



# EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL PROCESO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL REGULADO POR LA LEY N° 28457: ANÁLISIS Y COMENTARIO

*María Teresa Cornejo Fava\**

## SUMARIO:

1. Introducción • 2. Proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial 2.1. Generalidades 2.2. Procesos para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial 2.3. «Legítimo interés» 2.4. Expedición de mandato judicial 2.5. No oposición del emplazado al mandato judicial 2.6. «Notificación válida» 2.7. Oposición formulada por el emplazado: suspensión del mandato 2.8. Términos en que el emplazado deberá expresar su oposición 2.9. Prueba biológica del ADN 2.10. «Ofrecimiento» y «actuación» de prueba 2.11. Toma de muestras del emplazado, del hijo y de la madre 2.12. Cuestiones relativas a la «actuación» de la prueba 2.13. Pago del costo de la prueba y solicitud de auxilio judicial 2.14. Artículos 3 y 4 de la Ley N° 27048: «antecedente» del artículo 2 en análisis 2.15. Análisis de la normativa del auxilio judicial 2.16. Aplicación de dicha normativa al proceso dispuesto por la Ley N° 28457 2.17. ¿Cómo se hará efectivo el auxilio judicial solicitado para la prueba del ADN? 2.18. La prueba biológica del ADN: ¿mero gasto o medio probatorio? 2.19. Situación del artículo 3 de la Ley N° 27048: ¿vigencia o derogación? 2.20 Trámite de la solicitud de auxilio judicial: ¿suspensión del proceso principal? 2.21. Improcedencia de la oposición 2.22. Improcedencia de la solicitud 2.23. Oposición infundada 2.24. Oposición fundada 2.25. Apelación • 3. Modificación del numeral 6 del artículo 402 del Código Civil 3.1. Promulgación de la Ley N° 27048 3.2. Antecedentes de esta ley 3.3. Texto original del numeral 6 del artículo 402 3.4. Texto final del artículo 4 3.5. Modificación del numeral 6 del artículo 402 por la Ley 28457 3.6. Texto vigente del numeral 6 del artículo 402 • 4. El bien jurídico protegido 4.1. Derechos de acción y de contradicción 4.2. Debate del proyecto de ley en el Congreso 4.3. Derecho al nombre • 5. Mayor celeridad del proceso

## 1. INTRODUCCIÓN

En su artículo 402, el Código Civil norma la figura de la declaración judicial de la paternidad que, conjuntamente con el reconocimiento, constituye medio de prueba de la filiación extramatrimonial, de acuerdo con su artículo 387.

Esta norma, que originalmente consagró cinco situaciones en las que es posible obtener la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial en el correspondiente proceso, fue modificada por la Ley N° 27048, dada el 31 de diciembre de 1998 y publicada el 6 de enero de 1999, al adicionarle un sexto numeral cuyo contenido debe ser anali-

zado considerando que el mismo consta de tres párrafos y que los dos primeros son de aplicación a la situación consagrada en este numeral en tanto que el último resulta aplicable respecto de la norma en su totalidad.

Así, pues, dicho numeral 6 posibilita que la paternidad extramatrimo-

---

\* María Teresa Cornejo Fava, egresada de la Maestría en Derecho Civil y Comercial en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesora en los cursos de Derecho de Familia y Sucesiones en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad de Lima, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Piura.

nial sea, asimismo, judicialmente declarada «[...] 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 [...]».

Dispone, además, que «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».

En su segundo párrafo, este inciso declara que lo dispuesto en el mismo no es de aplicación respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El párrafo final del artículo 402, añadido por la Ley N° 27048, dispone que el juez desestimarás las presunciones de los incisos 1 a 5 precedentes, cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

## 2. PROCESO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

### 2.1. Generalidades

El sábado 8 de enero del año en curso se ha publicado la Ley N°

28457, cuyas normas consagran el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

En su Sesión Matinal 27, de fecha 14 de diciembre de 2004, correspondiente a la Primera Legislatura Ordinaria de 2004, el Congreso de la República aprobó -luego de darle lectura- el «Nuevo texto sustitutorio sobre la ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial» (punto 36 de su Agenda).<sup>1</sup>

En sus cinco artículos, la ley en comentario establece el proceso a seguir para la obtención de una declaración de paternidad, en tanto que en sus dos Disposiciones Complementarias, modifica tanto el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, relativo a una de las situaciones en que procede la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, derogando su tercer párrafo, como los artículos 53 y 57 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, referidos a la competencia de los Juzgados de Familia y de Paz Letrados, aspecto este último del que no nos ocuparemos en estas líneas.

Es pertinente resaltar, como primera idea, que el texto publicado en el Diario Oficial adolece de error, toda vez que en su título se dice «Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial», siendo que la expresión que corresponde debe indicar que se trata de la «Ley que regula el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial».

Hablar de «filiación judicial» conduciría a considerar la existencia de tres clases de filiación: matrimonial, extramatrimonial y judicial. Son dos las clases de filiación contempladas por la normativa: matrimonial y extramatrimonial. El modo de determinación de esta última puede ser voluntario, mediante el reconocimiento, o judicial.

Más aún, la norma debiera denominarse «Ley que regula el proceso de declaración judicial de filiación extramatrimonial» para establecer una suerte de armonía con la normativa sustancial y procesal en la materia.<sup>2</sup>

Efectivamente, el Capítulo Segundo del Título II de la Sección Tercera del Libro de Familia del Código, en el que se ubica el artículo 402, lleva como denominación «Declaración judicial de filiación extramatrimonial».

Sin embargo, el epígrafe de dicho artículo 402 alude a la «Declaración judicial de paternidad extramatrimonial» en tanto que su enunciado dice como sigue: «La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada [...]».

Quizá es por ello que la norma del artículo 1 de esta ley dice literalmente: «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».

<sup>1</sup> Texto Borrador del Debate en la Sesión Matinal 27, de fecha 14 de diciembre de 2004, correspondiente a la Primera Legislatura Ordinaria de 2004: aprobación por 88 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención.

<sup>2</sup> Revisando el Diario de los Debates, se advierte que el señor Congresista Marcial Ayaipoma Alvarado indicó que «El dictamen se dice llamar 'Ley que Regula el Proceso de Filiación de Paternidad Extramatrimonial' y, sosteniendo que 'éste es un proceso de declaración judicial de filiación extramatrimonial', sugirió que 'debería de cambiarse el propio título' e 'indicar que es un proceso de declaración judicial de filiación extramatrimonial'».

De otro lado, la disposición contenida en el artículo 1 en comentario, omite precisar la naturaleza de la paternidad cuya declaración se pretende obtener. Es evidente que se trata de la declaración de una paternidad referida a la filiación extramatrimonial, tanto porque así lo señala su título como, especialmente, porque la declaración judicial es privativa de ella, dado que la filiación matrimonial está amparada por la presunción «*pater is est...*» y no requiere, por tanto, de declaración judicial alguna.

## 2.2. Procesos para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

La Ley N° 28457 ha mantenido en vigencia el artículo 402 del Código Civil, con la sola modificación parcial de su numeral 6, consistente en la derogación de la parte final de su primer párrafo.

Este hecho conduce a pensar que, a partir del 9 de enero de 2005, la declaración judicial de paternidad extramatrimonial puede ser solicitada: (1) por el hijo –y durante su minoría por su madre (aunque ella misma sea menor de edad)– o por el tutor o curador de aquel (con autorización del Consejo de Familia), invocando y demostrando alguna de las situaciones contempladas, con este propósito, en los seis numerales del artículo 402 citado y con aplicación de las normas previstas en los artículos 404 y siguientes del mismo cuerpo de leyes: así lo dispone la primera parte del artículo 407, (2) por «*Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad [...]*», al amparo del proceso normado por la Ley N° 28457.

En efecto, al no haber dispuesto la

propia Ley N° 28457 que el proceso establecido en ella sustituye o deja sin efecto la acción a que se refieren los artículos 402 y demás pertinentes del Código Civil y al no haber ella derogado el artículo 402 sino, por el contrario, «confirmado» su vigencia, si cabe el término –toda vez que únicamente es materia de derogación la segunda parte del primer párrafo de su numeral 6– existen dos vías para demandar y obtener la declaración judicial de paternidad extramatrimonial:

(1) Aquélla que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 407 del Código Civil, sólo puede intentar el hijo –por sí mismo o representado por su madre– o, en su caso, el tutor y el curador de dicho hijo con autorización del consejo de familia, invocando cualquiera de las seis situaciones previstas en dicho artículo 402 y acreditando los hechos que las configuran con las pruebas que admite la normativa procesal;

(2) Aquélla que, en virtud de la Ley N° 28457 en comentario, puede intentar todo aquél que tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad, limitándose a pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada, sin acreditar situación alguna y sin ofrecer prueba de su pretensión, toda vez que la única admisible en este proceso es la prueba biológica del ADN «ofrecida» por el varón emplazado como único sustento de la oposición que él formule para evitar que, de momento y en tanto ella se realiza, se convierta en declaración judicial de paternidad el mandato judicial contenido en la resolución que expidió dicho Juez de Paz Letrado, respecto de la solicitud de declaración de tal filiación.

Siendo ésta la situación creada por la norma en análisis; es decir, coexistiendo el artículo 402 del Código Civil y la Ley N° 28457, estamos ante el absurdo de que la obtención de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial es considerablemente más compleja para quien ostenta el más legítimo interés que pueda darse; esto es, para el hijo que demanda tal declaración por sí mismo o representado por su madre, o mediante su tutor o su curador; y absolutamente sencilla y expeditiva para toda otra persona que pretenda lo mismo esgrimiendo tan sólo «[...] *legítimo interés en obtener una declaración de paternidad [...]*», interés que ni siquiera debe demostrar.

Surgen aquí dos interrogantes:

«a» La primera de ellas: Si en ambos procesos fueran susceptibles de invocarse cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 402 citado ¿cuál sería, con independencia de su aspecto «formal de simplificación y celeridad», la diferencia entre uno y otro proceso? o, dicho de otro modo, ¿cuándo o quienes aplicarían el proceso previsto en los artículos 404 y siguientes?, ¿cuándo o quiénes elegirían el camino más difícil para conseguir su propósito, previsto en dichas normas del Código Civil, siendo que existe un proceso sencillo y expeditivo para su obtención?;

«b» La segunda: En el proceso normado por la ley que se comenta, ¿debe «*quien tenga legítimo interés [...]*» invocar y acreditar algún supuesto de la norma sustantiva del artículo 402 antedicha o es suficiente que formule solicitud ante Juez de Paz Letrado para la expedición de resolución declarativa de la filiación demandada?

Daremos atención a la segunda cuestión planteada. Su absolución permitirá dar adecuada respuesta a la primera.

De la lectura de los artículos 1 y 2 de la ley en análisis, se advierte que tal solicitud origina mandato judicial; que éste se convierte en declaración judicial de paternidad si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente; que esta oposición suspende el mandato si aquél se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes a la oposición que hubiera formulado; y que, finalmente, dicha oposición se declara improcedente, convirtiéndose tal mandato en declaración judicial de paternidad en virtud del transcurso de diez días de vencido el plazo sin que el oponente haya cumplido con la realización de la prueba del ADN, por causa injustificada.

*Contrario sensu*, dicho mandato no se convertirá en declaración judicial de paternidad, si el oponente cumple con la realización de la prueba del ADN, produciendo ella resultado negativo, o si ella no se hace efectiva por causa atribuible al demandante que no hace posible su realización por uno de los medios previstos en el artículo 2 de la ley analizada.

De otro lado, debe considerarse que esta ley no dispone que quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad deba solicitarla invocando alguna de las situaciones previstas por el artículo 402 del Código Civil.

Así, pues, es suficiente que «*quien tenga legítimo interés [...]*» formule solicitud ante Juez de Paz Letrado

para la expedición de resolución declarativa de la filiación demandada, sin invocar ni acreditar algún supuesto de la norma sustantiva antedicha.

Si bien ello es así, no es menos cierto que el articulado de la misma Ley permite estimar «[...] *el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo [...]*» como sustento implícito de tal solicitud y de la subsecuente declaración judicial de paternidad en la hipótesis de resultado positivo de la prueba biológica del ADN, con cuya realización y al amparo de sus artículos 1, parte final, y 2, el varón emplazado pretendió fundamentar su oposición al mandato judicial recaído en aquella solicitud.

Esta situación –además– ha sido prevista en el numeral 6 del artículo 402 citado, como una causa más en cuya virtud puede obtenerse una declaración de paternidad extramatrimonial o, si se quiere, de filiación extramatrimonial.

La diferencia entre ambas acciones reside en que, en esta última, es la parte demandante (que será únicamente el hijo, por sí o debidamente representado por su madre, su tutor o su curador) la que debe acreditar su pretensión, sustentándola en la prueba del ADN o en otras pruebas genéticas o científicas, con igual o mayor grado de certeza, dirigidas a demostrar dicho vínculo parental.

En el mismo orden de ideas, es necesario indicar que, por el contrario, en el proceso que consagra la ley comentada, corresponde al varón emplazado «destruir» la pretensión de la parte demandante mediante la formulación de oposición válida que deberá sustentarse

únicamente en la prueba biológica del ADN, dirigida a demostrar la inexistencia de dicho vínculo parental. No son admisibles las otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza a que alude el numeral 6 de dicho artículo. Ello resulta del tenor del artículo 2 de esta ley.

Asimismo, no procede ya la evaluación por el Juez, ni de la negativa del demandado a someterse a dicha prueba (luego de la debida notificación bajo apercibimiento por segunda vez), ni de las pruebas presentadas, ni de la conducta procesal del demandado así como tampoco, ante dicha negativa, la declaración de la paternidad o de la condición del hijo como alimentista, con los derechos contemplados en el artículo 415 de la norma sustantiva.

En efecto, la Primera Disposición Complementaria de la ley bajo análisis, ha modificado el numeral 6 de dicho artículo 402, derogando la segunda parte del primer párrafo del mismo que así lo disponía.

Así, pues, en el proceso aprobado por esta ley, la prueba biológica del ADN ostenta una triple y, por decirlo de algún modo, peculiar condición, constituyendo:

- Conjuntamente con la oposición del emplazado al mandato judicial recaído en la solicitud que le da origen, «*condición indispensable*» para la suspensión de dicho mandato y –si produjera resultado negativo– para declarar fundada tal oposición;
- «*Medio de prueba*» que permite, según sea su resultado, declarar fundada o infundada la oposición del emplazado (y, consecuentemente, amparar o

desestimar la pretensión del demandante, orientada a la obtención de la declaración de paternidad pedida al Juez de Paz Letrado para la expedición de resolución declaratoria de la filiación demandada).

Sin perjuicio del interés «legítimo» del demandante, es al emplazado a quien conviene de modo particular la realización de esta prueba.

Ella constituye el «medio probatorio» cuyo ofrecimiento y compromiso de realización posibilitan –en un primer momento y conjuntamente con la oposición formulada– tanto la suspensión del mandato judicial como la postergación de su conversión en declaración judicial de paternidad y cuyo resultado negativo determinará en definitiva el desenlace lógico y necesario, es decir que la oposición se declare fundada, que se desestime la solicitud de declaración de paternidad presentada por el demandante y que se condene a éste a las costas y costos del proceso. No obstante, la propia ley dispone, de modo expreso, que es al demandante a quien corresponde «hacer viable» la realización de este «medio probatorio», como se verá más adelante.

«Causa» en virtud de la que podrá darse, al amparo del proceso dispuesto por la Ley N° 28457, la declaración judicial de paternidad extramatrimonial solicitada por «*quien tenga legítimo interés [...]*» en su obtención. Ella queda supeditada, claro está, al resultado positivo arrojado por dicha prueba biológica, determinando que la oposición del emplazado sea declarada infundada, que el mandato se convierta en tal declaración y

que, finalmente, el emplazado sea condenado a las costas y costos del proceso.

A modo de corolario y dando solución a la primera interrogante planteada líneas atrás, es pertinente señalar –pues– que el tenor del artículo 2 de esta ley permite distinguir entre: (1) la acción de declaración de paternidad extramatrimonial que, de conformidad con el artículo 407 del Código Civil, corresponde sólo al hijo; a la madre, aunque sea menor de edad, en nombre de aquél, durante su minoría; y, en su caso, al tutor y al curador, con autorización del consejo de familia; y, (2) la acción de declaración de paternidad extramatrimonial que puede iniciar «*quien tenga legítimo interés [...]*».

En este mismo orden de ideas, cabe destacar la multiplicidad de «causas» cuya invocación admite el Código cuando se trata de la primera acción referida en el párrafo precedente; es decir, de la iniciada por el hijo, por sí mismo o representado con arreglo a la norma sustantiva aplicable. En efecto, las seis situaciones contempladas por el artículo 402 harán posible la interposición de la acción a que se contrae el artículo 407 citado y, asimismo, servirán de sustento a la declaración de paternidad que se pretende obtener.

A diferencia de ello, no requiere de «causa» alguna para que una persona con «legítimo interés» en obtener declaración de paternidad (que, obviamente, puede ser también el propio hijo, por sí mismo o debidamente representado) invoque, mediante solicitud formulada ante Juez de Paz Letrado, el proceso de resolución declaratoria de la

filiación demandada a que se contrae la ley en comentario.

Ello, sin perjuicio de considerar que –como ya se ha expresado– constituiría sustento «implícito» de tal solicitud y de la consiguiente declaración judicial de paternidad, el hecho de haber quedado acreditado «*[...] el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo [...]*», únicamente, con el resultado positivo de la prueba del ADN con cuya realización el varón emplazado pretendió fundamentar su oposición al mandato judicial recaído en aquélla, como se deduce del tenor de los artículos 2 y 4 de esta ley, con la especial circunstancia ya indicada del «traslado» de la carga probatoria al emplazado.

Tal vez pueda encontrarse el sustento de esta diferencia, y de la limitación resultante de ella, en un doble hecho:

(a) La ley ha querido brindar al hijo –tanto cuando acciona por sí mismo, como cuando lo hace representado por su madre, su tutor o su curador– una triple posibilidad de demandar la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, a fin de obtener la filiación que pretende: «a» invocando las cinco situaciones originalmente previstas en el artículo 402, ya citado, en el proceso a que se contraen los artículos 407 y demás pertinentes; «b» recurriendo a la situación prevista por el sexto numeral de la misma norma, adicionado a ella por la Ley N° 27048; es decir, acreditando el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN o de otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza; «c» haciendo uso del proceso previsto por la Ley N° 28457 en análisis.

Así, cuando quien acciona es persona distinta, alegando «legítimo interés», el sustento de su acción se limita a esta última situación, otorgándosele un derecho de acción restringido, precisamente por tratarse de persona distinta –y aún del todo ajena– de aquélla que ostenta el interés más legítimo que pueda invocarse.

(b) De otro lado, reconocer a dicha persona distinta del hijo igual multiplicidad de «causas» y amplitud en la investigación dirigida a acreditar alguna de ellas para la obtención de tal declaración judicial significaría la invasión de la esfera privada de la vida del hijo (y de su madre) y la violación del derecho fundamental de toda persona a la intimidad personal y familiar, consagrado en el numeral 7 del artículo 2 de la Constitución vigente.

No ocurre lo mismo, al menos no en igual grado, cuando se posibilita la invocación, por tal persona distinta, de la situación prevista en la Ley Nº 28457 en que la prueba –amén de ser ofrecida por el varón emplazado– es una de carácter objetivo, si cabe tal calificación: la prueba biológica del ADN. Aquí no será necesaria la determinación de las circunstancias y de los hechos de la vida privada del hijo (y de su madre) a que aluden las situaciones descritas en los cinco primeros incisos del artículo 402, lo que si ocurre en la situación contraria.

### 2.3. «Legítimo interés»

En virtud del artículo 1 de la Ley Nº 28457 en comentario, la acción dirigida a la obtención de una declaración judicial de paternidad extramatrimonial puede ser iniciada por quien tenga legítimo interés en ello, solicitando a un Juez de Paz

Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

Según se advierte de su Primera Disposición Complementaria, la Ley Nº 28457 sólo introduce, de modo expreso, cambio en el numeral 6 del artículo 402 del Código Civil.

Podría, pues, decirse que este artículo 1 constituye modificación tácita del artículo 407 del texto sustantivo, al reconocer a quien tenga «legítimo interés» capacidad para ser parte material en la acción dirigida a la declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

En efecto, como quiera que este artículo 407 dispone que esta acción corresponde sólo al hijo y, durante la minoría de éste, a la madre (aunque ella misma sea menor de edad) o al tutor o curador del hijo, con autorización del consejo de familia, en virtud de dicho artículo 1, la capacidad para ser parte material se ha extendido en su ámbito para comprender, ya no solamente a estas personas sino, genéricamente, a todo aquél que tenga legítimo interés.

Sin embargo, como ya se ha indicado, se trata de tres hipótesis distintas:

- Para efectos de las situaciones previstas en los cinco primeros numerales del artículo 402, la posición demandante corresponde sólo al hijo, por sí mismo o debidamente representado, si es menor o incapaz. Asimismo, le corresponde acreditar los hechos que configuran tales situaciones.
- Para efectos de la situación prevista en su numeral 6, aquí también la posición demandante recae en el hijo, por sí mismo o

debidamente representado, si es menor o incapaz, correspondiéndole la carga de la prueba relativa a la existencia de vínculo parental entre el presunto padre y el hijo, como causa determinante de tal declaración, pudiendo ella consistir en la prueba del ADN o en otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

- Tratándose del caso regulado por el artículo 1 de la Ley Nº 28457, la posición demandante corresponde a quien invoque tal «legítimo interés». No recae en él la obligación de acreditar situación alguna de las previstas en el artículo 402, como causa de esta declaración. Aquí se traslada la carga de la prueba al demandado o emplazado, dado que es él quien deberá «destruir» la pretensión de la parte demandante, mediante la formulación de oposición válida que deberá sustentarse únicamente en la prueba biológica del ADN. No son admisibles las otras pruebas genéticas o científicas, con igual o mayor grado de certeza a que alude el numeral 6 de dicho artículo. Ello resulta del tenor del artículo 2 de esta ley.

Obviamente, la calificación de persona que tiene «legítimo interés» no comprende al varón presunto padre que tiene expedido el reconocimiento voluntario del hijo y que, por el contrario, en el proceso a que se contrae la norma en análisis, ostentará la legitimación pasiva como emplazado.

Sí ampara ella al hijo que –como ya se ha dicho– puede hacer uso del proceso previsto por la ley materia de este análisis, sin perjuicio de ser titular

de acción propia y exclusiva que, en ejercicio del artículo 407 y demás pertinentes del Código, le brinda una más extensa gama de situaciones para la obtención de tal resultado, en virtud de los numerales 1 a 6 del artículo 402 del mismo texto sustantivo.

La fórmula del artículo 1 nos remite al artículo VI del Título Preliminar del Código en cuya virtud, para ejercitar o contestar una acción, es necesario tener legítimo interés económico o moral.

Como quiera que, según la misma disposición, el interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, debe entenderse que, si quien lo invoca es persona ajena a ellos, el «legítimo interés» a que se contrae el artículo 1 de la ley comentada, es únicamente el económico. El moral queda reservado para aquella persona que, invocando tal legítimo interés, demande siendo el propio hijo, la madre, algún miembro de su familia o el tutor o curador del hijo (en este caso, con autorización del consejo de familia). En estas últimas situaciones podrán, pues, invocarse ambos intereses; es decir, tanto el moral como el económico.

Sin embargo, la norma en comentario no ha contemplado la situación del hijo y de su madre en la hipótesis de que, según ella lo permita, persona ajena a ellos inicie proceso para la obtención de la declaración de paternidad, respecto de dicho hijo, invocando tener «legítimo interés» en ella.

En efecto, dichas personas no tienen participación alguna en este

proceso, salvedad hecha de la hipótesis de oposición válida formulada por el varón emplazado en que la prueba biológica del ADN será realizada con muestras del oponente (a quien la ley denomina «padre») de la madre y del hijo.

Así, pues, si el varón emplazado no tiene conocimiento oportuno de la acción, si no formula oposición o si no se obliga a realizarse tal prueba biológica, el hijo y su madre no son «parte» en ella, no obstante el interés más legítimo que ostentan.

Aún cuando se dé la intervención de este varón emplazado en la forma prevista por la ley, ella se refiere al hijo y a su madre únicamente como personas obligadas a proporcionar las muestras requeridas a efectos de la realización del ADN. No les es conferida ni siquiera la posibilidad de «oponerse» a la toma de tales muestras.

De otro lado, ¿qué ocurriría si el «legítimo interés» de dicha persona ajena fuera contrario al interés más legítimo aún de este hijo y, eventualmente, de su madre? ¿Y si este hijo y su madre hubieran decidido –por razones que atañen únicamente a ellos– no intentar tal acción? ¿Cuál sería la situación si, desconocedora del estado civil de la madre o, peor aún, prescindiendo del mismo, esta persona con «legítimo interés» solicitara que se declare la paternidad de otro varón respecto del hijo de aquella, siendo así que la madre es casada y lo era ya cuando nació este hijo, contraviendo así la norma del artículo 361 del Código?

En el supuesto de que esta persona con «legítimo interés» obtuviera éxito en su acción, no solamente el emplazado resultará siendo padre,

incluso sin haber participado en el proceso, sino que –como quiera que el hijo no es parte en el mismo– habrá este último adquirido un padre legal quizá sin saberlo y, lo que puede ser más grave, sin haberlo buscado o aun contra su voluntad. Esta consecuencia implica una violación más severa aún del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar antes aludido. En esta situación, ¿resultaría el derecho de una persona a su identidad convertido en una obligación para ella misma?

Más aún. Podría darse una situación en que, no obstante no ser padre biológico de dicho «hijo», resulte el varón emplazado «padre legal» del mismo en razón de no haber sido notificado válidamente; de no haber formulado oposición; o de no haberse obligado a realizarse la prueba biológica del ADN, según dispone la ley en análisis.

Aquí el «hijo» resultaría ser «titular del derecho y del deber de llevar un nombre que no le corresponde» toda vez que persona ajena con «legítimo interés» obtuvo éxito en la acción que iniciara al amparo de la ley en comentario y logró la declaración de paternidad «a favor suyo» (del «hijo») y respecto de un varón que no es el padre biológico del mismo. Y todo ello en virtud de constituir la normativa comentada un instrumento consagradorio del «[...] mecanismo muy importante y corto [...]» a que hizo referencia el congresista Santa María Calderón en el debate realizado en la Sesión Vespertina 18-B del Congreso de la República de fecha 4 de noviembre de 2004.

Como se verá más adelante, el artículo 19 del Código Civil consagra el derecho y el deber de llevar un

nombre. Es necesario precisar que este derecho-deber se refiere al nombre que corresponde a la persona de que se trata.

Precisamente por todo ello es que el artículo 407 del Código estableció que «*La acción corresponde sólo al hijo [...]»*; que «*Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste»*; que «*El tutor y el curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia»*; y que «*La acción no pasa a los herederos del hijo [...]»*, sin perjuicio de que ellos puedan continuar la acción ya iniciada por este hijo.

Si se atiende a que la normativa civil concede ya legitimación activa al hijo por sí mismo y, en su representación, a la madre y a que –de otro lado– el artículo VI del Título Preliminar del Código contempla la posibilidad del ejercicio de acción por quien tenga legítimo interés económico o moral, referido este último directamente al agente o a su familia, ocurre que el artículo 1 de la ley comentada, está propiciando que, a partir de su vigencia y mediante un proceso de las características del aprobado, una persona «ajena» al hijo, a la madre, al tutor y/o al curador pueda solicitar –y obtener– una declaración de paternidad a favor de otra, sustentando su acción en un mero interés económico.

En otras palabras, si la normativa anterior a la ley en análisis concede legitimación activa únicamente al hijo (por sí mismo o representado por su madre) así como a su tutor o curador (con autorización del consejo de familia), salvaguardando su derecho a tener un padre según la ley o, en todo caso, su derecho

de no intentar tal acción por razones estrictamente personales, cabe plantear las siguientes interrogantes: ¿puede el «legítimo interés» de persona «ajena» primar sobre el legítimo interés del propio hijo? ¿cuál es el bien jurídico que la Ley N° 28457 busca proteger?

Sin perjuicio de lo expuesto, ¿cabría pensar que el artículo 1 de esta ley ha introducido una suerte de «modificación tácita» en el artículo VI del Título Preliminar en el sentido de que, en el proceso aprobado por ella, el «legítimo interés» de esta persona «ajena» puede ser también uno de índole moral, no obstante la restricción expresa dispuesta por esta última norma respecto de tal interés?

Si la Ley N° 28457 buscara la protección del bien jurídico referido exclusivamente al hijo, a quien se pretende «dotar» de padre, podría quizá admitirse esta posibilidad, no así en hipótesis distinta.

#### 2.4. Expedición de mandato judicial

Presentada la demanda, el juez que conoce de ella expedirá mandato judicial, relativo al pedido formulado para la expedición de la resolución declaratoria de la filiación demandada.

Aunque no se dice de modo expreso, este mandato deberá tener un contenido y un tenor literal de tal naturaleza que posibilite el efecto, hasta cierto punto «automático», determinado por la no oposición del emplazado a que se refiere el segundo párrafo del artículo 1: su conversión en declaración judicial de paternidad. Deberá tratarse de un mandato declaratorio de la filiación demandada, sujeto a «condición suspensiva».

#### 2.5. No oposición del emplazado al mandato judicial

En efecto, si –dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente– el emplazado no formula oposición al mandato judicial recaído respecto de la demanda, se producirá su conversión en declaración judicial de paternidad.

Resulta pertinente precisar la cuestión relativa a la «validez» de la notificación efectuada al emplazado.

Es tal la trascendencia del mandato judicial susceptible de «convertirse» en declaración judicial de paternidad –primer acto del juez en este proceso– que la propia norma supeedita este efecto al hecho de la no oposición del emplazado dentro de un plazo cuyo cómputo se inicia desde su «notificación válida».

#### 2.6. «Notificación válida»

El artículo 155 del Código Procesal Civil dispone, en su segunda parte, que «*Las resoluciones judiciales sólo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código, salvo los casos expresamente exceptuados*». Así, pues, un primer elemento de la «validez» de la notificación consiste en que ella haya sido «hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código».

Asimismo, en virtud de lo dispuesto en sus artículos 157 y 158, parte final, «*La notificación de todas las resoluciones judiciales, en todas las instancias [...] se realiza por cédula*», efectuándose la entrega de una copia de ella «*[...] en el domicilio real o legal, o el procesal señalado en autos*».

En igual sentido, el artículo 431 del Código Procesal Civil dispone que «El emplazamiento del demandado se hará por medio de cédula que se le entregará en su domicilio real, si allí se encontrara».

Es evidente que, en el proceso cuya normativa es objeto de análisis en estas líneas, la notificación del mandato judicial aludida en el segundo párrafo del artículo 1 deberá efectuarse en el domicilio real del emplazado en razón que –tratándose de la primera resolución recaída en aquél– no existe aún domicilio procesal señalado en autos. Así, el segundo elemento de la «validez» de la notificación consiste en que ella haya sido «hecha en el domicilio real» del emplazado.

Es pertinente tener en consideración, además, el artículo 14 del mismo cuerpo de leyes que fija las reglas generales de la competencia. En virtud de este dispositivo, corresponde la competencia al juez del lugar del domicilio del demandado si éste es persona natural, salvo disposición legal en contrario.

En el proceso *sub comento* será competente el Juez de Paz Letrado del lugar del domicilio del demandado en razón de no existir «disposición legal en contrario»: su artículo 1 se limita a prescribir 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 [...]».

Ahora bien, de acuerdo con la norma de los artículos 33 y 41 del Código Civil el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar; de no tenerla, se le considera domiciliada en el lugar

donde se encuentre. Según el caso, uno de ellos es el domicilio real del emplazado. Corresponde a quien solicita la declaración judicial de paternidad extramatrimonial señalar este domicilio real.

Dada la trascendencia, en este proceso, de la resolución de cuya notificación válida se trata, surge como cuestión pertinente la necesidad de establecer dicho domicilio real con certeza, en forma indubitable.

Si bien la normativa procesal exige únicamente que la demanda contenga, entre otros datos, la dirección domiciliaria del demandado, sin que deba presentarse como anexo prueba alguna de ella, tal certeza se lograría con la presentación, por el demandante, de un principio de prueba del domicilio real del emplazado, que podría consistir en la certificación emitida por el RENIEC.

Sin embargo, la norma nada dice sobre el particular. Siendo así, el solo dicho del demandante respecto del domicilio del emplazado, lo que posibilitará o imposibilitará que éste formule oposición al mandato judicial recaído respecto de la demanda.

Efectivamente, el hecho de que el «domicilio» indicado por el demandante no constituya –valga la redundancia– domicilio real del emplazado y de que, consecuentemente, éste no tome conocimiento del proceso incoado, hará imposible la formulación de oposición, acto de cuya realización depende la no declaración judicial de paternidad solicitada.

En este orden de ideas, cabe resaltar que el artículo 1 de la ley comentada dispone expresamente la conversión del mandato en declara-

ción judicial de paternidad «[...] si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente». Contrario sensu, dicha oposición hace inoperante tal conversión.

Se ha dicho en párrafos precedentes que son dos los elementos de la «validez» de la notificación: haber sido hecha (a) «con arreglo a lo dispuesto» en el Código Procesal Civil; y, (b) «en el domicilio real» del emplazado.

Surgen, así, dos interrogantes: ¿quién determina si el emplazado ha sido notificado válidamente?; ¿en base a qué elementos se efectuará tal determinación? Obviamente, corresponderá al juez que conoce del proceso la verificación de si se ha dado tal notificación válida, debiendo para ello constatar que ha sido hecha con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil.

La dificultad se presenta respecto de la determinación de si ella ha sido hecha al emplazado en su domicilio real o –más precisamente– si el domicilio indicado por el demandante es el domicilio real de aquél, en razón de que únicamente se cuenta con la información proporcionada por la persona que, invocando legítimo interés, ha iniciado el proceso.

Hubiera sido pertinente que el legislador dispusiera –como exigencia para el demandante– la determinación indubitable del domicilio real del emplazado, mediante el ofrecimiento de un principio de prueba del mismo o –en defecto de ello– la publicación de un extracto de la demanda por tres veces, con intervalo de tres días, en la forma prevista en los artículos 167 y 168 de la norma procesal.

Es más. Por la misma razón antes expresada, convendría tal vez haber dispuesto tal publicación, aunque se «conozca» el domicilio del emplazado, como ordena la norma procesal para algún otro proceso.

### 2.7. Oposición formulada por el emplazado: suspensión del mandato

Ahora bien, la oposición formulada por el emplazado dentro de los diez días siguientes al acto de notificación válida, no es suficiente para producir la suspensión del mandato judicial recaído respecto de la demanda.

Se suspenderá el mandato en cuestión únicamente si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes a la oposición que hubiere formulado.

Es necesario precisar que del tenor del artículo 2 de la ley en comentario, se deduce con claridad que el emplazado debe asumir la obligación de realización de tal prueba en el mismo acto en que formula su oposición y que la realización de la prueba en cuestión debe tener lugar dentro de los diez días siguientes a dicha formulación.

Son, pues, solamente dos los plazos de diez días que otorga la ley en análisis: el primero, establecido en el artículo 1, para formular oposición y asumir el emplazado la obligación de someterse a tal prueba; el segundo, dispuesto en el artículo 2, para la realización de esta última. Así, pues, el cómputo de este segundo plazo se inicia a continuación del primero. Claro está que, en definitiva, la realización de la prueba depende del abono por el demandante de su costo al momento de la toma de muestras.

La obligación del emplazado se entenderá cumplida con su presencia en el acto de toma de muestras, aunque ella no llegue a producirse en razón de no haber el demandante efectuado el abono de su costo. El efecto de suspensión del mandato se produce por el solo hecho de asumir el emplazado tal obligación.

### 2.8. Términos en que el emplazado deberá expresar su oposición

Surge interrogante concerniente a los términos en que el emplazado deberá expresar tal oposición.

En primer lugar y en principio, podría decirse que la demanda de declaración judicial de paternidad extramatrimonial –interpuesta por persona que, aduciendo legítimo interés, se acoja al proceso establecido por la ley *sub comentario*– debiera invocar como sustento de la cuestión de fondo pretendida, alguno de los supuestos previstos en el artículo 402 del Código Civil como aquéllos en que tal paternidad puede ser judicialmente declarada.

En efecto, la ley que se comenta constituye disposición de carácter procesal que deja subsistente e intacta la referida norma sustancial, con la sola excepción de su numeral 6, que ha sufrido modificación expresa dispuesta por su Primera Disposición Complementaria, consistente en la supresión de la parte final de su primer párrafo, relativo a los efectos de la negativa al sometimiento de las pruebas del ADN o de otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Ahora bien, como ello implicaría admitir la duplicidad de procesos para

un mismo propósito, cabe reiterar aquí la distinción de que el tenor del artículo 2 de la Ley N° 28457, permite entre la acción de declaración de paternidad extramatrimonial –con invocación de cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 402 del Código Civil– que corresponde sólo al hijo, por sí mismo o representado por su madre o por su tutor o curador, de conformidad con el artículo 407 del mismo Código, y la acción de declaración de paternidad extramatrimonial que puede iniciar, al amparo del proceso dispuesto por esta ley, «quien tenga legítimo interés».

Aquí la acción encuentra implícito sustento en «[...] *el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo* [...]» acreditado a través de la prueba del ADN, causa a que se contrae el numeral 6 del artículo 402 del Código sustantivo modificado por la Primera Disposición Complementaria de la ley bajo análisis. El demandante no está obligado a invocar sustento alguno de su pretensión.

Por su parte, el emplazado deberá formular oposición al mandato judicial recaído en la demanda, dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente con ella.

Este emplazado podría expresar las circunstancias de hecho que, sirviendo de sustento a su oposición, determinen la imposibilidad de la paternidad que pretende atribuírsele (las que, de otro lado, no podría tal vez acreditar dada la imposibilidad de la prueba negativa). La ley no posibilita este modo de defensa.

A efectos de que su oposición suspenda el mandato judicial relativo al pedido de expedición de la reso-

lución declaratoria de la filiación demandada, el emplazado deberá obligarse «[...] a realizarse la prueba del ADN, dentro de los diez días siguientes». Éste es el único medio de defensa, la única prueba, que la ley permite a este emplazado.

Pero, de otro lado y como ya se ha dicho, basta que el emplazado se obligue a tal realización, aunque ella no se haga efectiva por razones que no dependen de él.

### 2.9. Prueba biológica del ADN

En armonía con lo dispuesto por el artículo 413 del Código sustantivo, las acciones amparadas en los seis numerales de su artículo 402, pueden sustentarse en cualquiera de las pruebas enunciadas en aquél; esto es, en las pruebas «[...] biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza» cuya admisibilidad dispone expresamente.

Por el contrario, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley N° 28457, los procesos sobre declaración de paternidad extramatrimonial, se contraen únicamente a la prueba biológica del ADN. En consecuencia, el sometimiento del emplazado a pruebas como las mencionadas en el párrafo precedente, no produce el efecto a que se contrae la norma legal de reciente promulgación.

En virtud de las disposiciones de esta ley, resulta necesario establecer diferencia entre la situación normada por su artículo 2 y la prevista en el numeral 6 del artículo 402 del Código sustantivo, concordado con la norma de su artículo 413.

En los procesos sobre declaración de paternidad o de maternidad ex-

tramatraimoniales las pruebas biológica, genética u otra de validez científica, con igual o mayor grado de certeza constituyen medio probatorio de las situaciones que pueden invocarse para obtener tales declaraciones.

En consecuencia, son admisibles tales pruebas, tratándose tanto del proceso de declaración de paternidad extramatrimonial, iniciado al amparo de los artículos 402, numerales 1 a 6, y 407, como del proceso de declaración de maternidad, igualmente extramatrimonial. Así lo dispone el artículo 413.

Dada la referencia genérica de esta última norma a la admisibilidad de las referidas pruebas en los procesos de declaración de paternidad y de maternidad extramatrimoniales, es pertinente señalar que, en cuanto concierne a la declaración de paternidad cuya obtención pretenda quien tenga legítimo interés al amparo del artículo 2 de la ley en comentario, este artículo 413 ha resultado «modificado» por ella, proceso en que únicamente se admite la prueba biológica del ADN.

En este orden de ideas, cuando se pretenda obtener las declaraciones de paternidad o de maternidad extramatrimoniales continúan siendo admisibles, en virtud de dicho artículo, las pruebas biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Sin perjuicio de tener en consideración que el articulado de la ley bajo análisis, permite estimar el «vínculo parental entre el presunto padre y el hijo» como sustento implícito de la declaración de paternidad que se pretende obtener, no es necesario invocar, en el proceso previsto en ella, ninguna situación de las previstas en el artículo 402.

Por disposición expresa de su artículo 2, la prueba biológica del ADN «ofrecida» por el emplazado, es la única admisible: quedan excluidas las pruebas genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza a que alude el artículo 413.

En conclusión, no obstante la Tercera Disposición de la Ley N° 28457 (modificatoria y derogatoria de toda disposición que se oponga a sus normas), mantienen su vigencia plena los artículos 407 y 413 del Código Civil, para efectos de las acciones de filiación y de declaración judicial de paternidad extramatrimonial previstas en sus artículos 373 y 402.

No ocurre lo mismo tratándose de la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, intentada al amparo del artículo 1 de la misma ley.

Es más, en este proceso ella posee —como ya se ha dicho— una triple y peculiar condición pues constituye «condición indispensable», «medio de prueba» y «causa».

### 2.10. «Ofrecimiento» y «actuación» de prueba

Como se aprecia de su texto, la Ley N° 28457 no exige que el demandante ofrezca prueba. La solicitud que origina el proceso ocasiona, de modo automático, la expedición de mandato recaído en la solicitud que origina el proceso y dirigido a la declaración de la filiación demandada.

El segundo párrafo de su artículo 1 permite afirmar, en interpretación *contrario sensu* de su tenor, que —con meridiana claridad— resulta de él que la oposición formulada den-

tro de los diez días siguientes al acto de su notificación válida, evita momentáneamente la conversión de tal mandato en declaración judicial de paternidad y que ella lo suspende «[...] *si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes*».

Así, pues, la solicitud del demandante origina de modo automático mandato judicial, que se convertirá en declaración judicial de paternidad, de no formularse oportuna oposición por el emplazado y que se suspenderá si, al oponerse, el emplazado se obliga a realizarse tal prueba.

La obligación así asumida por este emplazado, equivale al «ofrecimiento» de la prueba requerida en este proceso para el fin antes indicado.

Este «ofrecimiento», traducido en el compromiso de realizarse tal prueba, es indispensable para conseguir –en un primer momento– la suspensión del mandato judicial recaído respecto de la demanda, así como para obtener, finalmente, que se declare fundada su oposición y se condene al demandante a las costas y costos del proceso, si su resultado fuera negativo. Es por ello que es el emplazado quien –en la misma oportunidad en que formula oposición– debe obligarse a su realización, la que deberá tener lugar «[...] *dentro de los diez días siguientes* [...]».

Se ha indicado ya que, tratándose de una acción incoada al amparo de la Ley N° 28457, la carga probatoria se «traslada» al emplazado, tanto si quien la inicia es el hijo (por sí mismo o representado por su madre o por su tutor o curador) como si lo hace persona distinta que «[...] *ten-*

*ga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad* [...]».

Es evidente que, en ambas hipótesis, interesará al demandante que el emplazado no formule oposición; que, habiéndola formulado, no se obligue a la realización de la prueba del ADN; que, habiendo asumido tal obligación, no concurra a la toma de la muestra necesaria; y que, finalmente, realizada ella, sea positivo su resultado.

De otro lado, también en las dos situaciones, interesará al emplazado formular oposición; obligarse a la realización de tal prueba; concurrir a la toma de la muestra necesaria; y, por último, que –producida su realización– la prueba arroje resultado negativo.

Así, pues, coexistirán los intereses de demandante y emplazado respecto de tal prueba, si bien con propósitos no sólo distintos sino –más aún– opuestos.

En la hipótesis de la acción iniciada por persona distinta con legítimo interés en obtener una declaración de paternidad, puede darse un elemento que no se presenta en la hipótesis de la acción planteada por el hijo. Dada esta situación, pudiera ocurrir que el hijo (que no es parte en el proceso incoado) no tenga interés en tal declaración o –lo que sería más grave– que tenga interés contrario; vale decir, que no desee que se obtenga tal declaración «en su favor», circunstancia que explicaría que no haya iniciado acción alguna con este propósito.

#### 2.11. *Toma de muestras del emplazado, del hijo y de la madre*

En su segundo párrafo, el artículo 2 tantas veces mencionado, dispone

que «*El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo*».

A efectos de la toma de las muestras a que se contrae el segundo párrafo de este artículo 2, la madre y el hijo deberán concurrir, en la fecha y hora fijados, al lugar señalado para este fin por el Juez de Paz Letrado que conoce del proceso. Asimismo, deberá concurrir el emplazado (al que la ley denomina «padre»). La norma aplicable dispone que el ADN será realizado con muestras de estas tres personas.

No obstante ello, como se verá seguidamente, corresponde al demandante «habilitar» tal prueba: éste deberá cumplir con el abono de su costo al momento de toma de las muestras necesarias antedichas.

En su parte final, el artículo 2 dispone que esta parte en el proceso podrá, como «opción alternativa» a dicho pago, solicitar el «[...] *auxilio judicial a que se refieren el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil*». Este aspecto será analizado más adelante.

#### 2.12. *Cuestiones relativas a la «actuación» de la prueba*

En cuanto a la «actuación» de esta prueba se refiere, si bien es cierto que el emplazado (a quien la ley hace referencia como «padre»), debe proceder a ella dentro del plazo legal fijado en la normativa, concurriendo a la toma de la muestra en la oportunidad señalada por el Juez de Paz Letrado que conoce del proceso, no lo es menos que, además de este emplazado, existen otros «actores»: el demandante, la madre y el hijo.

Es necesario distinguir, una vez más, dos situaciones:

(a) En el proceso iniciado por el hijo (por sí mismo o representado por su madre o por su tutor o su curador) los «actores» de la prueba en cuestión serán el demandante (hijo, madre, tutor o curador); el padre (que, necesariamente, es el emplazado); el hijo (en la hipótesis de ser la madre quien demande en representación de su hijo); y la madre (en el supuesto de ser el hijo quien demande por sí mismo).

Como se ha expresado, puede, pues, darse el caso de que el demandante sea –asimismo– una de las personas obligadas a la toma de las muestras. Así, si el hijo es quien acciona deberá abonar el costo de la prueba y concurrir a dicha toma de muestras; lo mismo sucederá con la madre en la hipótesis de ser ella quien demande en representación de su hijo.

Situación distinta se presenta en el caso de la acción interpuesta por el tutor o por el curador del hijo, con autorización del consejo de familia. Aquí se da la independencia de las posiciones de demandante y de persona obligada a la toma de las muestras. Dado que ellos no ostentan ninguna de las calidades referidas en el segundo párrafo del artículo 2, no tienen tal obligación, salvo en el caso de tratarse de una curatela desempeñada por la propia madre.

Podrá resultar, además, la imposibilidad física o jurídica de la asistencia de esta última a dicha diligencia. Si la existencia de tutor o curador pone de manifiesto que el hijo no se halla bajo la patria potestad o bajo la curatela de su madre por un impedimento de orden físico (muerte) o de orden jurídico (incapacidad), esta misma circunstancia podría ser determinante de la falta de aptitud

de la madre para la toma de las muestras en cuestión.

(b) En el proceso incoado por persona distinta de aquéllos, con legítimo interés en obtener una declaración de paternidad al amparo de esta Ley N° 28457, los «actores» de dicha prueba serán el demandante; el padre, que ostenta, necesariamente la condición de emplazado, al igual que en la primera hipótesis; el hijo; y la madre.

Así, pues, como quiera que la prueba del ADN requiere de la toma de muestras del padre (emplazado), del hijo y de la madre, en esta segunda hipótesis los dos últimos personajes quedan comprendidos en el proceso, únicamente para este efecto; es decir, reducidos a la condición de elementos necesarios para la realización de la «prueba».

No obstante que –en una acción de esta naturaleza– son el hijo y la madre las personas que ostentan el interés más legítimo que pueda invocarse y, en consecuencia, la mayor legitimidad para obrar, la norma no ha previsto la notificación a ambos personajes ni con la demanda en cuestión ni con la oposición del emplazado, para el ejercicio de su derecho.

Ella se ha limitado a una referencia genérica e impersonal a estas personas cuando, en el segundo párrafo del artículo 2, dispone que «*El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo*».

Atendiendo a que la carga probatoria se «traslada» al emplazado, surgen dos interrogantes, relativos ambos al proceso iniciado por persona distinta del hijo que tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad:

- Dada la importancia de que para el emplazado reviste la realización de tal prueba, ¿será él quien deba ocuparse –a efectos de la toma de las muestras– de obtener la presencia de la madre y del hijo en la oportunidad fijada para la realización de la prueba biológica en cuestión?
- ¿Podrá la inconcurrencia de madre e hijo estimarse como circunstancia determinante de incumplimiento, por causa injustificada, atribuible al oponente, con relación a la realización del ADN, y de las consecuencias que la ley analizada hace derivar de dicho incumplimiento?

Ambas preguntas generan, como cuestión previa, inquietud relativa al modo como la madre y el hijo tomarán «conocimiento» de la existencia de este proceso y a cuál de las partes del mismo corresponderá indicar el domicilio real de ambos, habida cuenta de que su inicio se ha producido en virtud de solicitud formulada por persona distinta de ellos que alega «legítimo interés en obtener una declaración de paternidad» y de que la normativa aplicable contempla solamente la notificación al emplazado.

Es pertinente considerar, además, que la única mención que se hace de ambas personas aparece del segundo párrafo del artículo 2 de la ley en comentario cuando, según se ha dicho ya, dispone a la letra: «[...] *El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo*».

En cuanto concierne a esta cuestión previa y a la primera pregunta planteada, una vez formulada oposición y asumida por el emplazado la obligación de realizarse la prueba

biológica del ADN, deberá ser el Juez de Paz Letrado que conoce del proceso quien señale lugar, fecha y hora para la toma de muestras que posibilite tal prueba, notificando a dicho emplazado, así como a madre e hijo, previo recurso del demandante que así lo solicite. Para ello, quien demandó será quien precise en el recurso antedicho, el domicilio real de estos últimos.

En relación a la segunda interrogante, con su concurrencia a la toma de la muestra respectiva el emplazado no sólo habrá posibilitado la prueba biológica del ADN, sino que –además– habrá cumplido con la obligación asumida al formular oposición. Su obligación, referida a la realización de tal prueba, le concierne únicamente a él, dado que carece de *ius imperium* para obligar a la madre y al hijo a dicha concurrencia.

En este orden de ideas, operará la suspensión del mandato judicial referido en las dos primeras normas de la ley: para este efecto es suficiente que el emplazado asuma, en el mismo acto en que formula tal oposición, la obligación de someterse a dicha prueba. Ello resulta del primer párrafo del artículo 2 de la ley bajo análisis en cuya virtud la oposición del emplazado trae consigo esa suspensión si «[...] se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes». Se trata, pues, únicamente, de ofrecimiento y compromiso de realización, por el emplazado.

De otro lado, por las razones ya expuestas, la inconcurrencia de madre e hijo a la toma de muestras,

no puede estimarse como el incumplimiento atribuible al oponente a que alude la parte final de dicho artículo 2.

Así, pues, si la prueba en cuestión no llegara a culminarse por la imposibilidad de la toma de muestras de madre e hijo, debido a su inconcurrencia, no cabría calificar tal hecho como «incumplimiento del oponente» ni, por tanto, estimar producidas las consecuencias que la Ley analizada hace derivar de él.

### 2.13. Pago del costo de la prueba y solicitud de auxilio judicial

En la parte final del segundo párrafo de su artículo 2, la ley en comentario dispone que «*El costo de la prueba será abonado [...] en el momento de la toma de las muestras [...]*» así como que su pago corresponde al demandante, quien «*[...] podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil [...]*».

En la hipótesis del abono del costo de la prueba biológica del ADN por el demandante, el resultado negativo de ella, determinará la declaración de la oposición del emplazado como fundada y la condena del solicitante a las costas y costos del proceso, asumiendo así esta persona tal costo en forma definitiva. El resultado positivo de la prueba biológica, la declaración de la oposición del emplazado como infundada y la condena de este emplazado a dichas costas y costos, generará su obligación al reembolso del costo abonado por el demandante. Ello

resulta de los artículos 3 y 4 de la propia Ley N° 28457.

En la segunda situación; es decir, en el supuesto de concesión del auxilio judicial respecto de este abono, dado que estas normas no distinguen entre tales hipótesis, la condena a las costas y costos del proceso –ya sea del demandante, ya sea del emplazado– dará lugar al reembolso de su monto en favor de quien –en razón de haber el juez competente concedido el beneficio en cuestión– efectuó el respectivo pago en «sustitución» del demandante.

### 2.14. Artículos 3 y 4 de la Ley N° 27048: «antecedente» del artículo 2 en análisis

Interesa aquí hacer referencia a los artículos 3 y 4 de la Ley N° 27048 que constituyen una suerte de «antecedente» del artículo 2 de la ley en análisis.

En su artículo 3, la Ley N° 27048<sup>3</sup> dispuso que «*En los casos contemplados en los artículos 373 y 402 del Código Civil cuando se declare la paternidad o maternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada*».

Así, tratándose de la acción iniciada para la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial al amparo del numeral 6 del artículo 402,<sup>4</sup> el pago por la realización de la prueba de ADN corresponde

<sup>3</sup> Promulgación: 31 de diciembre de 1998.

<sup>4</sup> Adicionado por la Ley N° 27048.

—empleando la expresión de dicho artículo 3— «a la parte interesada» en obtenerla. De lograr ella tal declaración judicial de paternidad como consecuencia de la aplicación de esa prueba, el demandado deberá reintegrarle dicho pago.

Surge inevitablemente la pregunta relativa a la razón por la que esta norma utiliza la frase «a la parte interesada» si, a la fecha de su promulgación, era el hijo la única persona que podía ostentar esta calidad en las acciones de declaración de filiación a que se contrae el artículo 373 y de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial normada por el artículo 402, correspondiéndole, en ambas, el rol de demandante.

Quizá el legislador buscó comprender con esta expresión a los herederos del hijo, a quienes pasa la acción de declaración de filiación en los supuestos previstos en el artículo 374; a la madre, al tutor y al curador que pueden ejercer, en nombre del hijo, la acción de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial; y a los descendientes del hijo que —si dejó iniciada esta última— pueden continuarla, según dispone el artículo 407. Sin embargo, también en estas hipótesis, tales personas ocupan la posición del demandante.

Sin perjuicio de la cuestión planteada, puede afirmarse que «la parte interesada», a que alude el artículo 3 de la Ley N° 27048, para efectos de la acción concedida por el artículo 402 del Código, será siempre el demandante y que —en el supuesto de declararse la paternidad reclamada a consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN o de otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de

certeza— la persona obligada al reintegro del pago por su realización será siempre el demandado.

Finalmente, la referencia a esta «parte interesada» alude sólo al hijo (actuando directamente o representado por su madre, su tutor o su curador), toda vez que él es, en esta acción, el único actor, el único titular, tal como dispone dicho artículo 407.

En la situación de fallecimiento de ese hijo dejando iniciada la acción, contemplada por el segundo párrafo de la norma citada, se comprende también como parte interesada en ella a sus descendientes, quienes pueden continuarla.

Tratándose de la acción iniciada para la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial con el proceso regulado por la Ley N° 28457 bajo análisis, el pago por la realización de la prueba de ADN corresponde a quien —alegando «legítimo interés en obtener una declaración de paternidad» y ocupando así la posición de demandante— pide al Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

Como se ha indicado ya, en su condición de demandante, esta persona abonará el costo de la prueba 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», invocando el artículo 2 de la ley comentada.

En este orden de ideas, es pertinente mencionar —a modo de «antecedente»— el artículo 4 de la Ley N° 27048 que, en cuanto concierne a los mecanismos para el acceso de las personas a la prueba de ADN,

declara que «El Estado determinará los mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza [...]» así como que «para tal efecto el demandante deberá acogerse a los alcances del auxilio judicial establecido en los artículos 179 al 187 del Código Procesal Civil». La Primera Disposición Final de esta misma ley declara que «El Poder Ejecutivo reglamentará lo dispuesto en el artículo 4 [...]».

Son tres los aspectos normados por este artículo 4: (a) la determinación, por el Estado, de los mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba de ADN o a otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza; (b) el carácter obligatorio, para tal efecto, del acogimiento del demandante a los alcances del auxilio judicial establecido en los artículos 179 al 187 del Código Procesal Civil; y (c) la calificación implícita del costo de la prueba de ADN y de las otras pruebas genéticas o científicas como «gasto» del proceso.

Es preciso, sin embargo, señalar la existencia de diferencias en el tratamiento de la misma cuestión por los artículos 3 y 4 de la Ley N° 27048 y por el artículo 2 de la Ley N° 28457 en análisis.

Como se advierte de su texto, este último artículo opta expresamente por disponer que sea el demandante quien abone el costo de la prueba del ADN, en tanto que el artículo 3 de la primera ley citada, se ocupa de modo expreso únicamente del reintegro a la «parte interesada», del pago por la realización del ADN. De ello se deduce que es

biológica del ADN, deberá ser el Juez de Paz Letrado que conoce del proceso quien señale lugar, fecha y hora para la toma de muestras que posibilite tal prueba, notificando a dicho emplazado, así como a madre e hijo, previo recurso del demandante que así lo solicite. Para ello, quien demandó será quien precise en el recurso antedicho, el domicilio real de estos últimos.

En relación a la segunda interrogante, con su concurrencia a la toma de la muestra respectiva el emplazado no sólo habrá posibilitado la prueba biológica del ADN, sino que –además– habrá cumplido con la obligación asumida al formular oposición. Su obligación, referida a la realización de tal prueba, le concierne únicamente a él, dado que carece de *ius imperium* para obligar a la madre y al hijo a dicha concurrencia.

En este orden de ideas, operará la suspensión del mandato judicial referido en las dos primeras normas de la ley: para este efecto es suficiente que el emplazado asuma, en el mismo acto en que formula tal oposición, la obligación de someterse a dicha prueba. Ello resulta del primer párrafo del artículo 2 de la ley bajo análisis en cuya virtud la oposición del emplazado trae consigo esa suspensión si «[...] se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes». Se trata, pues, únicamente, de ofrecimiento y compromiso de realización, por el emplazado.

De otro lado, por las razones ya expuestas, la inconcurrencia de madre e hijo a la toma de muestras,

no puede estimarse como el incumplimiento atribuible al oponente a que alude la parte final de dicho artículo 2.

Así, pues, si la prueba en cuestión no llegara a culminarse por la imposibilidad de la toma de muestras de madre e hijo, debido a su inconcurrencia, no cabría calificar tal hecho como «incumplimiento del oponente» ni, por tanto, estimar producidas las consecuencias que la Ley analizada hace derivar de él.

### 2.13. Pago del costo de la prueba y solicitud de auxilio judicial

En la parte final del segundo párrafo de su artículo 2, la ley en comentario dispone que «El costo de la prueba será abonado [...] en el momento de la toma de las muestras [...]» así como que su pago corresponde al demandante, quien «[...] podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil [...]».

En la hipótesis del abono del costo de la prueba biológica del ADN por el demandante, el resultado negativo de ella, determinará la declaración de la oposición del emplazado como fundada y la condena del solicitante a las costas y costos del proceso, asumiendo así esta persona tal costo en forma definitiva. El resultado positivo de la prueba biológica, la declaración de la oposición del emplazado como infundada y la condena de este emplazado a dichas costas y costos, generará su obligación al reembolso del costo abonado por el demandante. Ello

resulta de los artículos 3 y 4 de la propia Ley N° 28457.

En la segunda situación; es decir, en el supuesto de concesión del auxilio judicial respecto de este abono, dado que estas normas no distinguen entre tales hipótesis, la condena a las costas y costos del proceso –ya sea del demandante, ya sea del emplazado– dará lugar al reembolso de su monto en favor de quien –en razón de haber el juez competente concedido el beneficio en cuestión– efectuó el respectivo pago en «sustitución» del demandante.

### 2.14. Artículos 3 y 4 de la Ley N° 27048: «antecedente» del artículo 2 en análisis

Interesa aquí hacer referencia a los artículos 3 y 4 de la Ley N° 27048 que constituyen una suerte de «antecedente» del artículo 2 de la ley en análisis.

En su artículo 3, la Ley N° 27048<sup>3</sup> dispuso que «En los casos contemplados en los artículos 373 y 402 del Código Civil cuando se declare la paternidad o maternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada».

Así, tratándose de la acción iniciada para la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial al amparo del numeral 6 del artículo 402,<sup>4</sup> el pago por la realización de la prueba de ADN corresponde

<sup>3</sup> Promulgación: 31 de diciembre de 1998.

<sup>4</sup> Adicionado por la Ley N° 27048.

–empleando la expresión de dicho artículo 3– «a la parte interesada» en obtenerla. De lograr ella tal declaración judicial de paternidad como consecuencia de la aplicación de esa prueba, el demandado deberá reintegrarle dicho pago.

Surge inevitablemente la pregunta relativa a la razón por la que esta norma utiliza la frase «a la parte interesada» si, a la fecha de su promulgación, era el hijo la única persona que podía ostentar esta calidad en las acciones de declaración de filiación a que se contrae el artículo 373 y de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial normada por el artículo 402, correspondiéndole, en ambas, el rol de demandante.

Quizá el legislador buscó comprender con esta expresión a los herederos del hijo, a quienes pasa la acción de declaración de filiación en los supuestos previstos en el artículo 374; a la madre, al tutor y al curador que pueden ejercer, en nombre del hijo, la acción de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial; y a los descendientes del hijo que –si dejó iniciada esta última– pueden continuarla, según dispone el artículo 407. Sin embargo, también en estas hipótesis, tales personas ocupan la posición del demandante.

Sin perjuicio de la cuestión planteada, puede afirmarse que «la parte interesada», a que alude el artículo 3 de la Ley N° 27048, para efectos de la acción concedida por el artículo 402 del Código, será siempre el demandante y que –en el supuesto de declararse la paternidad reclamada a consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN o de otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de

certeza– la persona obligada al reintegro del pago por su realización será siempre el demandado.

Finalmente, la referencia a esta «parte interesada» alude sólo al hijo (actuando directamente o representado por su madre, su tutor o su curador), toda vez que él es, en esta acción, el único actor, el único titular, tal como dispone dicho artículo 407.

En la situación de fallecimiento de ese hijo dejando iniciada la acción, contemplada por el segundo párrafo de la norma citada, se comprende también como parte interesada en ella a sus descendientes, quienes pueden continuarla.

Tratándose de la acción iniciada para la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial con el proceso regulado por la Ley N° 28457 bajo análisis, el pago por la realización de la prueba de ADN corresponde a quien –alegando «legítimo interés en obtener una declaración de paternidad» y ocupando así la posición de demandante– pide al Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

Como se ha indicado ya, en su condición de demandante, esta persona abonará el costo de la prueba 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», invocando el artículo 2 de la ley comentada.

En este orden de ideas, es pertinente mencionar –a modo de «antecedente»– el artículo 4 de la Ley N° 27048 que, en cuanto concierne a los mecanismos para el acceso de las personas a la prueba de ADN,

declara que «El Estado determinará los mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza [...]» así como que «para tal efecto el demandante deberá acogerse a los alcances del auxilio judicial establecido en los artículos 179 al 187 del Código Procesal Civil». La Primera Disposición Final de esta misma ley declara que «El Poder Ejecutivo reglamentará lo dispuesto en el artículo 4 [...]».

Son tres los aspectos normados por este artículo 4: (a) la determinación, por el Estado, de los mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba de ADN o a otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza; (b) el carácter obligatorio, para tal efecto, del acogimiento del demandante a los alcances del auxilio judicial establecido en los artículos 179 al 187 del Código Procesal Civil; y (c) la calificación implícita del costo de la prueba de ADN y de las otras pruebas genéticas o científicas como «gasto» del proceso.

Es preciso, sin embargo, señalar la existencia de diferencias en el tratamiento de la misma cuestión por los artículos 3 y 4 de la Ley N° 27048 y por el artículo 2 de la Ley N° 28457 en análisis.

Como se advierte de su texto, este último artículo opta expresamente por disponer que sea el demandante quien abone el costo de la prueba del ADN, en tanto que el artículo 3 de la primera ley citada, se ocupa de modo expreso únicamente del reintegro a la «parte interesada», del pago por la realización del ADN. De ello se deduce que es

esta «parte interesada» la que efectuó tal pago, así como que ella es la parte demandante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 407 del Código Civil.

En cuanto concierne al artículo 4 antes acotado, pueden advertirse tres diferencias con relación al artículo 2 de la Ley N° 28457: la primera, la referencia explícita a la determinación –por el Estado– de los mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba de ADN (u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza), de la que no se hace mención en la última norma promulgada; la segunda, la vinculación entre tal determinación y el acogimiento del demandante a los alcances del auxilio judicial, establecida sólo por la primera norma; y la tercera, el carácter obligatorio, para el efecto antes indicado, del acogimiento del demandante al auxilio judicial, en tanto que –de acuerdo con la parte final del segundo párrafo del artículo 2 de la ley bajo comentario– la solicitud de este último constituye facultad del demandante.

Finalmente, como ya se indicó al tratar de los términos en que el emplazado deberá expresar su oposición, puede decirse que –no obstante el tenor de la Tercera Disposición de la Ley N° 28457 (modificatoria y derogatoria de toda disposición que se oponga a sus normas, en especial a su artículo 2– mantienen su vigencia plena los artículos 407 y 413 del Código Civil ya mencionados para efectos de las acciones de filiación y de declaración judicial de paternidad extramatrimonial previstas, respectivamente, en los artículos 373 y 402 del mismo cuerpo de leyes, y que, como se verá luego, no ocurre lo mismo tratándose de la

acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, intentada al amparo del artículo 1 de la Ley en análisis.

### 2.15. *Análisis de la normativa del auxilio judicial*

Retornando al tema del abono del costo de la prueba biológica, no cabe duda de que –en virtud de la disposición expresa contenida en la norma del citado artículo 2– el demandante puede optar por una de estas dos vías: (a) abonar el costo de la prueba biológica del ADN en el momento de la toma de las muestras; y (b) solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179 y los siguientes del Código Procesal Civil.

Interesa analizar, si bien someramente, las normas que regulan el auxilio judicial.

En virtud del artículo 179 del Código adjetivo –sustituido por el artículo 5 de la Ley N° 26846– el auxilio judicial se concede a las personas naturales que, para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la de quienes de ellas dependen.

Así, pues, en el caso materia de comentario y en aplicación concordada de la normativa procesal citada en la propia ley, la solicitud de este auxilio judicial requerirá que el demandante acredite que, para cubrir o para garantizar el costo de la prueba biológica del ADN en el momento de la toma de las muestras, pondrá «[...] en peligro su subsistencia y la de quienes de él dependen [...]». Más aún, sólo en esta situación se concederá tal beneficio.

De otro lado, como se aprecia claramente de los artículos 180 y de

más pertinentes del mismo Código, la solicitud del auxilio, antes o durante el proceso, se efectúa mediante la presentación en la dependencia judicial correspondiente de una solicitud en formatos aprobados por el Órgano de Gobierno y Gestión del Poder Judicial.

Se trata, pues, de un beneficio que otorga este Poder del Estado y supone la exoneración del auxiliado de todos o de parte de los gastos del proceso, a criterio del juez que conoce del proceso. Así lo dispone el artículo 182 de la normativa procesal.

No obstante que, al tratar del auxilio judicial, el artículo 179 emplea la expresión «gastos del proceso», en interpretación sistemática de la normatividad procesal, cabría concluir que los «gastos» del proceso constituyen lo que la normativa procesal vigente regula bajo la denominación de «costas y costos».

En su artículo 410, el Código Procesal Civil determina que «*Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso*». Según su artículo 411 son costos del proceso «[...] el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial».

Se trata de una enumeración taxativa. Cuando el primero de los artículos citados, señala los elementos que constituyen las costas, se refiere clara y únicamente a tres rubros: tasas judiciales, honorarios de los órganos de auxilio judicial y de

más gastos judiciales realizados en el proceso. Como se advierte de su naturaleza, se trata de elementos que constituyen ingresos o recursos del Poder Judicial.

Asimismo, el segundo dispositivo determina como costos del proceso, el honorario del Abogado de la parte vencedora y el porcentaje adicional destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo, para los fines indicados en el mismo.

Ninguno de ellos comprende el costo de la prueba biológica del ADN y de las pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Ante esta situación, al no formar el costo de tales pruebas parte de las costas y costos, podría arribarse a la conclusión de que no constituye «gasto» del proceso y que, por tanto, no procede la concesión del auxilio judicial.

Ahora bien, tratándose de las acciones de filiación y de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, previstas en los artículos 373 y 402 del mismo cuerpo de leyes y reguladas por sus artículos 407 y 413, la disposición contenida en el artículo 4 de la Ley N° 27048, conduce a establecer que el costo de la prueba de ADN o el de las otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza constituye gasto del proceso, susceptible de merecer el otorgamiento de tal beneficio.

#### 2.16. *Aplicación de dicha normativa al proceso dispuestoy por la Ley N° 28457*

Retornando al tema del abono del costo de la prueba biológica a que

se contrae el artículo 2 de la Ley N° 28457, no cabe duda de que –en virtud de la disposición expresa contenida en esta norma– el demandante puede optar por una de estas dos vías: (a) abonar el costo de la prueba biológica del ADN en el momento de la toma de las muestras; y (b) solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179 y los siguientes del Código Procesal Civil.

Así, la aplicación concordada de la disposición de la ley en comentario y de los artículos de la normativa procesal, mencionados en el párrafo que antecede, permite aseverar la calificación implícita del costo de la prueba biológica de ADN y de las otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza como «gasto» del proceso, susceptible –por tanto– de ser considerada como elemento por el que, también, se concede el auxilio judicial.

El mismo tenor de las normas contenidas en los artículos 4 de la Ley N° 27048 y 2 de la Ley N° 28457 conduce a pensar que, con independencia de las cuestiones planteadas en los párrafos que anteceden, el legislador ha otorgado al demandante obligado al abono del costo de tales pruebas biológica, genética o científica con igual o mayor grado de certeza, la posibilidad de acogerse al beneficio del auxilio judicial, sin que interese si ese costo constituye o no parte de los «gastos del proceso».

Circunscribiendo el comentario a la situación referida al proceso normado por la ley bajo análisis, puede decirse –en otras palabras– que este artículo 2 ha posibilitado la procedencia del auxilio judicial, a efectos del proceso de declaración

judicial de paternidad extramatrimonial normado en aquella.

Se trataría, en aplicación «analógica» de sus normas propias, de la concesión de este beneficio a la persona que, alegando «legítimo interés», inicie proceso destinado a obtener una declaración de paternidad mediante resolución judicial declaratoria de la filiación demandada.

Podría decirse que –al amparo de su Tercera Disposición modificatoria y derogatoria– la ley comentada ha ampliado la figura descrita en el artículo 179 de la norma adjetiva para este caso específico, a fin de incluir, dentro del ámbito del auxilio judicial y como «gastos del proceso», no solamente las costas y costos señaladas en la norma adjetiva, sino también el costo que represente la realización de la prueba a que se refiere el artículo 2 de la Ley N° 28457, tratándose del proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, tal como lo hizo en su artículo 4 la Ley N° 27048, para efectos de las acciones previstas en los artículos 373 y 402 del Código sustantivo.

#### 2.17. *¿Cómo se hará efectivo el auxilio judicial solicitado para la prueba del ADN?*

No obstante lo expresado en las líneas que preceden, subsiste el problema de cómo se hará efectivo el auxilio judicial solicitado para estos efectos, dada la naturaleza del costo de esta prueba biológica del ADN.

Su realización constituye servicio prestado por entidad privada especializada; siendo esto así, el referido costo constituye ingreso de esta última, no del Poder Judicial.

Efectivamente, no obstante constituir «gasto del proceso» y, en consecuencia, elemento por el que puede concederse el auxilio judicial, tal como dispone el referido artículo 2, el hecho de tratarse de ingreso de entidad privada; esto es, de recurso privado y ajeno, no de recurso público, determina que –en la situación que motiva este comentario– el beneficio en cuestión no pueda representar «exoneración» de su abono.

En tal virtud, si bien implica una «exoneración» para el solicitante de la declaración judicial de paternidad y del otorgamiento del auxilio judicial, esta situación configura, en realidad, para llamarla de algún modo, una «sustitución» de obligado: al momento de toma de las muestras «alguien» deberá abonar su costo a la entidad privada en que ella se practicará.

Estas inquietudes conducen a preguntarse si –ante esta realidad y vía auxilio judicial– es factible que el Poder Judicial «disponga la exoneración» del pago del costo de la prueba biológica del ADN, en favor de persona natural (en este caso, el demandante).

Debe resaltarse un hecho. La ley dispone que el demandante «[...] podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil [...]», pero no ha establecido quién o cómo se efectuará el abono de dicho costo si se concede este beneficio.

En este orden de ideas, como quiera que el artículo 179 del mismo

cuerpo de leyes señala como condición necesaria para la concesión del beneficio de auxilio judicial que la persona natural, solicitante del mismo, ponga en peligro su subsistencia y la de quienes dependan de ella «para cubrir o garantizar los gastos del proceso», podría el auxilio judicial consistir en el otorgamiento de garantía para la cobertura del costo de la prueba de ADN al término del proceso toda vez que, estando a las resultas del proceso, se producirá la condena a las costas y costos del mismo, recayendo ella en el demandante si la prueba produjera un resultado positivo y en el emplazado si, por el contrario, su resultado fuera negativo.

En este aspecto, resulta pertinente señalar que, durante el debate del proyecto hoy convertido en la ley en análisis, se dijo lo siguiente: *«Pero no sé si será posible que se incorpore aquí que, en vez de que la demandante haga el depósito al momento de la toma de la prueba, el Estado pueda asumirlo. Y si sale positivo, el demandado es el que asume los costos y las costas; y si sale negativo, la demandante asume los costos y las costas»*.<sup>5</sup>

La posibilidad así planteada parecería significar que, en esta hipótesis, el legislador habría pensado en el costo de la prueba biológica del ADN como elemento integrante de las costas y costos de un proceso y, en armonía con ello, en incorporar al texto del entonces Proyecto, norma del tenor referido en el párrafo precedente.

No se trataría propiamente de una

«exoneración» –como ocurre en el caso del auxilio judicial previsto en el Código Procesal Civil– sino de que el Estado asumiría tal costo (es decir, efectuando un desembolso efectivo), con cargo a su devolución por la parte demandante o demandada.

Esto último resulta de los artículos 3 y 4 de la Ley N° 28457 en comentario, que disponen la «condena» de la parte demandante o del emplazado, respectivamente, a las costas y costos del proceso», según se declare –en función del resultado negativo o positivo del ADN– fundada o infundada la oposición formulada por el emplazado.

Sin embargo, la ley en comentario no ha recogido una norma de este tenor, limitándose a otorgar al demandante la posibilidad de solicitar el auxilio judicial a que se refieren, tanto el artículo 179 como los artículos siguientes del Código Procesal Civil.

Queda, pues, irresuelta la cuestión relativa a cómo operaría, en este proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, el auxilio judicial concedido al demandante respecto del pago del costo de la prueba del ADN a su cargo, abono que debe efectuarse al momento de toma de las muestras respectivas.

## 2.18. La prueba biológica del ADN: ¿mero gasto o medio probatorio?

De otro lado, se plantea la interrogante relativa a si esta prueba biológica del ADN constituye mero

<sup>5</sup> Intervención de la señora congresista Moyano Delgado. Texto Borrador del Debate en la Sesión Vespertina 23-E, de 2 de diciembre de 2004, correspondiente a la Primera Legislatura Ordinaria de 2004.

gasto del proceso o si, por el contrario, tiene la condición de medio probatorio de la pretensión materia de la acción.

En armonía con lo dispuesto por el artículo 188 del Código Procesal Civil, cabe concluir que dicha prueba biológica constituye medio probatorio, en tanto tiene por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes; producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos; y fundamentar las decisiones de este último.

En el seno del debate del proyecto que ha dado origen a esta ley, se ha hecho mención de la prueba biológica del ADN como medio probatorio: «*En otras palabras, señor Presidente, se plantea la demanda; si el demandado se opone, debe someterse a la prueba del ADN. Si no se somete a la prueba del ADN, se declara la paternidad. Porque normalmente ocurre que aquél no quiere someterse a la prueba del ADN porque es el padre. Porque si no es el padre, no tendría ningún temor; es más, no va a pagar el costo del ADN si se prueba que no corresponde o no es el padre o la prueba sale negativa. Entonces, se privilegia, señor Presidente, esta prueba del ADN. Siendo un procedimiento rápido y existiendo un medio probatorio que no genera dudas, suspicacias, incredulidad, sino certeza, no hay por qué demorar un proceso judicial que dure tres o cuatro años con los medios probatorios obsoletos a que he hecho referencia, sino que este nuevo procedimiento permitiría declarar la paternidad*».<sup>6</sup>

### 2.19. Situación del artículo 3 de la Ley N° 27048: ¿vigencia o derogación?

No parece haber advertido el legislador que –con ocasión de haber introducido el artículo 2 de la Ley N° 27048 nueva causa para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, mediante la adición del numeral 6 al artículo 402 del Código Civil– su artículo 3 dispuso expresamente la obligación del demandado de reintegrar a la parte interesada el pago por la realización de la prueba de ADN, en los casos contemplados en dicha norma sustantiva cuando, como consecuencia de la aplicación de tal prueba, se declare tal paternidad.

Se plantea el interrogante de si –al amparo de lo dispuesto por el segundo párrafo del Artículo I del Título Preliminar del Código sustantivo y por la Tercera Disposición de la Ley N° 28457– la parte final del segundo párrafo del artículo 2 de la Ley N° 28457, habría derogado el artículo 3 de la Ley N° 27048, en cuanto concierne a la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial producida en aplicación del numeral 6 del artículo 402 del Código Civil.

En interpretación conjunta de ambas normas, resulta pertinente señalar que este artículo 3 habría devenido en innecesario en cuanto concierne a tal declaración, por cuanto la última ley antedicha, norma de modo distinto la cuestión relativa al abono del costo de la prueba biológica del ADN, si bien conduce al mismo resultado.

En efecto, de acuerdo con esta última, es al demandante a quien corresponde el abono del costo de la prueba biológica del ADN, al momento de la toma de muestras, pero éste obtendrá el «reintegro» de tal costo cuando –declarada infundada la oposición formulada y producida la conversión del mandato judicial en declaración judicial de paternidad– resulte el emplazado condenado al pago de costas y costos.

Sin embargo, debe concluirse que este artículo 3 de la Ley N° 27048 se mantiene vigente, dado que la Ley N° 28457 comentada, regula una situación distinta: la acción iniciada por «*quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad [...]*», al amparo del proceso normado por dicha ley.

Duda de mayor relevancia surge respecto de cuál sería la situación si –en lugar de efectuar el abono de dicho costo, como dispone la ley en comentario– el demandante solicitara y obtuviera (respecto del mismo) el auxilio judicial a que se refieren los artículos 179 y siguientes del Código Procesal Civil, haciendo uso de la facultad conferida en la misma ley.

Es claro que, en esta hipótesis, no procedería ni el «reintegro» de tal costo ni la condena en costas y costos por dicho concepto a favor del demandante sino, en el mejor de los casos, a favor de la entidad del Estado que concedió tal auxilio judicial o de aquella que efectuó el abono respectivo en «sustitución» del demandante obligado; esto es, del solicitante.

<sup>6</sup> Texto Borrador del Debate en la Sesión Vespertina 18-B de 4 de noviembre de 2004, correspondiente a la Primera Legislatura Ordinaria de 2004.

## 2.20. Trámite de la solicitud de auxilio judicial: ¿suspensión del proceso principal?

Ahora bien, en aplicación del segundo párrafo del artículo 181 de la norma procesal la solicitud se tramita conjuntamente con la demanda si quien efectúa el pedido es el demandante y si lo hubiera formulado junto con ella. La parte final de este mismo artículo dispone que «[...] *el pedido de auxilio durante la tramitación del proceso no suspende el principal*».

En la hipótesis materia de comentario, el artículo 2 de la ley analizada dispone que el costo de la prueba –a que se contrae el pedido de Auxilio Judicial– deberá ser «[...] *abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras [...]*».

El tenor de la norma en análisis y del artículo 182 procesal, así como la naturaleza del auxilio judicial permiten señalar que, al optar por la segunda vía, el demandante pretende se le exonere del pago de dicho costo, considerando que a ello se dirige precisamente esta figura del auxilio judicial y que el costo en cuestión forma parte de «[...] *los gastos del proceso [...]*», no obstante que la conformación de éstos no ha sido determinada por la norma procesal.

No obstante lo dispuesto por la parte final del artículo 181 citado, esta pretensión del demandante da lugar a que, en tanto se decide sobre su pedido de auxilio judicial, se suspenda el proceso normado por la ley comentada.

En efecto, como se verá luego, la prueba del ADN es practicada, al menos en el momento actual, por

entidades privadas, constituyendo el costo ingreso de ellas. Esta circunstancia determina que, necesariamente, deba abonarse su costo. Así, pues, ella no se realizará en tanto el solicitante o quien corresponda (en la hipótesis de concedérsele el auxilio judicial) no efectúe el abono de su costo al momento de toma de las muestras.

Volviendo a la cuestión sustancial, como el desarrollo del proceso está supeditado a su resultado, en tanto ella no se realice por la circunstancia ya indicada, exclusivamente atribuible al demandante, no podrá el juez que conoce del mismo, pronunciarse sobre la oposición formulada por el emplazado ni, por tanto, resolver sobre la pretensión del demandante.

Es menester considerar que el mandato recaído en la solicitud originaria del proceso no es susceptible de convertirse en declaración judicial de paternidad, al haber el emplazado formulado oposición con arreglo a la normativa aplicable; que dicho mandato ha quedado en suspenso al haberse obligado aquél, dentro del plazo establecido, a realizarse la prueba biológica del ADN; y que, con su concurrencia a la toma de la muestra respectiva, este emplazado ha posibilitado dicha prueba y cumplido con la obligación asumida al formular su oposición.

En cuanto a la realización en sí misma de esta prueba biológica, debe tenerse en consideración que, como se ha dicho ya, ella constituye servicio prestado por entidad privada especializada; que, en virtud de ello, es indispensable el pago de su costo al momento de toma de las muestras; que, al no haberse procedido a tal pago, sino

a la solicitud de auxilio judicial, ella no se ha realizado por causa atribuible al demandante; y, finalmente, que –si bien el proceso culmina con la decisión del juez respecto de la oposición del emplazado– la resolución pertinente requiere del resultado de tal prueba por cuanto, de acuerdo con las normas pertinentes, la oposición del emplazado será declarada fundada o infundada, según sea negativo o positivo el resultado de la prueba en cuestión. Mientras no se den tales resultados, el proceso queda en suspenso.

## 2.21. Improcedencia de la oposición

En aplicación del tercer párrafo del artículo 2 de la ley bajo análisis, el transcurso de diez días desde el vencimiento del plazo señalado para la realización de la prueba del ADN, sin que el emplazado oponente cumpla con ella por causa injustificada, determinará que la oposición formulada por él en aplicación de su artículo 1, sea declarada improcedente y que, en consecuencia, el mandato recaído en la demanda, se convierta en declaración judicial de paternidad.

Es evidente que la norma alusiva al no cumplimiento por el oponente de la realización de esta prueba por causa injustificada, está haciendo referencia a que tal omisión de cumplimiento obedece a causa exclusivamente atribuible al emplazado, quien –además– carece de justificación para dicho no cumplimiento.

De esta manera, el emplazado oponente habría omitido cumplir con tal realización por causa de su exclusiva responsabilidad, careciendo de justificación para ello, habiendo transcurrido el plazo de ley.

Esta doble circunstancia hará viable la improcedencia de la oposición del emplazado y la conversión del mandato judicial recaído en la declaración de paternidad.

### 2.22. *Improcedencia de la solicitud*

Cabe preguntarse cuál sería la situación si el emplazado-oponente acude a la toma de las muestras para la realización de la prueba del ADN y, en ese momento, el demandante no cumple con efectuar el pago de su costo, manifestando haber solicitado auxilio judicial. Asimismo, ¿qué ocurriría si se negara al demandante el auxilio judicial solicitado y, aún así, no efectuara dicho pago?

Finalmente, ¿cuál sería la situación si la entidad privada prestadora del servicio relativo a la realización de esta prueba, se negara a ello no reconociendo efectos al auxilio judicial otorgado al solicitante? ¿Constituirían ambas situaciones «causa justificada de no cumplimiento», por el emplazado-oponente, de la realización de esta prueba?

Es necesario anotar que el articulado de la ley no ha contemplado estas situaciones que pueden perfectamente presentarse.

De otro lado, no se ha establecido ni podría establecerse, en esta hipótesis, el «traslado» al emplazado-oponente de la obligación de cobertura de tal costo, ni aún con cargo a que, declarada fundada la oposición en virtud del resultado negativo de la prueba biológica del ADN, sea el demandante condenado a las costas y costos del proceso.

En esta situación y en interpretación *contrario sensu* del párrafo fi-

nal del artículo 2 de la ley analizada, el «no cumplimiento» por el emplazado-oponente de la realización de esta prueba por causa exclusivamente atribuible al demandante, deberá dar lugar a que se declare la improcedencia de la solicitud del demandante, quedando sin efecto el mandato judicial a que se refiere la parte final del artículo 1 de esta misma ley.

A mayor abundamiento, no resultará ya necesario pronunciamiento alguno sobre la oposición del emplazado.

Ello en razón de que no puede quedar, *illo tempore*, en la incertidumbre, una cuestión trascendente como la declaración judicial de paternidad, precisamente por la inacción de la persona que, alegando «legítimo interés», inició esta acción considerando además que –como ya se ha explicitado– el emplazado-oponente ha cumplido con las exigencias de la ley bajo comentario.

Así, la no realización de esta prueba por causa exclusivamente atribuible al demandante, y la consecuente declaración de improcedencia de su solicitud determinarán, como desenlace lógico y necesario, que quede sin efecto el mandato judicial recaído en la solicitud formulada por quien tenga «legítimo interés», en obtener una declaración de paternidad.

### 2.23. *Oposición infundada*

La oposición será declarada infundada si la prueba del ADN produjera un resultado positivo. En esta situación, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado-oponente será condenado a las costas y costos del proceso.

### 2.24. *Oposición fundada*

La oposición será declarada fundada si la prueba biológica del ADN produjera un resultado negativo. El demandante será condenado a las costas y costos del proceso.

### 2.25. *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.

Así pues, únicamente podrá apelar el emplazado. La desestimación de la demanda no da lugar a este recurso.

## 3. MODIFICACIÓN DEL NUMERAL 6 DEL ARTÍCULO 402 DEL CÓDIGO CIVIL

### 3.1. *Promulgación de la Ley N° 27048*

El artículo 2 de la Ley N° 27048, promulgada el 31 de diciembre de 1998 y vigente desde el 7 de enero de 1999, modificó los artículos 363, 402, 413 y 415 del Código Civil.

En cuanto concierne al artículo 402, la modificación consistió en la adición, al mismo, de una nueva situación en mérito a la que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada.

Se trata del numeral 6 en cuya virtud podrá darse la declaración judicial de tal paternidad «*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*».

La segunda parte del primer párra-

fo de este numeral dispone que *«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».*

En su segundo párrafo, la misma norma hace la salvedad de que esta situación *«[...] no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad [...]».* Se trata aquí de salvaguardar la filiación matrimonial, amparada por la presunción *«pater is est...»*, convertida en *iuris et de iure* en razón de no haber ejercido el marido de la madre la acción contestatoria prevista por el artículo 363 del Código sustantivo.

Su tercer párrafo es de aplicación a las situaciones descritas en los cinco numerales precedentes del mismo artículo y otorga al Juez la facultad de desestimar *«[...] 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».*

### 3.2. Antecedentes de esta ley

Constituyen antecedentes de esta ley los Proyectos de Ley N° 2481/96-CR, N° 2588/96-CR, N° 2591/96-CR y N° 2708/96-CR, que proponen modificar el Código Civil en materia de declaración de paternidad y maternidad, mediante el análisis de la estructura del ADN y que fueron presentados, respectivamente, por los congresistas Jorge Salazar Vargas, Lourdes Flores Nano, Edith Mellado Céspedes y Susana

Díaz Díaz.

Luego de su análisis, la Comisión de la Mujer, Desarrollo Humano y Deporte recomendó la aprobación de los Proyectos de Ley N° 2481/96-CR, N° 2588/96-CR, N° 2591/96-CR y N° 2708/96-CR con el texto sustitutorio que aparece de dicho dictamen.

Para el numeral 6 del artículo 402 propuso el siguiente texto:

*Artículo 402.- «La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: 6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de un estudio de 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 notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el juez declarará al hijo como alimentista respecto del presunto padre correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415».*

Con relación a la situación del llamado hijo alimentista, a que se contrae la parte final del numeral 6, esta Comisión consideró que *«[...] debe mantenerse la institución del hijo alimentista, que tiene por objeto reconocer el derecho de alimentos a menores de edad que no hayan logrado demostrar la paternidad ni las presunciones del artículo 402, pero que, sin embargo, hayan probado la existencia de relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción. La derogación de esta institución traería como consecuencia la desprotección de los menores, ya que si por razones económicas, la madre no puede recurrir a la prueba biológica o genética, puede el hijo pedir*

*los alimentos por medio de ésta».*

En lo que respecta a la prueba del ADN, haciendo mención de las opiniones favorables del Ministerio de Salud, del Ministerio de Justicia, del Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano y del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, en el punto 7 del Análisis de las Propuestas de su Dictamen, la Comisión de la Mujer, Desarrollo Humano y Deporte expresó: *«Debido al elevado costo de la prueba, se establece la creación de un fondo rotatorio creado y reglamentado por el Poder Ejecutivo y cuyos fondos estarán integrados principalmente con fondos de la cooperación internacional, a fin de que las personas de escasos recursos puedan acceder a la prueba. Cabe mencionar que con Oficio N° 398-98-MP-FN-IML/GT, recibimos opinión favorable del Instituto de Medicina Legal, en donde manifiesta que la Policía Nacional del Perú estará próxima a brindar estos servicios y que la realización de las pruebas genéticas es un proyecto a ser desarrollado por el Instituto».*

En armonía con ello, propuso el siguiente texto para el artículo 4 de la Ley N° 27048: *«Artículo 4.- El Estado proveerá de los mecanismos necesarios para la realización de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza a quienes carezcan de recursos económicos a través de la creación de un Fondo Rotatorio integrado principalmente con recursos provenientes de la cooperación internacional. La organización y funcionamiento de dicho fondo será reglamentada por el Poder Ejecutivo».*

En su dictamen, la Comisión de Justicia estimó *«[...] recomendable incorporar en nuestro sistema de fi-*

liación extramatrimonial, basado en presunciones legales, las pruebas científicas (biológicas o genéticas), porque éstas no son casos hipotéticos, sino que son un resultado que comprueba un hecho; en este sentido es conveniente incorporar la prueba científica que actualmente ofrece mayor certeza como es la prueba del Ácido Desoxirribonucleico, sin descartar otras pruebas biológicas que tengan igual o mayor certeza», afirmando que «Los proyectos materia del presente dictamen buscan incorporar la prueba de ADN (prueba genética) como un mecanismo para convertir en positiva la probanza de la paternidad o maternidad en los procesos de filiación extramatrimonial, que permitirá a todos los sujetos del proceso ofrecer pruebas científicas que resulten idóneas para probar el parentesco consanguíneo».

En cuanto se refiere al numeral 6 del artículo 402, esta Comisión propuso el siguiente texto:

*Artículo 402.- «La paternidad extrajudicial puede ser judicialmente declarada: 6.- Cuando se acredite vínculo parental entre el presunto padre y el hijo, a través de prueba biológica o genética u otras de validez científica que ofrezcan igual o mayor certeza».*

### 3.3. Texto original del numeral 6 del artículo 402

Al consagrar el tenor final del numeral 6 que adiciona al artículo 402, el artículo 2 de la Ley N° 27048 recogió los Proyectos que constituyen su antecedente; los textos propuestos por ambas Comisiones; y los dos últimos párrafos que se advierten en su versión original.

Así pues, este es el texto original de dicho texto legal:

*Artículo 402.- «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. Ante la negativa 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.*

*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».*

### 3.4. Texto final del artículo 4

No obstante la propuesta formulada por la Comisión de la Mujer, Desarrollo Humano y Deporte, el texto final del artículo 4 de esta ley fue el siguiente:

*Artículo 4.- «Mecanismos para el acceso de las personas a la prueba de ADN. El Estado determinará los mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba de ADN u otras pruebas genéticas*

*o científicas con igual o mayor grado de certeza. Para tal efecto el demandante deberá acogerse a los alcances del auxilio judicial establecido en los artículos 1790 a 1870 del Código Procesal Civil».*

### 3.5. Modificación del numeral 6 del artículo 402 por la Ley N° 28457

La Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 28457 ha modificado este numeral 6. Como se advierte de su texto original, la modificación introducida por la Ley en comentario consiste en la supresión de la segunda parte del primer párrafo de dicho numeral.

En consecuencia, a partir de la vigencia de la Ley N° 28457, la negativa del demandado al sometimiento de alguna de las pruebas previstas en el numeral 6 del artículo 402, luego de la debida notificación bajo apercibimiento por segunda vez, no produce ya efecto alguno.

No procede ya la evaluación por el juez de tal negativa, de las pruebas presentadas y de la conducta procesal del demandado, así como tampoco la declaración de paternidad o la declaración del hijo como alimentista, con los derechos contemplados en el artículo 415 del Código.

Cabe preguntarse por el «sustento» de esta supresión.

En el debate realizado en la Sesión Vespertina 23-E, su fecha 2 de diciembre de 2004, correspondiente a la Primera Legislatura Ordinaria de 2004, en referencia al último párrafo del artículo 2 del entonces Proyecto, el congresista Santa María Calderón manifestó:

«Se señala expresamente que transcurrido el plazo para que se oponga y no se realice la prueba se tendrá la prueba en contrario; esto es, si se niega hay jurisprudencia ya internacional y de legislación comparada, que la oposición se tomará como prueba a favor».

La posición así expresada parece conducir a la idea de que resulta innecesaria una norma del tenor de la suprimida por dicha Primera Disposición Complementaria, dada la existencia de norma expresa en virtud de la que –si el emplazado no cumple con la realización de la prueba del ADN por causa injustificada– se declarará improcedente su oposición y se convertirá en declaración judicial de paternidad el mandato recaído en la solicitud formulada con este fin.

De otro lado, en el debate producido en la Sesión Vespertina 18-B, de fecha 4 de noviembre de 2004, correspondiente a la misma Legislatura Ordinaria, la congresista Vargas Gálvez de Benavides expresó la siguiente idea: «Mi planteamiento va a que cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, y ante la negativa de someterse a alguna de estas pruebas, el juez debe declarar la paternidad, salvo que haya otras pruebas en contrario. El dictamen de la Comisión de Justicia viene a proponer la regulación del proceso de filiación de paternidad extramatrimonial, con lo cual estoy de acuerdo. Sin embargo, creo fundamental modificar el Código Civil en el inciso sexto del artículo 402 a los efectos

de ser más categórico en cuanto a la decisión del juzgador, quien finalmente declara la paternidad».

### 3.6. Texto vigente del numeral 6 del artículo 402

Así, pues, el numeral en comentario mantiene:

(a) La declaración judicial de paternidad extramatrimonial 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»;

(b) La declaración de que esta causa no es de aplicación respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad;

(c) La facultad otorgada al juez para desestimar las presunciones de los numerales precedentes del artículo 402 cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza:

**Artículo 402.-** «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».

## 4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

### 4.1. Derechos de acción y de contradicción

Sin perjuicio del comentario crítico de diversos aspectos de la Ley Nº 28457, constituye eje central de su análisis la cuestión relativa a la determinación del bien jurídico que esta normativa pretende proteger al establecer un proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, que consagra como idea sustancial la amplitud en la titularidad del derecho de acción y –en cierto modo– la limitación del derecho de contradicción.

Conviene recordar aquí que, de acuerdo con las normas procesales contenidas en los artículos 2 y 3 del Código Procesal Civil, «Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica»; que «Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción»; y, finalmente, que «Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código».

Como ya se ha expresado, se advierte de la ley en análisis que ella se caracteriza, de un lado, por la amplitud en la titularidad del derecho de acción y, de otro, por la limitación del derecho de contradicción.

Efectivamente, en tanto todo aquél que invoque tener «legítimo interés en obtener una declaración de paternidad» puede dar inicio a la acción, solicitando a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada, únicamente puede ejercer el derecho de contradicción el varón emplazado.

Es más, solamente podrá este varón ejercer oposición válida al mandato expedido por la autoridad judicial competente, si se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN en los términos a que se contrae el artículo 2 de la norma en comentario.

Amén de lo anterior, es necesario hacer referencia a la peculiar situación que se presenta, como se ha dicho antes, en la acción iniciada por persona ajena para la declaración de la filiación demandada. El hijo y, eventualmente su madre, no ostentan posición alguna en ella: toda vez que su participación en el proceso respectivo se da solamente en caso de oposición válida del varón emplazado, limitándose aquí a la toma de las muestras necesarias para la realización del ADN, y que no la tiene si no se da tal oposición válida, no tienen la condición de emplazados, ni pueden ejercer acto alguno, ni aun en la hipótesis de que tal «legítimo interés» fuera contrario a su interés más legítimo aún.

En su situación se da, no ya una limitación, sino una carencia absoluta del derecho de contradicción, contraviniendo así la norma de los artículos 2 y 3 antes invocados.

#### 4.2. Debate del proyecto de ley en el Congreso

En el debate realizado en la Sesión

Vespertina 18-B del Congreso de la República, su fecha 4 de noviembre de 2004, correspondiente –asimismo– a la Primera Legislatura Ordinaria de ese año, el Presidente de la Comisión de Justicia, congresista Chamorro Balvín, expresó lo siguiente: «Se trata de numerosos proyectos de ley que se han presentado y que la Comisión de Justicia ha dictaminado para proponer y regular el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial. De acuerdo a los datos estadísticos con que cuenta la Comisión de Justicia, en el Perú existen aproximadamente un millón y medio de personas que no han sido reconocidos por sus padres. Y el procedimiento de reconocimiento de hijo o filiación extramatrimonial, es probablemente uno de los procedimientos obsoletos en el tema de la probanza y las más largas en cuanto al trámite procesal que tiene. En este momento, la filiación extramatrimonial se tramita como un proceso de conocimiento. Esto es, que es una de las vías procedimentales que dura más tiempo; en el mejor de los casos, termina en tres o cuatro años. En segundo lugar, es el más oneroso porque las tasas judiciales y los aranceles que se paga por ese concepto son también mayores comparativamente a los procesos que se tramitan en la vía procedimental de proceso abreviado, de proceso sumarísimo, de proceso cautelar o de proceso de ejecución. Es por eso, señor Presidente, que se propone un procedimiento especial por tratarse de una tutela jurisdiccional de urgencia, porque se trata de que las personas que nacen tienen derecho a llevar el apellido que corresponde».

En el mismo acto, el congresista Santa María Calderón señaló que «El dictamen presentado intenta fa-

*cilitar el reconocimiento de aquellos niños que vienen al mundo sin un padre que tenga la valentía, la entereza, de reconocerlo. La vía crucis de aquellas mujeres que han gestado y han dado a luz un niño, va a tener en este instrumento un mecanismo muy importante y corto. Se ha dicho que eran años de trámite para que un niño sea reconocido. Desde aquella época cuando los romanos exigían pruebas per mensa, per vístola, per frater, es decir, cuando era llamada a la mesa para el padre declararlo, o por una carta o por herencia, el ritmo de los tiempos ha determinado que exista una prueba maravillosa, que es el ADN. Entonces, la ley lo que intenta es adecuarse a este modernismo, la prueba genética de ADN, desde el momento de la concepción en que se unen esas dos maravillosas células, se ha transmitido en esos cromosomas no solamente la vida sino las características del padre. Esa prueba es, diríamos, irrefutable, porque es el 98% de acierto».*

Concluyó su intervención manifestando su creencia en que «[...] el Perú va a dar un paso muy importante, porque hay muchos niños ilegítimos. Es duro caminar por la calle sin un apellido o ser desconocido por el propio progenitor, son millones los peruanos que están en esta situación. Yo creo que la prueba de ADN que tanta controversia ha causado, tiene en este instrumento una prueba maravillosa para aquellos niños que no tienen la suerte de tener un padre legítimo. [...] En términos generales [...] creo que estamos frente a un proyecto social muy importante. Vamos a darle facilidad a una madre para que termine su vía crucis de ser reconocido el hijo que llevó en su vientre; y al niño, tener un apelli-

do, el apellido legítimo de quien lo engendró, y camine con un apellido realmente que le corresponde no solamente moralmente, sino genéticamente».

Seguidamente, la congresista Morales Castillo recordó que, en estas situaciones «[...] el niño o la niña por nacer, o ya nacido, en estas situaciones no solamente tiene derecho a la vida, que es diferente a la vida del padre y de la madre, sino que tiene derecho a tener un nombre [...]» en tanto que el congresista Alejos Calderón afirmó que «Se trata de conocer la filiación de una persona en relación a un niño u otra persona. Por esa razón que habla de quién tenga interés. Puede ser el padre o también la mujer; o sea, el hombre o la mujer que quiera verificar si, efectivamente, ese niño es su hijo; o puede ser un abuelo o un familiar, un hermano que quiere verificar porque no tiene el apellido correspondiente».

En el debate realizado en la Sesión Vespertina 23-E del Congreso de la República, su fecha 2 de diciembre de 2004, el congresista Santa María Calderón hizo referencia al derecho «[...] que tiene todo niño de tener su identidad, saber quién es, saber quién es su padre, saber de dónde viene. Ese derecho está consagrado por la Constitución, está siendo ahora consagrado por esta ley y esto tiene una nueva modalidad, mucho más eficiente, establecer en un proceso especial la filiación extramatrimonial. Ya no se va a requerir de un proceso latoso, largo y, a veces, hasta vergonzoso que

había que traer testigos de las relaciones íntimas, de la forma cómo podía acreditarse la paternidad [...] lo que se ha tratado de facilitar es, igualmente, a algunos –creo que son dos millones de menores– que no tienen una paternidad. Entonces, con esta ley se está facilitando que esos niños no sean los resentidos de la sociedad, sino que tengan un origen, una filiación. Por tanto, esta ley es una ley sumamente social, sumamente humana. Es un principio cívico constitucional de derecho al nombre y de filiación».

#### 4.3. Derecho al nombre

Como se advierte de lo expresado en el párrafo precedente, el bien jurídico que ha pretendido proteger la normativa aprobada, al establecer un proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, es el derecho de las personas a llevar el apellido que corresponde; es decir, a tener un nombre.<sup>7</sup>

Resulta pertinente considerar que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 21 del Código Civil de 1984, promulgado bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979, corresponden al hijo extramatrimonial «[...] los apellidos del progenitor que lo haya reconocido [...]. Rige la misma regla en caso de filiación por declaración judicial».

En efecto, en el numeral 1 de su artículo 2 la Constitución de 1979 consagró el derecho de toda persona a la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desen-

volvimiento de su personalidad. A su vez, el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993 declara el derecho de toda persona a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Así, pues, el derecho de las personas a llevar el apellido que corresponde; es decir, a un nombre propio, constituye ya bien jurídico protegido, tanto por los citados ordenamientos: constitucional y civil, como por la Carta Política de 1993 en vigencia.

Efectivamente, la normativa civil vigente ha previsto los medios necesarios para que toda persona tenga un nombre.

En su primera parte, el artículo 19 del Código Civil declara que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Es pertinente esclarecer que esta norma debe aplicarse, tratándose de un hijo, en concordancia con las disposiciones contenidas en los artículos 20 al 23 del mismo cuerpo de leyes. Por tanto, el derecho y el deber de llevar un nombre que tiene toda persona se contrae a llevar el nombre que le corresponde y no otro, nombre que –en virtud de lo dispuesto por la segunda parte del mismo artículo 19– incluye los apellidos.

En armonía con lo dispuesto en los artículos 20 y 21 del Código sustantivo, si la persona ha sido reconocida por sus dos progenitores, lleva el apellido paterno de ambos; si solamente lo ha sido por uno de

<sup>7</sup> Constitución Política de 1979. **Artículo 2.-** «Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece». (norma vigente al promulgarse el Código Civil actual).- Código Civil de 1984. **Artículo 19.-** «Toda persona tiene derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos».- Constitución Política de 1993. **Artículo 2.-** «Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece».

ellos, lleva los dos apellidos de este progenitor; si ha sido reconocida por uno de ellos y declarada judicialmente respecto del otro, lleva el apellido paterno de ambos.

Como se advierte, no se da situación alguna en que una persona carezca del nombre que le corresponde.

Por el contrario, como se ha expresado en las páginas precedentes, podría darse situación en la que, en razón de la declaración de paternidad obtenida por persona con «legítimo interés», en la acción iniciada al amparo de la ley bajo análisis, resulte otra titular del derecho y del deber de llevar un nombre que no le corresponde.

Conviene recordar que se trata de un derecho fundamental de la persona, no de una obligación.

En este orden de ideas, se ha formulado ya la interrogante relativa a la hipótesis de que tal «legítimo interés» fuera contrario al interés más legítimo aun de esta persona, habiendo ella decidido no intentar acción de declaración judicial de paternidad, por razones de índole personal que atañen únicamente a su intimidad.

De darse esta situación, idea que ya se ha esbozado en estas páginas, a consecuencia del éxito del proceso iniciado por esta persona

con «legítimo interés», resultarían dos hechos de extrema gravedad: no solamente una severa violación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar sino, especialmente, la conversión del derecho de identidad de toda persona en una obligación para ella misma, situación «*sui generis*» por calificarla de alguna manera.

Cuestión distinta es que, manteniendo reservada la titularidad de la acción para el hijo (por sí mismo o representado por su madre, su tutor o su curador), tal como dispone el artículo 407 del Código Civil, es decir sin hacerla extensiva a quien tenga legítimo interés, la ley en comentario hubiera consagrado normas que den celeridad al proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

##### 5. MAYOR CELERIDAD DEL PROCESO

Cabe pues, resaltar que –en este aspecto– la Ley N° 28457 ha reiterado la normativa constitucional y civil ya consagrada, si bien habría posibilitado una mayor celeridad del proceso orientado a la efectiva obtención de tal derecho.

No obstante, es preciso destacar que esta normativa adolece de deficiencias que obstaculizan, por no decir que impiden, el logro de su propósito esencial.

Se trata, en esencia, de las siguientes situaciones que pueden perfectamente darse:

(a) La concurrencia del emplazado-oponente a la toma de las muestras para la realización de la prueba del ADN y el «no pago», en ese momento, de su costo, por el demandante, manifestando haber solicitado auxilio judicial.

(b) La suspensión del proceso durante el trámite del auxilio judicial solicitado por el demandante, no obstante lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 181 del Código Procesal Civil.

(c) La negación del auxilio judicial solicitado por el demandante, quien, aún así, no efectúa el pago de su costo.

(d) La concesión del auxilio judicial solicitado por el demandante y la negativa de la entidad privada especializada a la realización de esta prueba biológica, en razón de carecer de todo efecto, para ella, el auxilio judicial concedido al obligado al pago de su costo (al momento de toma de las muestras) y de ser indispensable dicho pago.

(e) La inconcurrencia de madre e hijo a la toma de muestras, en razón de haberse iniciado el proceso por persona ajena cuyo «legítimo interés» resulte ser, incluso, contrario al interés más legítimo aun de aquéllos.