



LAS NUEVAS MODIFICACIONES A LA  
LEY DE FILIACIÓN JUDICIAL DE  
PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.  
¿UN RETROCESO EN LA  
INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD  
Y EN LA PROTECCIÓN AL PRINCIPIO  
DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO?

Rosario de la Fuente-Hontañón

Lima, septiembre de 2017

FACULTAD DE DERECHO

De la Fuente, R. (2017). Las nuevas modificaciones a la Ley de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. ¿Un retroceso en la investigación de la paternidad y en la protección al principio del interés superior del niño? *Gaceta civil & procesal civil registral / notarial*, 51,29-36.

LAS NUEVAS MODIFICACIONES A LA LEY DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD  
EXTRAMATRIMONIAL. ¿UN RETROCESO EN LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y EN LA  
PROTECCIÓN AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL  
NIÑO?



Esta obra está bajo una [licencia  
Creative Commons Atribución-  
NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

## I. INTRODUCCIÓN

La reciente Ley 30628, publicada el día 3 de agosto del presente año, ha modificado los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 28457, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, y el propio Código procesal civil. Ante los recientes anuncios del Gobierno de la gratuidad de las pruebas de ADN, debemos aclarar que la norma no dice que el costo será asumido por el Estado<sup>1</sup>. Se plantea que el precio de la prueba de ADN sea abonado por el demandado al laboratorio privado que se encargue de realizar la prueba. Si es la parte demandante quien asume el costo de la prueba en el laboratorio privado, el demandado deberá reintegrarle el costo en el supuesto de que el resultado sea positivo a la paternidad.

En definitiva, los aportes de la nueva Ley consisten en la exoneración del pago de las tasas judiciales y de la firma de abogado para la presentación de la demanda (art. 424, inc. 10 del CPC).

Con rapidez, un sector de la doctrina se ha hecho eco de las modificaciones a la mencionada Ley, y es el profesor Cavani quien ha resaltado la “inconstitucionalidad de la sanción procesal prevista en la Ley de filiación extramatrimonial”<sup>2</sup>. De acuerdo al art. 2 de la nueva ley, ante la falta de oposición, o existiendo ésta, la omisión de practicarse la prueba

---

<sup>1</sup> Ver por ejemplo las noticias recogidas en un medio local: <http://www.elnuevodiario.com.ni/internacionales/435761-kuczynski-firma-ley-que-otorga-prueba-adn-gratis-d/>: “El presidente de Perú, Pedro Pablo Kuczynski, promulgó hoy una ley que establece la gratuidad de la prueba de ADN en los casos de demandas por paternidad, informaron hoy fuentes oficiales. Kuczynski afirmó, en una ceremonia celebrada en el patio del Palacio de Gobierno de Lima, que la nueva ley permitirá el reconocimiento de hijos y la entrega de pensión de alimentos en un solo juicio (...). En un mensaje en su cuenta de Twitter, **Kuczynski** reiteró que la "ley de ADN gratuito permitirá reconocimiento de hijos y pensión de alimentos en un solo juicio". La llamada "Ley del ADN gratuito" fue aprobada por el pleno del Congreso el pasado 22 de junio e implica una modificación a la legislación que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, de hijos no reconocidos”. Como podemos observar, la información dada a los lectores no coincide con la realidad, como veremos a lo largo de la exposición.

<sup>2</sup> Cfr. Renzo Cavani en, <http://laley.pe/not/4112/la-inconstitucionalidad-de-la-sancion-procesal-prevista-en-la-ley-de-filiacion-extramrimonial->; asimismo en Laley.pe, viernes 11 de agosto de 2017, donde se transcribe la entrevista realizada al autor, donde resalta que “hay un problema de paridad de armas para probar en el proceso de filiación”.



de ADN de parte del presunto padre, el juez va a declarar la paternidad, aún a costa de que no sea el verdadero padre.

Lo que es importante, y conviene resaltar, es que el hijo tiene derecho a su identidad, a conocer a su verdadero padre biológico, pero no a que se le atribuya “cualquier padre”. ¿Dónde queda la protección del principio del Interés Superior del Niño (ISN)? Advertimos que se está dando una vulneración total. Además, el derecho a conocer la verdad biológica, es un derecho que está reconocido en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y que se deriva del derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad.

El art. 7, inciso 1, establece que:

*El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un **nombre**, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a **conocer a sus padres** y a ser cuidado por ellos.*

De igual manera en el art. 8.1 de la CDN se establece que:

*Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su **identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*

De igual modo, en el art. 6 de Código de Niños y Adolescentes (CNA), el legislador regula que:

*“El niño y adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos**. Tienen también el derecho al desarrollo integral de su personalidad (...)”*

Afirma Cavani que, con las nuevas modificaciones a la Ley 28457:

*“todo parece indicar que la sanción procesal fue consagrada para generar un incentivo a los presuntos padres a que se practiquen la prueba de ADN (“si no eres*

*padre, entonces hazte la prueba”), pero, en realidad, lo que hace es romper completamente con el objetivo de buscar la verdad y, así, tutelar el derecho de identidad del demandante constitucionalmente garantizado. Esta sanción, en realidad, más allá que “incentivar”, lo que hace es traicionar su propia finalidad y generar un agravio muy grande en la esfera jurídica del demandado: ¿por qué? Porque exige a los jueces que declaren la filiación de un padre respecto de alguien que bien puede no ser su hijo. Cabe preguntarse, por tanto: ¿para qué tener una prueba de ADN si, al final, una declaración de filiación podría ser completamente falsa? Por ello, una medida legislativa mucho más adecuada sería, ante la falta de oposición o, existiendo ella, la falta de práctica de la prueba de ADN dentro del plazo legal, ordenar la comparecencia de grado o fuerza del presunto padre y hacer efectiva la detención a fin de que se tome muestra del material genético. No se requeriría de ningún apercibimiento, porque eso ya estaría en la ley. Por supuesto: se trata de una violación al derecho a la integridad física, pero en este caso se trata de privilegiar el derecho a la identidad biológica del demandante a fin de forzar la producción de la prueba”.*

Asimismo, Cavani señala que no se trata propiamente de una presunción, al no existir ningún razonamiento presuntivo que determine la probanza de un hecho a partir de otros (los llamados indicios), por lo que no habría valoración de la prueba en la declaración de paternidad como sanción.

Como bien sabemos, un complemento de la prueba judicial son las presunciones, que no son simples sospechas o indicios de la realidad de los hechos, sino deducciones razonables, a partir de otro hecho probado: de la existencia de otro no probado pero que depende, de acuerdo al sentido común, de aquel ya probado<sup>3</sup>. En la Ley de filiación judicial de paternidad extramatrimonial se habla de presumir la paternidad de quien se niega a someterse a la prueba

---

<sup>3</sup> Cfr. Álvaro d’Ors, Nueva introducción al estudio del derecho, Ed. Cuadernos Civitas, Pamplona, 1999, pp. 42-44



de ADN, pero es el presunto padre el que debe aducir pruebas contra tal presunción, incluso con las biológicas, a las que por el derecho a la integridad corporal puede siempre oponerse.

## II. COMENTARIO

La reclamación de la paternidad extramatrimonial está regulada en el Código civil, en el artículo 402, por lo que se tiene que alegar alguno de los supuestos de hecho mencionados en él –se trata de un sistema cerrado de causales- y ha sido modificado por las Leyes 27048, en 1999, 28457 en 2005, ésta última es la que ha vuelto a ser modificada por la Ley que nos ocupa, la 30628. Pero advertimos que, desde el inicio, estas leyes con las sucesivas modificaciones parciales que se han hecho, no han sido satisfactorias en lo referente al régimen de filiación extramatrimonial, tal como lo ha advertido la doctrina civilista<sup>4</sup>.

Los medios previstos en la Ley 28457 para la promoción del derecho del niño a conocer a los padres resultan restricciones gravosas de los derechos a la intimidad y a la integridad del presunto progenitor. Así lo podemos apreciar cuando en su artículo 1º se dispone que:

*“Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juzgado de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada*

*Ante la cual, si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el juzgado declara la paternidad extramatrimonial y dictará sentencia pronunciándose además sobre la pretensión de alimentos”.*

Es así que, por haberlo dicho la parte demandante y, sin que medie ningún principio de prueba<sup>5</sup>, quedará determinada la paternidad extramatrimonial. Como bien puede

---

<sup>4</sup> Cfr. Entre otros a Varsi Rospigliosi, Enrique, “El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial en razón de la Ley 28457 y la acción intimidatoria de paternidad” en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2252/18.pdf>

<sup>5</sup> Cfr. Busto Lago, José Manuel, “Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica. A propósito de la STC29/2005, de 14 de febrero. La doctrina

apreciarse, la Ley 28457 evidencia un retorno a la máxima del *ancien droit*, *creditur virgini pregnant*, según la cual, *sea creída la virgen preñada, que manifieste el nombre del varón que la dejó en tal estado*. Además, el único modo de contradecir la demanda es aceptar someterse a la prueba de ADN y si se niega, el juzgado tiene la facultad de determinar la paternidad extramatrimonial, de esta forma, se obliga al demandado a la actuación de las pruebas biológicas, la negativa debe tener valor indiciario, pero no puede ser considerada como una *confessio ficta* de paternidad.

Por todo lo anterior, se puede afirmar, que la Ley 28457 es inconstitucional, pues no respeta el principio de proporcionalidad, existe una vulneración del derecho a la libertad individual, del derecho al debido proceso, del derecho al nombre y a la identidad<sup>6</sup>. Por ello,

---

jurisprudencial y constitucional “ortodoxa”, en la *Revista Derecho Privado y Constitución*, n. 19. Enero- Diciembre 2005, pp.7-54, donde el autor refiere lo que ha de “entenderse por “principio de prueba” que acredite la seriedad de la pretensión que se ejercita: relación de datos, situaciones o acontecimientos que indiciariamente aporten rasgos de verosimilitud y de fundamentos a la pretensión según el caso, sin que sea exigible que llegue a tener la entidad de una prueba, en el concepto técnico jurídico propio de este concepto ya que ello supondría adelantar un paso procedimental fijado por las leyes procesales. Basta acreditar la probabilidad de la filiación que se pretende, pues la veracidad o la falsedad se decidirán en el proceso”.

<sup>6</sup> Cfr. el comentario de Clara Mosquera, “La Ley 28475 y los procesos de filiación extramatrimonial”, en *Legal Express*, n° 54, donde la autora señala que la Ley está vulnerando derechos constitucionales y reconoce que “por tratarse de un tema tan delicado, en el cual están de por medio los derechos de los niños y adolescentes, debió establecerse una etapa probatoria donde inclusive el emplazado pueda impugnar los resultados de la prueba, pues se le está limitando su derecho a la defensa al darse por ciertos los resultados de las pruebas de ADN, sin ponerse en el caso de que estos hayan sido manipulados o contaminados, lo que ha sucedido en otros países”; de hecho, la jueza Mosquera inaplicó la norma en el caso de la sentencia recaída en el Expediente 363-05 del Primer Juzgado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón; cfr. de igual modo, Angel Henry Romero Díaz, “La inseguridad jurídica en la prueba de ADN”, en *Revista Derecho y Cambio Social*, Año 7, n° 20, 2010, cuando señala que “en las circunstancias actuales donde existe una informalidad total en la recolección, conservación y envío para la realización de la Prueba Pericial de ADN, convierte en inseguro y vulnerable el sistema en la recolección de muestras (prestándose a manipulaciones), y aunado a ello, el pretender suprimir la audiencia de ratificación de la pericia del ADN, traería como consecuencia negar la facultad del Juez de ejercer el debido control sobre la prueba pericial”. De acuerdo al artículo 2 de la Ley 28457, en la audiencia se llevará a cabo la prueba biológica del ADN que se obtiene con muestras del padre, la madre y el hijo, por lo que, con el dictamen pericial se decidirá el proceso, lo que le lleva a decir a Eugenia Ariano Deho, *que quien decide es el laboratorio*; cfr. el planteamiento de Mejía Rosasco, Rosalía, *Hacia una nueva visión de la función notarial: el notario como garante del proyecto de vida de la persona*, Editorial Colegio de Notarios de Lima, Lima, 2016, pp. 170-173,



ha sido una constante desde su publicación que algunos jueces hayan aplicado el control difuso, revocando las sentencias de los Jueces de Paz letrado por haber declarado la paternidad extramatrimonial, en aplicación de la mencionada ley, pero no es suficiente, pues cabe la abstención, por parte de los jueces, en pronunciarse sobre la validez de la norma, y emitir sentencias de acuerdo a la mencionada ley, al considerar que no es inconstitucional, porque no se vulneran los derechos fundamentales sino que solamente los restringe para proteger el Interés Superior del Niño (ISN).

En el ámbito del Derecho comparado, el Tribunal Constitucional español en la sentencia 29/2005 de 14 de febrero, concedió amparo al demandante frente a una sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo, que declaraba la existencia de una filiación extramatrimonial en base a la negativa del demandado a someterse a la prueba de ADN, acordada por el Juzgado de primera instancia<sup>7</sup>. El Tribunal Constitucional, destaca Bercovitz, recordaba que la negativa no puede ser equiparada a una confesión de paternidad, *sino que debe valorarse conjuntamente con las demás pruebas practicadas. Lo que implica que si esas otras pruebas no permiten afirmar la existencia de relación alguna entre el demandado y la madre de la menor cuya filiación se reivindica –ni siquiera de amistad, como era el caso-, es lógico rechazar la pretensión de paternidad en cuestión, a pesar de esa negativa con respecto a la prueba biológica. Semejante doctrina pretende evitar que cualquier varón se vea obligado a someterse a pruebas biológicas desde el momento en que sea admitida a trámite una demanda de paternidad dirigida contra él, aunque la misma carezca de fundamento. De ahí que la sentencia del Tribunal Constitucional entendiéndose que la del Supremo objeto del*

---

en cuanto que mediante la prueba de ADN se ha eliminado cualquier tipo de incertidumbre respecto de la determinación del padre biológico y se ha destruido cualquier otra presunción legal; que al aceptarse la certeza de la determinación de la paternidad y *que el proceso judicial no exige valoración alguna de prueba de parte del juez*, plantea que se otorguen facultades a los Notarios como *formalizadores del reconocimiento de paternidad en los casos en que no exista oposición entre los sujetos involucrados y se presente consentimiento unánime de someterse a la prueba de determinación genética*, p. 173. Una alternativa que se ha ido proponiendo en otros estudios y en recientes Congresos nacionales e internacionales.

<sup>7</sup> Cfr. el comentario a la sentencia por, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “A vueltas con la investigación de la paternidad”, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil n° 5/2005, Ed. Aranzadi.



*recurso de amparo infringía el artículo 24 de la Constitución (el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva).*

El Juez Constitucional español se apoya en lo dispuesto en el artículo 127 del Código civil en cuanto que “admitida la demanda si con ella se ha presentado un principio de prueba de los hechos en que se funda, será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”. Por lo que, para evitar el peligro de desproporción a la hora de practicar las pruebas biológicas de paternidad, quedaría excluido cuando el demandante cumple con “su obligación inicial de aportar un principio de prueba acompañando al escrito de demanda, que fue el que permitió en su momento admitirla”. En este sentido, concuerdo con lo planteado por Cavani en que sería factible que se pueda ordenar la comparecencia de grado o fuerza del presunto padre para la toma de las muestras de ADN, protegiendo de esta manera el derecho a la identidad biológica del demandante. De esta manera, la investigación de la paternidad debe llevarnos a conseguir, en el caso que nos ocupa, la filiación extramatrimonial, que debe obedecer a la verdad biológica. En Colombia, mediante la Ley 721 del 24 de diciembre de 2001, la prueba de ADN es obligatoria, para dilucidar de manera clara, efectiva, eficiente y rápida los procesos sobre filiación<sup>8</sup>. En el mismo sentido, en la República Federal Alemana se permite la práctica forzosa en virtud del principio de sometimiento que obliga a las partes y a los terceros a soportar los exámenes susceptibles de conducir a la verdad biológica, en caso de repetidas negativas injustificadas (art. 372, ZPO, Código procesal civil). Siguen este mismo camino, las legislaciones de Dinamarca, Austria y algunos estados de los Estados Unidos, como California<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. Mojica Gómez, Liseth, “La prueba técnica de ADN en los procesos sobre filiación”, en Estudios Socio-Jurídicos, 5 (1): 250-265, enero-junio de 2003, Bogotá, Colombia. Destaca la autora que cuando no estuvo previsto por la ley la obligatoriedad de la prueba biológica de paternidad, “los procesos contra falsos padres eran abundantes, y en un número considerable de casos se condenaba a reconocer a inocentes que no habían sido progenitores de quienes se le imputaban como sus hijos (...); el recurso a la ciencia y a la medicina es fiable y permite sentencias justas y seguras, ya que si dos o más de los marcadores analizados no coinciden la exclusión es del 100% y la probabilidad es del 0%”.

<sup>9</sup> Cfr. Alcances de la negativa a someterse a la prueba de ADN como presunción de la paternidad, F.S.B c/G.G.D s/Filiación- Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 27/8/2008.



Asimismo, destaca Bercovitz que debiera especificarse con mayor claridad la protección que se debe dar en relación a las pruebas de ADN, distinguiendo entre las personas fallecidas frente a las personas vivas. Si bien éstas pueden ver vulnerados sus derechos, ya lo hemos mencionado líneas arriba, a la integridad física, al honor, a la imagen y en definitiva a su dignidad humana, las personas fallecidas merecen también un derecho al honor, a la intimidad y dignidad.

Para ir terminando, es de igual forma interesante la reciente sentencia del Tribunal Supremo español, del 17 de enero de 2017, acerca de un proceso de reclamación de paternidad iniciado por la madre de una menor<sup>10</sup>, que interpuso demanda solicitando que se dictase sentencia que declarase la filiación paterna del demandado, y que se practicara la prueba biológica con anterioridad a la vista del juicio para determinar la filiación. El demandado se opuso a la pretensión de la madre de la menor, y se negó a la práctica de la prueba de ADN. En ella se recoge la doctrina consolidada en diferentes sentencias, tanto del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional, entre las que destacamos por ser de interés, la STC 7/1994, de 17 de enero y 177/2007, en la primera de ellas, se sostiene que “en donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito desde la perspectiva de los art, 24.1, 14 y 39 de la CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación”. En la segunda Sentencia se afirma que “dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos (...), las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que se hayan debidamente

---

<sup>10</sup> Cfr. Pérez Conesa, Carmen, “Interés superior del menor y negativa a la prueba biológica en proceso de reclamación de paternidad. Voto particular. STS 17 de enero de 2017, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil n° 4/2017, Ed. Aranzadi.

acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso, conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a la realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión”.

En definitiva, lo importante y lo más favorable al Interés Superior del Niño es que la determinación de la filiación se haga cuanto antes, tanto por razones de seguridad jurídica como por el derecho que tiene a que se le fije una pensión alimentaria (art. 1 de la Ley 28457). Una tarea significativa la tiene el Grupo de trabajo, constituido el 17 de octubre de 2016, para revisar y proponer mejoras en el Código civil, *con la finalidad de dotarlo de nuevas instituciones que son exigidas por la sociedad, acogiendo los modelos jurídicos elaborados por la jurisprudencia, así como los aportes y sugerencias más relevantes de la moderna doctrina y de la legislación comparada, de acuerdo con nuestra realidad jurídica, en base a los valores jurídicos que le sirven de sustento.*

