimas de discriminación o rechazo por sus propios padres, la sociedad y el Estado. A nivel constitucional, se proclama que todos los hijos tienen iguales deberes y derechos; no obstante, en la realidad cotidiana ocurre lo contrario, ya que, para ejercer sus derechos, primero deben recurrir a un proceso judicial donde se les reconozca su paternidad y, por ende, su plena identidad; posteriormente, recién podrán hacer valer sus derechos, situación que en algunos casos ha resultado tardía.

5. ANTECEDENTES REGULADOS DEL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Según Varsi Rospigliosi (2013):

la inquietud por la modernización y remozamiento de la filiación fue preocupación de siempre. El Código Civil de 1984 no previó los avances biocientíficos regulándose un sistema desfasado con la realidad. Perduró durante los años sin hacer caso de las necesidades poblacionales llevando a un estado de fosilización al derecho de la filiación (p. 403).

Estamos de acuerdo con la anterior afirmación, pues, efectivamente, en el artículo 402 de nuestra norma sustantiva civil se señalaban expresamente los únicos supuestos por los cuales la paternidad extramatrimonial podía ser judicialmente declarada, a saber:

1. Cuando exista un escrito indubitable del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, [...] 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 [convivido] con la madre en la época de la concepción [...].
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 [...].

Después de 15 años, con la dación de la Ley n.º 27048 del 6 de enero de 1999, se modificó el Código Civil y en el artículo 402 se añadió un inciso en el cual se señalaba que la declaración judicial de paternidad extramatrimonial también procedía en el siguiente caso:

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

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

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

Como vemos, recién en 1999 se incluyó en la legislación civil peruana el uso de la prueba científica del ADN para conocer la identidad de los hijos extramatrimoniales, ello debido a la insistencia de notables juristas en diversos foros académicos, entre ellos, el doctor Enrique Varsi Rospigliosi, propulsor incansable de este tema.

Esta modificatoria del Código Civil era totalmente novedosa en nuestro país, ya que permitía acreditar el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otros exámenes genéticos o científicos con igual o mayor grado de certeza. Ahora bien, si el demandado (presunto padre) se negaba por segunda vez a practicarse la prueba del ADN, el juez solo estaba facultado para evaluar tal negativa y, con base en su valoración y otras pruebas presentadas, tenía dos opciones: declarar la paternidad del hijo extramatrimonial o declarar al hijo como alimentista. En este último caso, tal situación «premiaba» al presunto padre y perjudicaba al hijo extramatrimonial, pues solo tenía amparo legal hasta cumplir los 18 años de edad.

Sin embargo, esta no era una prueba científica fácilmente empleada por algunos operadores de justicia ni por los hijos extramatrimoniales (a través de sus madres o abogados) debido a diferentes motivos, sobre todo por la falta de difusión, los aspectos culturales y la escasez de dinero para costear la realización de la prueba del ADN, la cual era sumamente onerosa en aquellos tiempos.

Además, debe tenerse presente que, con base en el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, la filiación extramatrimonial era tramitada ante los juzgados mixtos (hoy llamados juzgados de familia) en el proceso de conocimiento, el cual tenía etapas procesales largas y propiciaba la dilación de estos procesos con tachas, nulidades, excepciones, informes orales, etc.; incluso podía ser elevada en casación a la Corte Suprema de Justicia de la República, demorando dos o tres años para la devolución del expediente, sin tener en cuenta la necesidad de cautelar en forma urgente el interés superior del niño, niña o adolescente.

Así, luego de varios años de la modificatoria del inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, el 7 de enero de 2005 se promulgó la Ley n.º 28457. Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

6. EL ACTUAL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

La Ley n.º 28457. Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad, extramatrimonial, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 8 de enero de 2005 y vigente desde el día siguiente de su publicación, es la primera normativa específica para tratar los procesos de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y, a través de la modificación del inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, renueva prácticamente toda su tramitación. Entre sus primicias, dispuso que las demandas ya no se tramitarán ante los juzgados mixtos o de familia; el juez competente será el juez de paz letrado y se llevará a cabo un proceso especial donde no existirán audiencias, ya que su tramitación será rápida, de modo que se dejarán de lado el proceso de conocimiento y sus consiguientes dilaciones (nulidades, tachas, excepciones y reprogramaciones de audiencias). Por otro lado, los expedientes tampoco podrán ser impugnados en casación, dado que, al iniciarse su tramitación en un juzgado de paz letrado, serán exonerados de usar este recurso impugnatorio; además, la última instancia serán los juzgados especializados de familia o juzgados mixtos donde no haya juzgados especializados, lo cual hace que el proceso sea más célere y efectivo.

Tal vez la más importante novedad es que quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedirla al juez de paz letrado, que deberá expedir de inmediato un auto con el mandato de declaración de la filiación extramatrimonial demandada; ante ello, lo único que puede hacer el demandado es oponerse a dicho mandato dentro de los 10 días de haber sido válidamente notificado y obligado a realizarse la prueba del ADN (artículo 1). Transcurrido dicho plazo, si por alguna causa injustificada el oponente no realiza la prueba científica, la oposición se declarará improcedente y el mandato se transformará en declaración judicial de paternidad (artículo 2), es decir, se le otorgará inmediatamente al hijo extramatrimonial la paternidad que le corresponde. Ahora bien, si la prueba científica obtuviese «un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado al pago de las costas y costos del proceso» (artículo 3); en contraste, si

a través de esta prueba se obtiene «un resultado positivo, la oposición será declarada infundada [y] el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad» (artículo 4). En suma, se trata de un proceso especial y célere que cautela, en mayor proporción, los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes frente al antiguo y lato proceso de conocimiento.

Sin embargo, una de las situaciones que ha generado ciertos retrasos en este proceso es el hecho de que el costo de la prueba científica era abonado por el demandante (presunto hijo extramatrimonial) en el momento de la toma de muestras y, en un número muy reducido, se recurría al auxilio judicial (por lo general, para hijos de mujeres sin mayor ingreso económico); la falta de dinero para abonar dicha prueba paralizaba los procesos, que casi siempre eran una antesala para que puedan accionar el pago de una pensión alimenticia, dejando en desamparo a los hijos.

La Ley n.º 29715, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 22 de junio de 2011, modificó la Ley n.º 28457, en el extremo de que ahora quien debe costear el pago de la prueba del ADN es el demandado (probable padre) en el momento de la toma de muestras, lo cual es justo y contribuye a una mejor eficacia del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

La Ley n.º 29821, publicada el 28 de diciembre de 2011 en el *Diario Oficial El Peruano*, modificó la Ley n.º 28457. Dicha norma trajo un avance esencial en este tema, ya que permitió que al proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial se acumule, como pretensión accesorio, la fijación de una pensión alimenticia. En estos casos, «el juez, además de expedir el mandato declaratorio de paternidad extramatrimonial, correrá traslado al [demandado] de la pretensión de alimentos» (artículo 1) para oponerse y absolver la demanda de alimentos, respectivamente; si no hay oposición dentro de los 10 días de haber sido notificado válidamente, el mandato se transformará en una declaración judicial de paternidad y el juez deberá dictar sentencia pronunciándose por la pensión de alimentos. Con esta modificatoria, los hijos extramatrimoniales ya no tendrían que recurrir a un proceso previo para obtener su declaración de paternidad y luego acceder a un proceso de pago de alimentos, el cual solía demorar años para concretarse.

El 3 de agosto de 2017 se publicó la Ley n.º 30628, que modificó diversos artículos de la Ley n.º 28457; una de sus innovaciones fue el nuevo texto del artículo 2:

En la audiencia única se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo; en caso el padre no tenga domicilio conocido, sea inubicable o este haya muerto, podrá realizarse la prueba al padre, madre u otros hijos del demandado de ser el caso.

Este fue un importante adelanto, puesto que, ante la imposibilidad de la asistencia del padre, se frustraban las tomas de muestras, por lo que no se podía conocer la verdadera identidad de los hijos.

Otro aspecto de relevancia es que si el demandado no realiza el pago de la aprueba en la audiencia, el juez reprograma de oficio la toma de muestras dentro de los 10 días siguientes. Si dicho plazo venció y el demandado no pagó, se declara la paternidad; esto impide que los plazos o la «buena voluntad» del demandado se hagan eternos; inclusive ahora se permite que el propio demandante (presunto hijo) realice este pago y, una vez se cuente con un resultado positivo, el demandado (presunto padre) debe devolver el monto abonado, lo cual también agiliza el proceso.

Esta modificatoria trajo consigo el allanamiento a la demanda por parte del demandado, que procede desde que es notificado con la demanda hasta antes de la realización de la prueba biológica del ADN; esto impide que se lleve a cabo todo un proceso judicial cuando el demandado tiene la posibilidad de reconocer la paternidad de su hijo extramatrimonial desde el inicio.

A partir de lo expuesto, podemos concluir que los avances producidos en nuestro país, respecto al proceso judicial de filiación de paternidad extramatrimonial, han sido positivos y en cada oportunidad han surgido nuevas concepciones que mejoran el derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales; así, poco a poco, se dejarán de lado las diferencias aún existentes basadas en la naturaleza jurídica de los hijos.

7. CONCLUSIONES

- a) En nuestro país, durante los últimos años, la vocación perpetua que debe tener el matrimonio ha decrecido por diversas causas, dando lugar a nuevas formas de familia que incluyen hijos extramatrimoniales.
- b) Aunque en nuestras dos últimas cartas magnas se propugnen, el Código Civil de 1984 ha insertado la figura de los hijos matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos y alimentistas; actualmente, a ellos se suman los hijos provenientes de las técnicas de reproducción humana asistida. Estas diferenciaciones atentan contra el derecho de igualdad y continúa siendo un problema social, sensible y humano.
- c) Con la introducción de la prueba científica del ADN en nuestra legislación nacional, para conocer la real identidad de un hijo extramatrimonial, se han generado grandes avances que repercuten en nuestra sociedad.
- d) Con la dación de la Ley n.º 28457. Ley que regula el proceso judicial de filiación de paternidad extramatrimonial, se procura respetar el derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales y se apunta hacia una verdadera igualdad entre los hijos.

REFERENCIAS

- Congreso de la República (2005, 8 de enero). Ley n.º 28457. Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. *Diario Oficial El Peruano*, 284 193-284 194. https://busquedas.elperuano.pe/download/full/6HR5AXxNqPn8Anl_2TTd1M
- _____ (2011, 22 de junio). Ley n.º 29715. Ley que modifica el artículo 2 de la Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. *Diario Oficial El Peruano*, 445 103. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-modifica-el-articulo-2-de-la-ley-28457-ley-que-regu-ley-n-29715-656456-1>

- _____ (2011, 28 de diciembre). Ley n.º 29821. Ley que modifica los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley 28457, Ley que regula el proceso judicial de filiación de paternidad extramatrimonial. *Diario Oficial El Peruano*, 456 047. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-modifica-los-articulos-1234-y-5-de-la-ley-n-2845-ley-n-29821-734349-2>
- _____ (2017, 3 de agosto). Ley n.º 30628. Ley que modifica el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. *Diario Oficial El Peruano*, 4-5. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-modifica-el-proceso-de-filiacion-judicial-de-paterni-ley-n-30628-1550559-1>
- _____ (2019). *Constitución Política del Perú* [Promulgada el 29 de diciembre de 1993]. Congreso de la República. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/Constitucion-politica-08-04-19.pdf>
- Fernández, R. (2020). *Reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico y su derecho la identidad en la sede judicial de Huánuco-2017* [Tesis doctoral, Universidad de Huánuco]. <http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2552/Fern%c3%a1ndez%20Y%c3%a1bar%2c%20Roc%c3%ado%20Isabel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2014). *Código Civil. Decreto Legislativo n.º 295*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf>
- Peralta, J. (2008). *Derechos de familia en el Código Civil*. Idemsa.
- Quiroz, M. (2019). *Inaplicabilidad del plazo de caducidad para la impugnación de paternidad y vulneración indirecta del interés superior del niño* [Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Nacional de Trujillo]. <https://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/12186/TESIS%20FINAL%20-.pdf?isAllowed=y&sequence=1>
- Varsi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia. Derecho de la filiación* (t. IV). Gaceta Jurídica.