



**UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL
PERÚ.-**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS.**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA
ABOGADO 2015 II.-**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN ASISTIDA

**EXAMEN DE ADN Y SU ACTUACIÓN COMO MEDIO
PROBATORIO EN TODO TIPO DE PROCESO.**

PRESENTADO POR:

- ✓ AHUANARI FLORES, GISELA MARISOL.
- ✓ VÁSQUEZ OROCHE, JAIR EBERTO.

***IQUITOS – PERÚ.
2015.***

INDICE

DEDICATORIA	4
ACTAS DE SUSTENTACIÓN EN TITULACIÓN	
RESUMEN	6
 EXAMEN DE ADN Y SU ACTUACIÓN COMO MEDIO PROBATORIO EN TODO TIPO DE PROCESO.-	
 INTRODUCCIÓN	
ANTECEDENTES DEL ESTUDIO.	8
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	16
Caracterización del problema.	16
Enunciado del problema.	19
OBJETIVOS.	20
Objetivo General.-	20
Objetivo Especifico.-	20
JUSTIFICACIÓN.	21
 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	
MARCO TEÓRICO.	23
MARCO TEÓRICO GENERAL.	23
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA ORGANIZACIÓN JURIDICA DE LA FAMILIA.-	23
VINCULO JURIDICO E INTERES FAMILIAR.	25
ROL DE LA AUTONOMIA PRIVADA EN LAS RELACIONES FAMILIARES.	26
EL ESTADO DE FAMILIA.	26
EL PARENTESCO.	27
Autores Nacionales:	27
Autores Extranjeros:	28
LA FAMILIA.	29
Concepto y Características.	29
Autores Nacionales:	29
Autores Extranjeros:	30
TIPOS DE FAMILIA SEGÚN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	31
TIPOS DE FAMILIA EN OTROS PAISES.	33
MODELO CHILENO.	33
Clases de Familia.	33
MODELO ARGENTINO.	35
ANALISIS DE LA CONSTITUCION DE LA FAMILIA.	38
La historia constitucional de la Familia.	38
La Familia en la Constitución histórica del Perú.	38
Modelo de Familia definido en la Constitución de 1993.	39
La Familia como institución natural.	39
La Familia en la normatividad Peruana.	40
MARCO TEÓRICO ESPECÍFICO.	41
FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.-	41
CONCEPTO.	41
CARACTERÍSTICAS.	42
Juez Competente.	42
Titular de la Acción.	42

De los Lineamientos del proceso.	43
Sistema Abierto.	45
Únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial.	46
Inextingibilidad de la acción	46
Normas que protegen el derecho a la identidad del niño y el adolescente	47
TRAMITE DEL PROCESO.	48
Demanda, acumulación de pretensiones y juez competente.	48
Oposición.	49
Oposición fundada.	50
Oposición infundada.	51
Apelación.	51
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD.-	52
CONCEPTO.	52
Hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días.	53
DIFERENCIA ENTRE NEGACIÓN DE PATERNIDAD E IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD.	54
CARACTERÍSTICAS.	58
JUEZ COMPETENTE.	58
TRAMITE DEL PROCESO.	59
Plazo para interponer la acción contestatoria.	59
Prohibición de negar al hijo por nacer.	60
Causales de improcedencia de la negación.	61
Titularidad de la acción de negación.	61
Acción negatoria por los ascendientes del marido incapaz.	62
Demandados en la acción negatoria.	63
Carga de la prueba.	63
Contestación y reconvención de la demanda de impugnación de paternidad.	64
Rebeldía.	64
Saneamiento del Proceso.	64
Audiencia Conciliatoria, o de Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio.	65
Juzgamiento anticipado del proceso.	66

METODOLOGÍA

TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.	67
Tipo de investigación.	67
Nivel de investigación.	67
DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.	67
OBJETO DE ESTUDIO.	67
FUENTE DE RECOLECCIÓN DE DATOS (BASE DOCUMENTAL).	67
PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS.	68
La primera abierta y explorativa:	68
La segunda más sistematizada en términos de recolección de datos:	68
La tercera consistente en un análisis sistemático	68
CONSIDERACIONES ÉTICAS.	69
RIGOR CIENTÍFICO.	69
CONCLUSIONES	70
RECOMENDACIONES	72
BIBLIOGRAFÍA	73
ANEXO: EXP. N° 00227-2011-PA/TC.	77

DEDICATORIA

A Dios por la Vida y el Vigor ante mi
persona, lo doy gracia por la Guía y el
Buen Camino que me dirige.

A mis padres por el amor, cariño y por el
apoyo que me brindan cada día para el
éxito de mi formación profesional.



ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 11:30 horas del día Lunes 11 del mes de Enero del año 2016, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación de la bachiller:

AHUANARI FLORES GISELA MARISOL

En la modalidad de: **TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL**, con el tema **Examen de ADN y su actuación como medio probatorio en todo tipo de Proceso.**

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

Indicador	Examinador 1	Examinador 2	Examinador 3	Promedio
Dominio del Tema	3	3	3	
Calidad de redacción	3	3	3	
Competencia expositiva (calidad conceptual, coherencia y argumentación)	4	4	4	
Calidad de las respuestas	3	3	3	
Uso de terminología especializada	3	3	3	
Calificación final	16	16	16	

Calificación final (en letras) Dieciséis

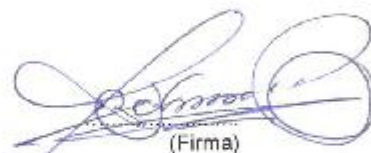
Leyenda:

Indicador	Descripción	Puntaje
A	Deficiente	1
B	Regular	2
C	Satisfactoria	3
D	Óptima	4

Presidente : Mgr. ROGER A. CABRERA PAREDES

Miembro : Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ

Miembro : Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO


(Firma)

.....
(Firma)

.....
(Firma)

Nota: La calificación es en el sistema vigesimal (0-20). El puntaje mínimo aprobatorio es de 14



ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 11:30 horas del día Lunes 11 del mes de Enero del año 2016, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación del bachiller:

VÁSQUEZ OROCHE JAIR EBERTO

En la modalidad de: **TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL**, con el tema **Examen de ADN y su actuación como medio probatorio en todo tipo de Proceso.**

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

Indicador	Examinador 1	Examinador 2	Examinador 3	Promedio
Dominio del Tema	3	3	3	
Calidad de redacción	3	3	3	
Competencia expositiva (calidad conceptual, coherencia y argumentación)	4	4	4	
Calidad de las respuestas	3	3	3	
Uso de terminología especializada	3	3	3	
Calificación final	16	16	16	

Calificación final (en letras) DIECISEIS

Leyenda:

Indicador	Descripción	Puntaje
A	Deficiente	1
B	Regular	2
C	Satisfactoria	3
D	Optima	4

Presidente : Mgr. ROGER A. CABRERA PAREDES

Miembro : Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ

Miembro : Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO

(Firma)

(Firma)

(Firma)

Nota: La calificación es en el sistema vigesimal (0-20). El puntaje mínimo aprobatorio es de 14

**EXAMEN DE A.D.N
Y SU ACTUACIÓN**

**COMO MEDIO
PROBATORIO EN**

**TODO TIPO DE
PROCESO.-**

RESUMEN

El presente trabajo de investigación que ponemos a criterio de los señores miembros del jurado se titula: Examen de ADN y su Actuación como Medio Probatorio en todo Tipo de Proceso”. Tiene por objeto verificar sí, es conducente la actuación de la prueba de ADN para resolver la pretensión de declaración judicial de paternidad y de impugnación de paternidad.

Se ha tomado en cuenta como antecedente del trabajo de Luis Alberto Alvarado Calderón (Guatemala, octubre de 2010), que investigo el A.D.N. como Medio de Prueba Científico en la Filiación y de Roberto Wesley Zapata Durán (Salamanca, 2011), que investigo la Prueba en los Procesos de Filiación.

Posee como planteamiento del problema de un hijo sin una identidad definida y la madre cargando toda la responsabilidad de formar una persona, un ciudadano. Y la utilidad de la prueba de ADN en el proceso judicial la que servirá para acreditar la filiación.

Por el enfoque y naturaleza de la información corresponde un tipo de investigación cualitativa, porque no se operacionalizara la variable.

Se ha seleccionado intencionalmente el expediente del Tribunal Constitucional, utilizando la técnica por conveniencia que es un muestreo no probalístico; porque se elige en base a la experiencia y comodidad del investigado.

Para facilitar la identificación del procedimiento de recolección y análisis de dato; se ha utilizado la técnica del fichaje, la observación, el análisis de contenido, y un cuaderno de notas. En cuanto sea posible se ira redactando los datos para demostrar la

coincidencia de los datos. Por otra parte, consiste en un análisis sistemático por el nivel profundo orientado por los objetivos y articulando los datos con los referentes teóricos y normativos desarrollados en la investigación.

Y por último se ha utilizado los métodos generales como el método sintético, analítico, deductivo e inductivo.

I INTRODUCCIÓN.-

1.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO.

Luis Alberto ALVARADO CALDERÓN (Guatemala, octubre de 2010), investigo “El A.D.N. como Medio de Prueba Científico en la Filiación”¹. Cuyas conclusiones se aprecian:

- ✓ El Derecho Civil, es una de las ciencias fundamentales y legales para normar la sociedad, en nuestra legislación han existido una serie de distintos Códigos Civiles, que han cambiado y avanzado a través del tiempo; cambios relacionados con la familia, personas las leyes tienen que ser modificadas para poder adaptarse a la nueva sociedad que es cambiante en cuanto materia Civil se refiere, claro quedan muchas lagunas por llenar y muchos cambios que atravesar con la confianza que los legisladores adecuen el sistema normativo a las distintas necesidades de la población.
- ✓ La familia, es la más antigua en virtud de ser una colectividad natural, es una de naturaleza jurídica y que el estado, al reglamentarla en sus diferentes aspectos, no está creando, sino reconociendo su verdadera importancia como organismo primogenio del Estado. La más importante porque sin ella no se concibe la posibilidad de una vida en sociedad. El núcleo social fundamental basado en vínculos consanguíneos y descendencia formado por sujetos singulares cuya posición jurídica está determinado y cualificada por la pertenencia a este grupo.

¹ **Luis Alberto ALVARADO CALDERÓN** (Guatemala, octubre de 2010), investigo El A.D.N. como Medio de Prueba Científico en la Filiación.

- ✓ La filiación es un recorrido de la humanidad en materia civil, y llegar a construir la relación padre-hijo. El fundamento biológico que se da como evidente, no es más que el cimiento sobre el que se construye esta relación, de manera que tanto las leyes basadas en el derecho romano como en el germánico, reconocen el derecho de paternidad en favor del padre legítimo. Cuando viene a disputarle ese derecho un padre “biológico”.
- ✓ Jurídicamente los medios de prueba, son los instrumentos por virtud de los cuales la ley sujeta a las partes en el proceso o juicio en su actividad demostrativa de los hechos que integran los elementos de su acción o de su excepción; o sea, deben de ser utilizados por las partes del proceso para producir en el juzgador la prueba que no es otra cosa, que producir un estado de certidumbre en la mente del Juez, de la existencia o de la inexistencia de un hecho.
- ✓ La prueba de ADN, podrá a venir a revolucionar los medios de prueba que determinan la filiación y la paternidad. Sin embargo, y ello ha venido a desencadenar un debate sobre la cuestión ética y de protección a los derechos fundamentales de las personas. De acuerdo al derecho inherente de la persona, ninguna persona podrá ser obligada a hacer lo que la ley no prohíba en consecuencia en caso de la prueba de ADN de no a aportar una muestra para dicha prueba con el objeto de acreditar si existe o no vínculo de parentesco por consanguinidad puesto que afecta sus derechos al poner al descubierto otros aspectos patológicos o de conducta que pertenezcan a su más absoluta intimidad.

Roberto Wesley ZAPATA DURÁN (Salamanca, 2011), investigo “La Prueba en los Procesos de Filiación”². Cuyas conclusiones se aprecian:

- ✓ El ser humano por su naturaleza social, se va uniendo a otros, creando con ello a la institución familiar y ésta considerada el núcleo de la sociedad, la cual es una institución social y jurídica, dentro en la que se satisfacen las primeras necesidades de la persona y por ende, es la base parental y la forma más generalizada de perpetuar la especie; de aquí debemos entender a la filiación como el vínculo de mayor importancia para la conexión de estos lazos familiares, ya que se generan los derechos y deberes de asistencia mutua y desarrollo personal entre los padres e hijos principalmente.
- ✓ La filiación es un derecho de identidad, con el cual nace todo ser humano, y como derecho fundamental requiere una protección y determinación, como sería lo relativo a la individualidad biológica, el derecho a la investigación de la paternidad y el derecho a conocer el propio origen biológico, por contar cada individuo con una sola filiación llamada biológica, surgida de la concepción generada por sus progenitores, y por ende de la aportación de material genético de dos personas y la cual debe estar debidamente determinada para surtir sus efectos legales.
- ✓ Los términos “paternidad” y “filiación” expresan calidades correlativas, esto es la calidad de padre y la calidad de hijo; pero evidentemente la filiación es un concepto más extenso, ya que reposa no solo en la paternidad, sino igualmente en la maternidad; esto de manera tal que el título de adquisición del

2 **Roberto Wesley ZAPATA DURÁN** (SALAMANCA, 2011), investigo “La Prueba en los Procesos de Filiación”.

estado de hijo tiene su causa en la procreación, constituyendo el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paternal; sin embargo, esta relación igual puede constituirse sin hecho biológico o existir un hecho biológico sin filiación, o no existir una procreación propiamente dicha y una filiación por determinarse.

- ✓ El problema de la filiación surge al correlacionar el vínculo biológico con el jurídico, ya que mientras el primero es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento, contraponiéndose en ocasiones. De ahí que se pueda hablar de dos cuestiones fundamentales en la filiación que son el hecho biológico de la procreación y el acto jurídico de su prueba; sentando sus bases en las ciencias biológicas, las que tienen como regla el hecho de que el hijo necesariamente tiene un padre que inició la fecundación y una madre que lo alumbró. Pero para el Derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre éstos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación; no existiendo siempre una correlación exacta entre la paternidad jurídica y la biológica, aun cuando el Derecho trate de apoyar la primera en la segunda, esforzándose porque ambos conceptos concuerden, aunque la afirmación jurídica de la filiación es una realidad biológica presuntiva.
- ✓ Tender a la verdad biológica, dejando de lado la social, es tanto como la realidad actual de admitir la prueba biológica sin brindarle una adecuada regulación jurídica, reafirmando el principio natural de que la filiación tiene su causa iuris en la concepción. Así, en los sistemas filiales cerrados, la investigación paternal se tolera siempre que existan elementos básicos que predeterminen un estado de familia, o bien de

otra forma, que exista un principio de los hechos en que se funde que permitan la admisibilidad de la demanda; estos elementos son las presunciones que se fundamentan en indicios, reflejando casos sociales que lleven a suponer que una persona es padre de otra porque existen hechos ocurridos, conductas asumidas o situaciones por comprobar que así lo permitan presumir.

- ✓ La presunción de la filiación se da por la imposibilidad biológica de probar el nexo filial, de aquí que se tomen de referencia en la indagación de la paternidad, con todas las limitaciones e inseguridades que se genera, caso específico de México, en que se ha buscado en la presunción el origen genético de la filiación. La presunción simplemente es un acto que ha permitido fundar la determinación de la paternidad, pero en ningún momento puede asegurar la certeza de la misma, ya que todas admiten prueba de descargo, por tanto el presunto padre puede probar por los medios legales de que disponga la no paternidad. En consecuencia, en nuestra opinión las presunciones deben tener como características: en primer lugar, la no determinación automática de la paternidad y, en segundo lugar, ser presupuesto para la indagación de la misma, servir de elemento que complementa la valoración del material probatorio y admitir prueba en contrario, debiendo perder de este modo toda eficacia directa sobre la determinación de un hecho biológico.
- ✓ Es necesario un cambio que permita la amplia investigación de la paternidad tendiendo a fomentarla a través de principios como la igualdad de los hijos, la permisibilidad de la investigación de la paternidad, la admisibilidad de la prueba biológica y el fomento de la paternidad responsable. Las pretensiones de filiación son de estado, siendo su objetivo el de establecer el verdadero estado filial y tienen como

características el ser imprescriptibles, inalienables, personales, intransmisibles, irrenunciables y de eficacia erga omnes. Se dirigen a la determinación biológicos del vínculo filial.

- ✓ La investigación de la paternidad ha sido preocupación de todos los tiempos, el ser humano ha tratado de encontrar la huella imperecedera y precisa que permita establecer la real y verdadera vinculación biológica con quienes le dieron el ser y la vida; de aquí se deriva el hecho de que la investigación biológica de la paternidad debe contar con medios de prueba exactos y científicos, con el empleo de técnicas que arrojen resultados precisos e indudables, ya que una de las mayores ambiciones legales es el hacer coincidir la relación biológica con la legal, lograr que la condición de hijo legal corresponda genéticamente a la de hijo biológico. Para el Derecho como para la sociedad ello se ha presentado como una finalidad necesaria pero que, debido a consideraciones de orden meramente técnico, no se podía lograr; sin embargo, las biopruebas de paternidad al sustentarse en marcadores genéticos presentes en el organismo de los padres y los hijos, lo pueden lograr.
- ✓ Un examen hematológico para investigar la paternidad debe comportar el estudio de la mayor cantidad de grupos sanguíneos de manera tal que se alcance un alto grado de certeza en la negación de la paternidad, permitiendo un acercamiento a la determinación de la paternidad cuando el examen hematológico unido con otras pruebas puede inferir una relación parental. Los principios genéticos de la investigación de la paternidad, presentan en la actualidad dificultades en el campo jurídico, por el desconocimiento y falta de actualización de los jueces y abogados, por lo cual se ha restringido su aplicación en la práctica, sin embargo es

necesario que se legisle sobre la prueba heredobiológica, por su propia naturaleza y efectividad, y no solo en materia civil, sino en las demás materias jurídicas que sea necesario, a fin de tener una figura especial para su ejecución y valoración por el juez. Así se ha hecho en algunos ordenamientos, pero otros como el mexicano se encuentra rezagado en esta materia.

- ✓ Es necesario el estudio de las pruebas heredobiológicas con el fin de destruir las peligrosas presunciones, poniendo el derecho superior del niño a conocer su origen biológico frente al derecho a la intimidad del padre, y así hacer una vinculación efectiva. Apoyamos el carácter obligatorio del sometimiento a la experticia biológica para que el juez pueda extraer y determinar un lazo filial cierto y efectivo y así una resistencia válida a la resistencia del padre. Y no debe limitarse al uso de las pruebas heredobiológicas a aquellos casos de indagación del nexo filial producto de una relación extramatrimonial. La aplicación jurídica de las mismas debe estar orientada, conjuntamente en beneficio de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, ya que en ambos casos el fenómeno de la procreación posee las mismas características, por tanto, la calidad de padre debe ser investigada con igual trascendencia.
- ✓ La Constitución en México, no contiene una norma expresa que fomente la investigación de la paternidad, como sí lo hacen otras constituciones que se orientan hacia el descubrimiento de la verdad filial, a través de todos los medios posibles, como lo es el caso de la española. Las disposiciones igualmente contenidas en el Código Civil de México no brindan aún una regulación cabal y justa en el ámbito paterno filial en beneficio de los hijos y de los padres, por lo cual debe adecuar sus normas en defensa del principio de legalidad y de protección de los menores carentes de lazos parentales.

- ✓ Es importante compatibilizar los tratados internacionales sobre derechos humanos, Constitución, leyes de protección de niños y adolescentes y los códigos civiles y familiares del mundo, de manera tal que en los distintos ordenamientos se reconozca el derecho fundamental de toda persona para reclamar su filiación sobre la base de la probanza del nexo biológico, en virtud de que la investigación de la paternidad es un derecho inherente de la persona cuyo objetivo es indagar, adecuar y establecer la verdad biológica con la relación jurídica de la filiación. Por ende, como derecho, protege y encauza el interés privado de la persona por hallar sus orígenes familiares a través de los medios jurisdiccionales correspondientes.

- ✓ El derecho de la identidad se ha especializado con la identidad genética y ha aparecido como un nuevo derecho, el de conocer el propio origen biológico y su garantía, cual es la promoción constitucional de la investigación de paternidad. El derecho a conocer el origen biológico es una facultad propia y natural del ser humano y le permite el ejercicio de averiguar quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar discutido o ser debatible. En doctrina como en la jurisprudencia se ha argumentado que la aplicación de pruebas biogenéticas ocasionaría la afectación de derechos fundamentales como la libertad, la objeción de conciencia, la dignidad, la intimidad, la integridad, la igualdad, el honor, a no declarar contra sí mismo y hasta la primacía de la presunción de inocencia frente a la inspectio corporis y el derecho a la tutela judicial efectiva.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.2.1. Caracterización del problema.

En el Perú, muchas mujeres de ser madres, de haber parido y criado a su descendiente, realidad que no ocurre con el hombre.

Pero a pesar de estas situaciones, con el transcurso del tiempo que no se compadece de nadie, se genera hacerse más grave el problema que trae como consecuencia a perjudicar directamente al hijo sin una identidad definida y a la madre cargando toda la responsabilidad de formar una persona, un ciudadano. La mujer y su descendiente, que dicho sea de paso no es solo de ella, sino de aquel que colaboro en el engendramiento, merecen todo el respeto y acción de la ley.

Sin embargo, a diario en todos los órganos jurisdiccionales del país se presentan múltiples demandas por parte de los ciudadanos en busca de una solución a sus problemas; mientras que los órganos jurisdiccionales emiten decisiones que se evidencian en las denominadas sentencias.

Unas de estas peticiones, es la declaración judicial de paternidad extramatrimonial que solicitan la madre en representación de su hijo para que el juez ordene que se practique la prueba de ácido desoxirribonucleico o ADN en los procesos de reconocimiento de filiación de menores, pese a que no haya sido ofrecido por las partes o estas se hayan desistido de su actuación. De esta manera se podrá determinar el vínculo y con ello la identidad biológica del menor respecto de su padre, lo que solo puede ser definido mediante dicho medio probatorio. En este mismo podrá

acumularse como pretensión accesorio, la fijación de una pensión alimentaria.

Por otra parte, cuando no existe vínculo parental unas de estas peticiones es la impugnación de paternidad que también se demuestra a través de la prueba de ADN.

Por su parte, en la legislación peruana, el pedido de filiación puede fundarse en diversos hechos como para acreditar la filiación a través de la prueba del ADN, en el caso de: filiación judicial de paternidad extramatrimonial se lleva a cabo en la vía procedimental del Proceso Especial. El ADN como medio probatorio también se ajusta en el caso de impugnación de paternidad que se lleva a cabo en la vía procedimental del Proceso de Conocimiento y concluye con una sentencia.

En dicha sentencia, el órgano jurisdiccional se debe pronunciar sobre varios aspectos, conforme se ha indicado en líneas precedentes. Uno de estos ejemplares que acredita la praxis de la administración de justicia, ante el pedido de una declaración judicial de paternidad extramatrimonial y de una decisión final contenida en una Sentencia del Tribunal constitucional, es aquel que se observa en el expediente N° 00227-2011-PA/TC Lambayeque.

En este documento (expediente), se puede observar que el accionante interpone demanda de amparo contra la jueza a cargo del Segundo Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo, y otros, solicitando que en el proceso judicial se le ha vulnerado su derecho al debido proceso toda vez que el órgano judicial dispuso de oficio la actuación de la prueba de ADN, a pesar de que la misma no tiene como

finalidad probar ningún asunto demandado ni fijado como punto controvertido; siendo, además que dicha prueba solo puede ser actuada por el Juzgado de Paz Letrado, y no por el Juzgado Especializado de Familia.

Asimismo, tomando en cuenta que las partes han contestado la demanda argumentando que la prueba de ADN es completamente pertinente para la resolución de los puntos controvertidos de la demanda, y que el que se haya ordenado la actuación de un medio probatorio de oficio y que éste sea el ADN, no implica cambio alguno de la competencia procesal. El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, declara infundada la demanda de amparo considerando que el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial está orientado a determinar si doña Ludovica del Cisne Mariani Tapia es hija de don Juan Mariani Calandria, resultando pertinente la actuación de la prueba pericial de ADN, la cual no puede ser ordenada solo en una clase de proceso judicial ante el Juzgado de Paz Letrado.

Este Colegiado ratifica la pertinencia y la utilidad de la prueba de ADN en el proceso judicial, la que servirá para acreditar si don Juan Antonio Mariani Calandra es el padre (o no) de la demandante Ludovica del Cisne Mariani Tapia.

Así como aprecia, que detrás de toda pretensión de declaración de paternidad subyace in vivo el ejercicio del derecho fundamental a la identidad, el cual comprende el derecho a un nombre conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica.

De modo tal que, en el caso de autos, la orden de actuación de la prueba de ADN no vulnera derecho constitucional alguno del recurrente, sino que, por el contrario, constituye la concretización judicial del derecho de Ludovica del Cisne Mariani Tapia a la identidad, a efectos de saber realmente quién es o no es su padre; a la par que constituye la concretización del valor Justicia en la resolución del proceso judicial. Por estos motivos, la demanda debe ser desestimada.

Teniendo en cuenta la decisión tomada por este tribunal, son una de las tantas decisiones que se emiten diariamente y la problemática que enfrenta el Poder Judicial Peruano ha motivado formularse la siguiente pregunta de investigación.

1.2.2. Enunciado del problema.

¿Resulta conducente la actuación de la prueba de ADN para resolver la pretensión de declaración judicial de paternidad y de impugnación de paternidad?

Este enunciado de problema o pregunta de investigación, respectiva; ha sido dividida en sub preguntas para facilitar la investigación de la forma siguiente:

1.2.2.1. ¿La efectividad de la prueba científica del ADN tiene un grado de certeza para acreditar los puntos controvertidos fijados por el juez?

1.2.2.2. ¿La resolución admisorio es un mandato declarativo de paternidad extramatrimonial o un requerimiento para la práctica de la prueba científica de ADN?

1.2.2.3. ¿Quién abona el costo de la prueba de ADN en el proceso de declaración judicial de paternidad. En caso contrario puede solicitar el auxilio judicial?

1.2.2.4. ¿Qué sustenta y admite el ADN en el proceso de impugnación de paternidad?

1.2.2.5. ¿Caduca la acción judicial para interponer proceso de filiación extramatrimonial?

Asimismo, para dar respuesta al problema o pregunta de investigación general, y las sub problemas o sub preguntas de investigación, nos hemos trazado alcanzar un objetivo general y cinco objetivos específicos de la siguiente forma:

1.3. OBJETIVOS.

1.3.1. Objetivo General.-

Verificar si, es conducente la actuación de la prueba de ADN para resolver la pretensión de declaración judicial de paternidad y de impugnación de paternidad.

1.3.2. Objetivo Especifico.-

1.3.2.1. Evaluar si, la efectividad de la prueba científica del ADN tiene un grado de certeza para acreditar los puntos controvertidos fijados por el juez.

1.3.2.2. Determinar si, la resolución admisorio es un mandato declarativo de paternidad extramatrimonial o un requerimiento para la práctica de la prueba científica de ADN.

1.3.2.3. Determinar quién abona el costo de la prueba de ADN en el proceso de declaración judicial de paternidad. En caso contrario puede solicitar el auxilio judicial.

1.3.2.4. Analizar que sustenta y admite el ADN en el proceso de impugnación de paternidad.

1.3.2.5. Verificar si, caduca la acción judicial para interponer proceso de filiación extramatrimonial.

1.4. JUSTIFICACIÓN.

El presente trabajo de investigación se justifica y tiene relevancia jurídica por las siguientes consideraciones:

- En el Perú, cada vez es mayor que las mujeres cumple el papel de madre y padre ante sus menores hijos, se requiere que se reconozca la libertad en la averiguación del nexo parental, sin restricciones, dando la facilidad a la interesada para encontrar una justa aplicación de la ley.
- Para poner en conocimiento que la ley 29821 Ley que modifica los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la ley 28457, Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial. Y que garantiza a la madre soltera no hacerse cargo de los costos de la muestra de la prueba biológica de ADN. Por lo tanto esta investigación posee un interés para reconocer y proteger los derechos de la persona y que conlleva a exigir a nuestra legislación que este proceso especial tiende a tener garantía y quede al margen la inseguridad, por primar el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto de sus derechos.

- Asimismo la ley especial que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial se pretende alcanzar la realidad para evitar enfrentamiento o conflictos familiares y que el avance de la ciencia se puede sustentar la pretensión con la certeza del ADN.
- Así como también, la certeza del ADN es útil como en los casos de procesos de impugnación de paternidad, cuando el que no se considere ser padre del hijo que se le designa como tal.

II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.-

2.1. MARCO TEÓRICO.

2.1.1. MARCO TEÓRICO GENERAL.

2.1.1.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA ORGANIZACIÓN JURIDICA DE LA FAMILIA.-

Cuando hablamos de la familia jurídica nos queremos referir a la familia que ha sido asumida por el Derecho para darle cobertura legal, entendiendo a éste como la expresión de una decisión política de ordenar el conjunto de relaciones que se dan en una concreta sociedad. Y como toda decisión política implica necesariamente una selección del conjunto de relaciones sociales que deben tener cabida en el ordenamiento jurídico: son aquellas que interesan para el diseño del modelo que se pretende, que para el caso de la familia, se traduce en identificar el tipo o tipos de organizaciones familiares que deben ser objeto de protección y regulación.

A partir de ahí se incide en la misma imponiendo reglas, regulando comportamientos, estableciendo el momento de su nacimiento para el mundo jurídico, y también su extinción. Y lo hace con una técnica que le es propia, elaborando nociones o categorías e instituciones que absorben a esa realidad social hasta convertirla en una realidad jurídica.

La familia jurídica responde a relaciones sociales de familia, pero no todas las relaciones familiares que se establecen

entre las personas tienen relevancia jurídica, pues puede ocurrir, y de hecho ha ocurrido a lo largo de la historia, que el diseño normativo de la familia responda únicamente a un concreto modelo, el que existe en el grupo dominante, en el plano político, cultural o económico, y su imposición depende del tipo de participación política que rija en cada tiempo y sociedad. En esta línea, nos podemos encontrar con modelos o con comportamientos familiares que coexisten en el seno de una concreta sociedad, que no tienen su adecuado reflejo en el Derecho.

El artículo 233° del Código Civil de 1984 establece que “la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”.

Los principios relativos a la familia contenidos en la Constitución de 1993, son los siguientes:

- a. El Principio de Protección a la Familia.
- b. El Principio de Promoción del Matrimonio.
- c. El Principio de Reconocimiento Integral de Uniones de Hecho.
- d. El Principio de Protección Especial de la Niñez, Adolescencia, Maternidad y Ancianidad.
- e. El Principio de Igualdad de los Hijos Frente a los Padres.³

3 Los Principios Fundamentales del Derecho de Familia.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d285d680467c3ef390c2d693776efd47/Los+principios+constitucionales+del+derecho+de+familia.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d285d680467c3ef390c2d693776efd47>

2.1.1.2. VINCULO JURIDICO E INTERES FAMILIAR.

Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de derechos y obligaciones recíprocos de los integrantes de la familia.⁴

El interés familiar como principio rector de la gestión de los bienes.- Si bien no hay norma expresa sobre el particular, por el principio constitucional de protección de la familia y por la consideración en el Código Civil de que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, está implícito que la gestión de los bienes debe responder al interés familiar, como precepto rector, cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor.

Así como el ejercicio de la propiedad debe realizarse en armonía con el interés social, la gestión de los bienes en el matrimonio debe responder al interés familiar. Éste se impone como un límite natural a la administración y disposición de bienes propios y sociales, según el caso; se constituye, pues, en la medida necesaria para afectar patrimonialmente a la familia y que, de hecho, los cónyuges utilizan en un matrimonio normal. Por ello y ante su inobservancia por uno de los cónyuges, el interés familiar es el argumento para restringir o suprimir algún acto de gestión de los bienes que lo perjudica o para verificar la realización de uno que demanda.

4 Constitución y Naturaleza Jurídica de la Familia,
<http://www.oslpr.org/v2/PDFS/Borrador%20Codigo%20Civil%20Updated/2%20Libro%20Segundo%20Las%20instituciones%20Familiares/04LibroSegundoLasinstitucionesfamiliaresArticulos.pdf>

2.1.1.3. ROL DE LA AUTONOMIA PRIVADA EN LAS RELACIONES FAMILIARES.

La autonomía privada es un principio general del derecho, es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización con sujeción al derecho privado. Es a partir de la autonomía privada que los sujetos de derecho pueden reglamentar sus intereses buscando los efectos previstos en la norma vigente. Deriva de ella el acto de autonomía privada que nos es otra cosa sino el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros.⁵

2.1.1.4. EL ESTADO DE FAMILIA.

El estado de las personas es el conjunto de cualidades que la ley tiene en cuenta para atribuirles efectos jurídicos, o bien la posición jurídica que ellas ocupan en la sociedad, dada por tal conjunto de cualidades.

En el Derecho Romano existía la figura de *status familiae*, el mismo que hacía referencia a los miembros de una familia los cuales podían ser *sui iuris* y *alieni iuris*.

Entonces determinamos que el estado de familia es uno de los atributos de la personalidad de las personas naturales o de existencia visible y está dado por los vínculos jurídicos familiares que unen a una persona con otra u otras o bien por

5 Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, segunda parte materia civil plenos casatorios y plenos jurisdiccionales. 2015, páginas 342, 361 y 365.

la ausencia de tales vínculos; estos vínculos son de dos órdenes el vínculo conyugal y el vínculo parental⁶.

2.1.1.5. **EL PARENTESCO.**



Autores Nacionales:

✍ **Vite Torre.-** El parentesco es la relación que existe entre parientes ya sea que se encuentren dentro de la misma rama familiar o no, es por ello que existen tipos de parentesco entre los que encontramos:

- a. Parentesco por consanguineidad
- b. Parentesco por afinidad
- c. Parentesco por adopción. Estas clases de parentesco se diferencian solo por el modo en que estas personas se unen como parte de una familia, generando vínculo jurídico; de otro lado existen otras clases de vínculos como son los religiosos, los cuales no generan ningún efecto de orden jurídico.⁷

✍ **Ling Santos.-** Es la relación que existe entre los miembros de la familia y proviene de la consanguinidad, afinidad y adopción.⁸

6 **BELLUSCIO**, Augusto Cesar (2002): Manual de Derecho de Familia Tomo I. Astrea. Lavallo 1208, Ciudad de Buenos Aires. Páginas 35-37.

7 El Matrimonio.
www.lozavalos.com.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=6518

8 Aprende Fácil a Determinar el Parentesco Familiar
<http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/11/como-determinar-el-parentesco-entre.html>

✂ **Del Águila Vela.-** Es la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas debido a la naturaleza y a la ley, existe en el Perú un tercer tipo de parentesco denominado espiritual o religioso este no se encuentra en nuestra legislación por lo que no genera efectos jurídicos.



Autores Extranjeros:

✂ **Silva Calle.-** Se puede conceptualizar al parentesco de dos formas: “En su modo estricto unidas por comunidad de sangre y en su modo amplio la relación o unión de varias personas por virtud de la naturaleza o ley”. El parentesco se divide en tres formas: **a.** Parentesco natural.- Que puede ser inmediato o de consanguineidad, **b.** Parentesco de afinidad, y **c.** Parentesco por Adopción.⁹

✂ **Castellanos Trigo.-** El parentesco es una ligazón que une dos o más personas naturales. Es el vínculo jurídico que existe entre dos personas naturales “bien porque una descende de la otra, bien porque ambas descienden de un ascendiente común (parentesco por consanguinidad), bien porque la otra es pariente por consanguinidad del conyugue de la otra (parentesco por afinidad) o bien porque entre ellas se ha creado un parentesco que no coincide con la realidad biológica (parentesco por adopción)”.¹⁰

9 El Parentesco Consanguinidad y Afinidad.
<http://alexsilvacalle.blogspot.pe/2011/10/el-parentesco-consanguinidad-y.html>

10 Apuntes Jurídicos.
<http://jorgemachicado.blogspot.pe/2009/02/el-parentesco.html>

✎ **López Díaz.-** El parentesco es la relación de familia que existe entre dos personas. Y estas relaciones se establecen atendiendo al vínculo de sangre (parentesco de consanguinidad) o la existencia de matrimonio (parentesco de afinidad).¹¹

✎ **Amezquita de Almeida.-** El parentesco puede definirse como la relación que existe entre las personas que integran una familia.¹²

✎ **Valle Castellanos.-** Es la relación jurídica entre dos o más personas unidas por vínculos de sangre o por disposición de ley. El parentesco impone a los relacionados entre sí determinados comportamientos recíprocos, cuya trasgresión conlleva las consecuencias que determina la ley. La característica más esencial del parentesco es la permanencia de la conexión que existe entre varias personas por vínculo de sangre.¹³

2.1.1.6. LA FAMILIA.

2.1.1.6.1. Concepto y Características.



Autores Nacionales:

✎ **Cornejo Chávez.-** Es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad, en sentido restringido

11 **LOPEZ** Díaz, Carlos (2005): Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia Tomo I. Librotecnia. Bombero Salas, Santiago de Chile. Página 41.

12 Código Civil Peruano Comentado Tomo II.
<http://es.scribd.com/doc/66008179/Codigo-Civil-Peruano-Comentado-Tomo-II-Derecho-de-Familia-Primera-Parte#scribd>

13 Estudio Jurídico y Doctrinario del Parentesco por Afinidad.
http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7955.pdf

es el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación.

✎ **Peralta Andía.-** Es una institución natural, social y jurídica, en primer lugar, porque se refiere a un organismo espontáneo anterior al Estado y a la ley; luego, porque no puede dejar de reconocerse que es célula social básica e irreductible de la sociedad y; por último, porque la familia se organiza jurídicamente y es objeto de una regulación legal.

✎ **Placido V., Alex F.-** Es aquella comunidad de personas iniciada o basada en el matrimonio o en la convivencia *more uxori* de un hombre y una mujer, está integrada bajo una autoridad directiva, por quienes se hallan unidos por un afecto natural, derivado de una relación de pareja, de filiación y en última instancia de parentesco.



Autores Extranjeros:

✎ **De Diego.-** La deriva del sánscrito vama o fama, complejo de habitación, residencia, vestido, algo así como lugar, casa. Señala otras como aquella que proviene del latín famas, hambre, o primera necesidad que se satisface en el hogar. Luego famulus, esclavo o el que habita la casa.

✎ **Arturo Yungano.-** Asociación de personas integrada por dos individuos de distinto sexo y sus hijos, que viven en una morada común bajo

autoridad de ambos padres, que están en relación con los ascendientes, descendientes y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco, y que constituye un grupo humano fisiogenético y primario por excelencia.

✎ **Díaz de Guijarro.-** Es la institución social permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación¹⁴.

✎ **Puig Brutau.-** Es el grupo estable más simple que se encuentra en la sociedad. La unión de un hombre y una mujer forma el núcleo personal de esta estructura, a la que han de unirse los hijos y otros parientes en diversos grados de consanguinidad.

✎ **González Martín.-** Conjunto de personas, unidas por un lazo de filiación, adopción, matrimonio, concubinato u otra que tenga por objeto la realización de una comunidad de vida, o bien actos de solidaridad y que pueden o no habitar en el mismo lugar.¹⁵

2.1.1.7. TIPOS DE FAMILIA SEGÚN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El constitucionalismo de inicios del siglo XX otorgó por primera vez a la familia un lugar en las normas fundamentales

14 Fragmento del Tratado de Derecho de Familia, en preparación
<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66125/68735>

15 Modelos Familiares ante el Nuevo Orden Jurídico: Una Aproximación Casuística.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3174/4.pdf>

de los Estados. Sin embargo, es de precisar que en los inicios del referido siglo se identificaba al matrimonio como único elemento creador de la familia. Se trataba de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era “cabeza de familia” y se desarrollaba en la esfera pública y profesional, dedicado a cubrir los gastos familiares, mientras que el rol de la mujer se constreñía a la esfera privada del cuidado del hogar y los hijos.

Nuestro Tribunal Constitucional no podría dejar de pronunciarse sobre un tema tan importante como es el de tipos de familias; y basado en la vertiente básica de la familia como organización natural y su constante y perpetua exposición a los cambios y a la dinámica de las sociedades, atrajo como consecuencia el que se hayan generado estructuras familiares distintas a la tradicional, como son las *familias de hecho, las monopaternales o las reconstituidas*. Al respecto, debe preciarse que, de lo expuesto no debe deducirse que la familia se encuentre en una etapa de descomposición, sino de crisis de transformación; se trata por el contrario de la normal adaptación de esta institución a los rápidos cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población.¹⁶

De lo anterior nos queda sólo enumerar los tipos de familia contempladas por nuestro Tribunal Constitucional las mismas que son:

- a. Familia Nuclear.-** Integrada por los progenitores y los hijos comunes que con ellos viven.

16 El Modelo Constitucional de la familia en la Constitución de 1993
EXP. N.º 04493-2008-PA/TC LIMA

b. Familia de Hecho.- Es aquella en la que no hay matrimonio sino lazos de unión sexual y/o de procreación.

c. Familia Monopaternal.- Compuesta por un progenitor y los hijos.

d. Reconstituidas.- Formadas por familias cuyos progenitores tienen hijos de precedente matrimonio o de una unión de hecho anterior.

2.1.1.8. TIPOS DE FAMILIA EN OTROS PAISES.

2.1.1.8.1. MODELO CHILENO.¹⁷

2.1.1.8.1.1. Clases de Familia.

a. Clasificación desde el punto de vista de su extensión.

✓ **Familia extensa.-** Constituida por ambos progenitores y sus hijos, además de los parientes consanguíneos, tanto en la línea recta como en la colateral y, si existe vínculo matrimonial entre los padres, conformada, también, por los afines. La familia extensa fundada en el matrimonio es la del Chile colonial y decimonónico y la que aparece reflejada no solo en la novelística de la época, sino, de algún modo, en el artículo 815 cc ya varias veces nombrado.

17 QUINTANA Villar, María Soledad, 2013, Derecho de Familia, Ediciones Universitarias de Valparaíso; calle 12 de Febrero 187, Valparaíso, páginas 18 y 19.

- ✓ **Familia nuclear.-** Integrada por los progenitores y los hijos comunes que con ellos viven.
- ✓ **Familia monoparental.-** Compuesta por un progenitor y los hijos. Familia que ha ido en aumento creciente con el devenir del tiempo. Las razones son variadas. Entre ellas, el mayor índice de niños nacidos fuera del matrimonio, el alto porcentaje de separación y divorcio entre los padres, así como la posibilidad de adopción de un menor por parte de una persona viuda, soltera o divorciada.
- ✓ **Familia ensamblada o reconstituida.-** Formada por familias cuyos progenitores tienen hijos de precedente matrimonio o de una unión extramatrimonial anterior. Es una situación de ocurrencia frecuente en la actualidad. Ello tiene trascendencia desde varias perspectivas: sociológica, psicológica y jurídica. Esto último lo podemos apreciar, a vía ejemplar, en el impedimento de parentesco para contraer matrimonio que rige para todos los parientes en la línea recta ya sea por consanguinidad o por afinidad.

b. Clasificación desde el punto de vista de su formación.

- ✓ **Familia matrimonial o legítima.-** Se funda en el matrimonio.

- ✓ **Familia no matrimonial o natural.-** Aquella en que no hay matrimonio, sino lazos de unión sexual y/o de procreación.
- ✓ **Familia adoptiva.-** Nace de una sentencia judicial mediante la cual una persona adquiere el estado civil de hijo del adoptante, constituyéndose una familia entre ambos. Hablo de adoptante como persona singular, pues si se tratase de la adopción realizada por un matrimonio, ya estaríamos frente a una familia antes que esta procediese a adoptar a un menor. Lo mismo ocurriría si el adoptante tuviese hijos anteriores.

2.1.1.8.2. MODELO ARGENTINO.¹⁸

- ✓ **Familia Matrimonial y Familia Extramatrimonial.-** El ideal jurídico y ético es y ha sido ordinariamente la organización de la familia sobre la base del matrimonio. Pero ello no implica que la unión de hecho y la procreación fuera del matrimonio no den lugar a vínculos que determinan también la existencia de una familia extramatrimonial, vínculos cuya regulación jurídica también es necesaria, sea cual fuere el criterio que se adopte para organizar su ordenamiento frente a la matrimonial.

Tanto en la doctrina europea como en la nacional es motivo de discusión la existencia de tal familia extramatrimonial (o natural, o ilegítima), pues mientras

18 **BELLUSCIO,** Augusto Cesar (2002): Manual de Derecho de Familia Tomo I. Astrea. Lavalle 1208, Ciudad de Buenos Aires. Páginas 7 y 8.

algunos autores sostienen que no existe más que una sola familia, la fundada en el matrimonio, otros afirman que tanto lo es ella como la constituida sin que medie entre los progenitores vínculo legal.

El problema pudo plantearse en vigencia del originario texto del Código Civil, que preveía expresamente el parentesco ilegítimo (art. 366°) y disponía que “los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos” (art. 365°). Sin embargo, existían disposiciones que permitían concluir en la existencia de una familia extramatrimonial, pues otorgaban consecuencias jurídicas al parentesco no basado en el matrimonio más allá del vínculo paterno-filial: el derecho alimentario entre abuelos y nietos (art. 369°, texto originario), el derecho hereditario en algunos casos entre abuelo y nieto (art. 3582, texto originario, y agregado de la ley 14.024), y en todos los casos entre hermanos que fuesen ambos hijos extramatrimoniales (art. 3585, texto según la ley 17.711).

La cuestión quedó superada con la equiparación de la filiación matrimonial y la extramatrimonial dispuesta por la ley 23.264, que suprimió toda clase de discriminaciones entre el parentesco derivado del matrimonio y el extramatrimonial.

- ✓ **Nuevas Formas de Familia.-** La profunda evolución de las costumbres que se ha producido en la segunda mitad del siglo XX ha dado lugar a que se considere que frente al tipo clásico de familia (en sentido restringido), integrada por padre, madre e hijos, existen otros modelos que se producen como consecuencia de actos

voluntarios o aun de hechos fortuitos, como la muerte de uno de los integrantes de la pareja.

- En primer lugar, se habla de familia monoparental, que está formada por una persona sola con sus hijos. La circunstancia puede deberse a la muerte de uno de los padres, a la separación de hecho o judicial y el divorcio cuando la guarda de los hijos se confía o se ejerce de hecho por el padre o la madre, pero también a la procreación o la adopción por parte de una persona que no convive con otra.
- También se habla de familia ensamblada, la integrada por el soltero, viudo o divorciado con hijos que contrae un nuevo matrimonio, el cual establece parentesco con afinidad del nuevo cónyuge con aquéllos.
- Finalmente, se plantea la cuestión que si puede existir una familia homosexual, especialmente en los países que asignan efectos jurídicos a la unión entre dos personas del mismo sexo, atribuyéndole algunos de los que corresponden al matrimonio o aun equiparándola con éste. Máxime si, como se acepta en algunos y se vislumbra en otros, ese tipo de pareja puede llegar a adoptar o a tener descendencia por medio de técnicas de procreación asistida cuya evolución futura es difícil prever.

2.1.1.9. ANALISIS DE LA CONSTITUCION DE LA FAMILIA.¹⁹

2.1.1.9.1. La historia constitucional de la Familia.

La Familia fue consagrada a nivel constitucional (en occidente) recién en la primera mitad del siglo XX, siendo la Constitución de Weimar de 1919 (Alemania) la primera en reconocer expresamente el rol protector del Estado para con la Familia. Ahora bien, y como todos lo pueden suponer, en aquellos años (han transcurrido 95 años desde ese entonces) se identificaba al matrimonio como la única fuente creadora de Familia. Se trataba, como bien lo apunta la doctrina, de un modelo de Familia matrimonial, tradicional nuclear, en donde el varón era “cabeza de familia” dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizada necesariamente las labores del hogar. Esta manera de concebir a la Familia se fue extendiendo a nivel mundial luego de la segunda guerra mundial. Esto también ocurrió en los países como Colombia, Chile, Costa Rica, Paraguay y Venezuela.

2.1.1.9.2. La Familia en la Constitución histórica del Perú.

Pero ya hablando específicamente de nuestro país, nuestra historia republicana nos dice que fue la Constitución de 1933 la que por vez primera reconoció de manera expresa la tutela de la Familia. Esta Carta Política señaló en su momento que “el matrimonio, la familia y la maternidad están

19 La Familia en la Constitución Política del Perú.
<https://agoraabierta.lamula.pe/2014/05/01/la-familia-en-la-constitucion-politica-del-peru/rafaelrodriguez/>

bajo la protección de la ley”. Luego, la Constitución de 1979, conceptualizó a la Familia como una “sociedad natural y una institución fundamental de la Nación”. Así llegamos a la Constitución de 1993, norma fundamental vigente que reconoce a la Familia como un instituto “natural y fundamental de la sociedad”.

2.1.1.9.3. Modelo de Familia definido en la Constitución de 1993.

Como podemos apreciar, y más allá de la vocación tutelar puesta de manifiesto en nuestras Constituciones desde el año 1933, queda claro que el texto constitucional no establece o define un concepto único de Familia. ¿Puede ser este un olvido del constituyente? No, lo que ocurre es que la Constitución no pretendió jamás reconocer un modelo específico de Familia por lo complejo que resulta definir a una institución “natural” como esta, siempre sujeta al devenir histórico de los nuevos tiempos. Es por eso que, como bien lo señaló nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia 06572-2006-PA/TC), el instituto de la Familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que establecía una inconstitucional diferencia entre los hijos “legítimos” y “no legítimos”, por ejemplo.

2.1.1.9.4. La Familia como institución natural.

Sostener que la Familia es una institución natural (no impertérrita) supone reconocer su carácter ético y social, es decir, la familia se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos tiempos,

así lo ha expuesto correctamente la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en un informe del año 1990, al reconocer la amplitud del concepto de Familia, además de sus diversos tipos. En este mismo documento, la Comisión subrayó la naturaleza dinámica de la Familia al afirmar que hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio profundo (quiebre) en la estructura de la Familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del “pater familias”.

2.1.1.9.5. La Familia en la normatividad Peruana.

El artículo 4º de la Constitución, señala que la comunidad y el Estado protegen a la familia, así como los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes se considerará el principio del interés superior del niño y el respeto a sus derechos aún más en los casos sujetos a resolución judicial en que estén involucrados los niños y adolescentes serán tratados como problemas humanos. Además que tratándose de una deuda alimentaria y no de una deuda proveniente de una transacción financiera corresponde la aplicación de la tasa de interés legal sin capitalización, procesos que están regulados en el Código de los Niños y Adolescentes y supletoriamente por el Código Civil.

2.1.2. MARCO TEÓRICO ESPECÍFICO.

2.1.2.1. FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.-

2.1.2.1.1. CONCEPTO.

Es un proceso especial ex code, no tratado en el Código Procesal Civil²⁰. Ninguno de los procesos del Código cumplía con satisfacer adecuadamente la pretensión de paternidad y la fuerza probatoria del ADN. Este vacío legal fue subsanado mediante la promulgación de la ley analizada. Es decir, el legislador optó, preferentemente, por dictar una ley en vez de modificar el Código Procesal Civil, produciéndose el denominado fenómeno de la descodificación. Esta situación no es la mala política legislativa, por el contrario, se trata de leyes concebidas al margen del Código Procesal y del Código Civil que cuentan con la misma sistemática, buscando complementar eficazmente sus deficiencias y vacíos²¹.

El fundamento de este proceso de paternidad justifica su diseño procedimental, economizando al máximo la labor de las partes, dejando a la ciencia sustentar las pretensiones.

20 El Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el 21 de Junio de 2005, acordó por unanimidad: Primero.- En tanto Ley N° 28457 crea una forma especial de solicitar la filiación de paternidad extramatrimonial, debe cumplirse con la misma y en efecto tramitarse la filiación extramatrimonial, en este proceso especial, dado que el proceso que se ha diseñado por la Ley N° 28457 que modifica el artículo 402° del C.C. *es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ningunos de los procesos del Código Procesal Civil.*

21 **ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI**, Proceso de Filiación Extramatrimonial. Moderno tratamiento Legal según la Ley N° 28457. Gaceta Jurídica, primera edición 2006. pág. 23

2.1.2.1.2. CARACTERÍSTICAS.

Su singularidad está representada en un conjunto de características que lo connotan, otorgándole un nivel diferenciador de los demás procesos. Entre las características del proceso de paternidad extramatrimonial tenemos:

2.1.2.1.2.1. Juez Competente.

Es competente para conocer los procesos de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial, el Juez de Paz Letrado²².

2.1.2.1.2.2. Titular de la Acción.

La regla general que contempla el Código Civil es que las acciones de paternidad son personales. El artículo 407° establece que la acción judicial de paternidad extramatrimonial corresponde “solo al hijo”. Es este quien tiene la legitimidad para obrar²³ pudiendo la madre actuar en su representación si el hijo fuera menor de edad. La nueva Ley permite a “quien tenga legítimo interés” poder accionar por paternidad a favor de un tercero.

22 Legislación complementaria; Ley N° 29821. Ley que modifica los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley N° 28457 “Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial. Jurista Editores, edición actualizada.

23 **LASTARRIA RAMOS, Edgard.** “Titulares de la acción”. En Código Civil Comentado. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima 2006, pág. 48.

2.1.2.1.2.3. De los Lineamientos del proceso.

El proceso está estructurado sobre la base de los siguientes lineamientos:

- a. **Modernidad.** Se trata de un proceso actualizado de acuerdo a la efectividad de los avances biocientíficos. Su justificación radica en el hecho de que tomando en cuenta el grado de certeza del ADN²⁴ debiera existir un proceso que utilice y reconozca dicho resultado de manera directa y primaria, creando un trámite judicial especial, de por si innovador.
- b. **Proceso sui generis.** Algunos refieren que se trata de un proceso especialísimo²⁵, otros de un proceso monitorio en el entendido de que funciona, más que a manera de advertencia, de exigencia en la declaración de paternidad²⁶. La realidad es que este proceso cambia todas las reglas de investigación filial

24 El carácter científico, el grado de efectividad y la certeza de la prueba de ADN es reconocido en la jurisprudencia local desde hace un buen tiempo: Exp. N° 318-88-Lima.

25 Vid. **SUAREZ VARGAS, Luis**. “El especialísimo proceso de filiación”. En: Jurídica. suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, año 2 N° 33, Lima, 15 de febrero de 2005. Pág. 3.

26 **MARTEL CHANG** explica: “Para tramitar la pretensión de filiación por paternidad extramatrimonial se ha dejado el proceso ordinario (de conocimiento) y se ha adoptado el proceso monitorio puro, donde el dicho de la parte demandante es suficiente para obtener decisión favorable, salvo que el resultado de la prueba del ADN le resulte adverso”
Para mejor detalle del proceso monitoreo, el profesor español Hinojosa Segovia reseña que: “El proceso monitoreo se configura como un proceso especial particularmente rápido que tiene por objeto la creación de un título de ejecución.

presentando un modelo ejecutivo²⁷ de averiguación del estado (decimos ejecutivo en un sentido netamente académico dado que no podemos equivalerlo²⁸).

c. Proceso basado en la efectividad del ADN.

Este proceso se fundamenta, es decir, tiene su *ratio essendi*, en la fuerza y contundencia de los resultados genéticos que puede obtenerse del ADN (99.99% de efectividad), desbaratando los axiomas jurídicos que con el devenir de los años colmaron los expedientes (paginas, folios, fojas de defensas y contradefensa) truncando la vida de tantas personas que, sin padre ni gloria, vieron disminuidos sus derechos en entroncamiento familiar²⁹.

La peculiaridad del ADN es que todas sus partículas tienen igual composición química pero encierran una clave genética que hace a cada individuo un ser irrepetible, distinto de los demás, razón por la que los resultados que se obtienen mantienen un índice de paternidad y una probabilidad de paternidad,

27 Con criterio similar **Jorge A. Castro Reyes** dice: “Estando al texto de la norma, a este proceso, que por su naturaleza es de conocimiento, se le está dando el trámite de proceso ejecutivo”. *Manuel de Derecho Procesal Civil*, Jurista Editores, edición 2015. Pág. 318.

28 Este proceso *no equipara a un proceso ejecutivo*, ni a ningún proceso de los previstos en el Código Procesal Civil, por su naturaleza judicial”. Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005.

29 **FERNANDO VIDAL RAMIREZ, MARIO CASTILLO FREYRE, CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO, Y OTROS**, Análisis del Código Civil, Incorporación de la prueba biológica y genética para la filiación en el Código Civil peruano por la Ley N° 27048 y análisis y comentario de la Ley N° 28457 que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial. Pág. 429.

lo cual revela la importancia de la referida prueba en esta clase de proceso

d. Acceso a la Justicia. Este proceso estimula la canalización de acciones de filiación tomando en cuenta la realidad existente sustentada en trámites judiciales farragosos que desalientan a los litigantes y sus pretensiones de tanta transcendencia. El acceso a la justicia es un derecho fundamental de todo ciudadano y un deber del Estado. Es el componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva con el que lograremos sociedades más justas y democráticas. El acceso a la justicia requiere mirar más allá de los tribunales³⁰.

2.1.2.1.2.4. Sistema Abierto.

La paternidad extramatrimonial es un tipo abierto, no solo porque es flexible y admite todo tipo de prueba, sino porque, fundamentalmente, el aspecto biológico es el que marca el norte. Se facilita la indagación, se reconoce la libertad en la averiguación del nexo parental, sin restricciones, quedando descartadas las posiciones basadas en los desaires, ofensas o escándalos que con este accionar puedan producirse. Todo al más puro estilo minimalista, menos es más ¡qué duda cabe! es una reacción frente al subjetivismo y emocionalismo que cede paso a la inmediatez, marca la importancia por el fondo, no por la forma.

30 FERRANDINO, Álvaro, "Acceso a la justicia". En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina. Consorcio Justicia Viva. Lima 2009. Pág. 379.

La precisión es su carta de garantía, queda atrás la apariencia, la incertidumbre, frente a la seguridad. Se reduce al máximo, se condensa la relación paterno filial con el único objetivo; alcanzar la realidad.

2.1.2.1.2.5. Únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial.

La indefinición de la paternidad, la naturaleza de la mujer de ser “madre”, de haber parido y criado a la descendencia, hecho que no sucede con el hombre.

El tiempo, con su transcurso inmisericorde, genero la agudización del problema, los perjudicados directos: el hijo y la madre. El primero sin una identidad definida, la segunda cargando toda la responsabilidad de formar una persona, un ciudadano. Las leyes en este tema no se adecuaron a la realidad. La mujer y su descendencia, que dicho sea de paso no solo es de ella, sino de aquel que colaboro en el engendramiento, merecen todo el respeto y acción de la ley. El denominado mal que bien, culto a la mujer que implica rendirle un homenaje por su esencia, atributos, abnegada labor, en fin por su ser, podemos verla representada en esta ley.

2.1.2.1.2.6. Inextingibilidad de la acción.

Que la paternidad solo puede quedar determinada por el reconocimiento expreso del padre o por sentencia judicial que declare que existe vinculo

filiación entre el hijo y el demandado; y cuando la filiación extramatrimonial no se ha logrado a través del reconocimiento, la acción judicial que corresponde al hijo extramatrimonial no caduca porque es inextinguible³¹.

2.1.2.1.3. NORMAS QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE.

- **Código de los Niños y Adolescentes-Ley N° 27337.-** Artículo 6°³².- A la identidad.- “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad (...)”.
- **Constitución Política del Estado 1993.-** Artículo 2° inciso 1°, Toda Persona tiene derecho: “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”.
- **Convención sobre los Derechos del Niño;** artículo 7°: “Todo niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

31 **Código Civil;** Artículo 410°.- No caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial.

32 Código Civil. Libro Primero-Derechos y Libertades. Juristas Editores. Edición actualizada 2015. Pág. 715.

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.-** Artículo 24° inciso 2°: “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.
- **Convención Americana sobre Derechos Humanos.-** Artículo 18°. “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentara la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombre supuestos, si fuere necesario.

2.1.2.1.4. TRAMITE DEL PROCESO.

Ley N° 29821. Ley que modifica los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley 28457, Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial. Cuenta con un trámite de la siguiente forma:

2.1.2.1.4.1. Artículo 1.- Demanda, acumulación de pretensiones y juez competente.

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

En este mismo proceso podrá acumularse como pretensión accesorio, la fijación de una pensión alimentaria, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 85° del Código Procesal Civil.

En este caso, el juez, además de expedir el mandato declaratorio de paternidad extramatrimonial, correrá traslado al emplazado de la pretensión de alimentos.

El emplazado tiene un plazo no mayor a diez días de haber sido notificado válidamente para oponerse y absolver el traslado de la pretensión de alimentos sujetándose a lo establecido en el artículo 565° del Código Procesal Civil.

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el juez dictará sentencia pronunciándose sobre la pretensión de alimentos.³³

2.1.2.1.4.2. Artículo 2.- Oposición.

La oposición suspende el mandato siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN.

El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en el momento de la toma de las muestras o puede solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179° y siguiente del Código Procesal Civil.

33 Ley Nº 29821. Ley que modifica los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley 28457, Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial.

Formulada la oposición y absuelto el traslado de la pretensión de alimentos, el juez fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.

En dicha audiencia se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN³⁴, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo. Asimismo, se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 555° y demás del Código Procesal Civil en lo que respecta a la pretensión de fijación de una pensión alimentaria.

Por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3° y 4°, el juez resuelve la causa.

Para efectos de la presente Ley, no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265° del Código Procesal Civil.

2.1.2.1.4.3. Artículo 3.- Oposición fundada.

Si la prueba produjera un resultado negativo, el juez declarará fundada la oposición y dictará sentencia declarando también infundada la pretensión de alimentos, condenando a la parte

34 Es posible que dentro de este proceso especial se solicite el *auxilio judicial* y bajo el principio de transcendencia dado el carácter especial del proceso no se formara cuaderno aparte, y en caso de concederse el auxilio, es el Estado que deberá correr con los gastos de realización de la prueba de ADN. Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de Junio de 2005.

demandante al pago de las costas y costos del proceso³⁵.

2.1.2.1.4.4. Artículo 4.- Oposición infundada.

Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, constituyendo el mandato expedido declaración judicial de paternidad.

En la misma resolución, se dictará sentencia respecto a la pretensión de alimentos condenando al demandado al pago de costas y costos del proceso.

2.1.2.1.4.5. Artículo 5.- Apelación.

La declaración judicial de paternidad, la resolución que ampara la oposición y/o el fallo relativo a la prestación de alimentos podrán ser apelados dentro del plazo de tres días de notificado³⁶.

Ingresada la causa al superior jerárquico, el juez señalará fecha para la vista de la causa dentro del plazo de diez días y se emitirá la sentencia en un plazo que no excederá de diez días”.

35 Ley Nº 29821. Ley que modifica los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley 28457, Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial.

36 En el proceso de reconocimiento de filiación de paternidad extramatrimonial se cumple con el *principio de pluralidad de instancias* con el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia respecto a la resolución pronunciada por el Juzgado de Paz Letrado. Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de Junio de 2005.

2.2.2.2. IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD.-

2.2.2.2.1. CONCEPTO.

La impugnación es el derecho que tiene el supuesto padre o el hijo para solicitar al Tribunal de Justicia dejar sin efecto la filiación supuestamente existente³⁷.

Debemos hacer hincapié en que la filiación extramatrimonial es un fenómeno que se produce al momento mismo de la concepción y que no tiene significación alguna el hecho de que con posterioridad los cónyuges se divorcien o que el matrimonio fue declarado nulo. Lo primero se desprende del principio de la presunción de la filiación matrimonial que es “jure et de jure” y que está inserto en varios dispositivos del código; entre ellos, en el artículo 361°. Y lo segundo porque así lo sancionan los artículos 284° y 285° del Código Civil³⁸.

El gran jurista español Albaladejo señala con gran precisión que “son matrimoniales, no los hijos habidos de matrimonio, como podría parecer, sino los hijos de personas unidas en matrimonio, o que lo estuvieron, aunque después este hubiera acabado por la causa que fuese”³⁹.

A este propósito Cornejo Chávez nos plantea un interesante problema, al mencionar hasta dos circunstancias:

37 Código Civil comentado. Tomo II Derecho de Familia (primera parte). Edición actualizada y revisada. Gaceta jurídica. Pág. 455.

38 **MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET.** Exegesis del Código Civil Peruano. Tomo VIII Derecho de Familia-Sociedad Paterno Filial. Gaceta Jurídica. pág. 19

39 **ALBALADEJO, Manuel.** El reconocimiento de la filiación natural. Barcelona, 1954, p. 219.

- a. Que concebido el hijo antes del matrimonio, nazca dentro de él; o que, inversamente, procreado en matrimonio nazca después de la disolución o anulación de este, de donde se sigue que no basta decir que al hijo le corresponde esta filiación cuando es tenido en relaciones matrimoniales, sino que es preciso determinar si por tenido ha de entenderse concebido o alumbrado.
- b. El hecho de que una mujer casada conciba y/o alumbrar un hijo no significa, necesariamente, que el padre de este sea el marido de aquella⁴⁰.

2.2.2.2.1.1. Hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días.

El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

Podría sostenerse que es posible que una gestación dure más de trescientos días y que, por lo tanto, puede suceder que un hijo concebido durante el matrimonio antes de su disolución nazca después de ese plazo y, por lo tanto, no sea atribuido al marido.

Nuestra legislación es tajante al considerar que el hijo nacido fuera del plazo citado no se encuentra amparado por la presunción “pater is”. Aun así, podríamos recurrir, en tal hipótesis, a la acción que

40 Código Civil comentado. Tomo II Derecho de Familia (primera parte). Edición actualizada y revisada. Gaceta jurídica. Pág. 457.

franquea el artículo 373° del Código Civil, de manera que el hijo o sus herederos podrían pedir que se declare su filiación matrimonial y valerse de la prueba de ADN u otros de validez científica para probar el vínculo⁴¹.

2.2.2.2.2. DIFERENCIA ENTRE NEGACIÓN DE PATERNIDAD E IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD.

En doctrina se distinguen la acción de negación de la paternidad y la de impugnación de paternidad. Por la primera, se trata de los casos en que el hijo tenido por su cónyuge no se encuentra amparado por la presunción pater is est y el marido niega a ese hijo; en cambio, en la impugnación de paternidad es el marido demandante quien considera que, a pesar de que el hijo tenido por su esposa está amparado por la referida presunción pater is est, él considera que no es su hijo⁴². Ambos temas se ubican en el marco de la regulación jurídica de la filiación matrimonial.

No obstante la diferente conceptualización de dichas acciones en la doctrina del Derecho de Familia, como se verá a continuación, el artículo bajo comentario utiliza de forma indistinta la denominación tanto para los supuestos de negación de paternidad como para los casos de impugnación de paternidad.

41 **MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET.** Exegesis del Código Civil Peruano. Tomo VIII Derecho de Familia-Sociedad Paterno Filial. Gaceta Jurídica. pág. 19

42 **BORDA, Guillermo.** Tratado de Derecho Civil. Tomos I y 11.8ª edición. Perrot. Buenos Aires, 1989.

Veamos los supuestos que prevé el artículo 363 de nuestro Código Civil en cuanto a la contestación de la paternidad⁴³:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

Éste es el caso en que el hijo nace antes de cumplidos ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Aquí, el accionante se limita a desconocer mediante una simple negación, acreditando que el hijo ha sido concebido antes de la celebración del matrimonio.

2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

A diferencia del supuesto anterior, aquí se recoge un caso de impugnación de paternidad por el cual se alega la imposibilidad de haber cohabitado con la madre en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo de la cónyuge. De acuerdo con las fechas señaladas, se toma en cuenta la fecha probable de la concepción del hijo cuya paternidad se impugna.

3. Cuando está Judicialmente separado durante el mismo período Indicado en el Inciso 2°; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

43 MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET. Exegesis del Código Civil Peruano. Tomo VIII Derecho de Familia-Sociedad Paterno Filial. Gaceta Jurídica. pág. 29.

Resulta otro caso de negación de la paternidad, pues durante la separación judicial no se presume el débito sexual entre marido y mujer, sino exactamente lo contrario, pues el efecto principal de la separación consiste en que suspende el deber de cohabitación entre los cónyuges⁴⁴.

4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.

Se ubica como un segundo caso de impugnación de paternidad, mediante el cual el marido al negar la paternidad del hijo de su esposa, contradice la atribución legal que prescribe la presunción pater is est, al alegar la impotencia coeundi absoluta, que se hubiera presentado durante el periodo de la concepción.

El impugnante sostendrá mediante esta causal que se encontró en una absoluta imposibilidad física para mantener relaciones sexuales con su mujer en el período legal de la concepción.

5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con el de mayor grado de certeza.

Mediante esta causal, nuestro Código sigue la tendencia actual adoptada en el Derecho

44 **CORNEJO CHÁVEZ, Héctor.** Derecho familiar peruano. 10 edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2003, p.381.

comparado, de permitir la recurrencia a los procedimientos científicos que se utilicen para la investigación y determinación de la paternidad⁴⁵.

Éste es un supuesto nuevo que se incorpora a raíz de la modificación introducida a este artículo 363° por la Ley N° 27048, publicada el 06-01-99, por el cual se establece un nuevo elemento que permita desvirtuar la paternidad matrimonial y que sirve de apoyo a las cuatro causales comprendidas en este artículo 363°, ya que el objetivo del ADN es de ser un medio de prueba que sustente la contestación de la paternidad. Así, la del ADN es admitida como una prueba que posibilita la contradicción a la atribución legal de paternidad, afirmando y acreditando que el demandante no es el padre del hijo que se le atribuye como tal (“pater is est”).

Actualmente, entre las pruebas científicas para determinar la filiación biológica, tenemos: las pruebas negativas que son las pruebas de los grupos sanguíneos o hematológica; la prueba del sistema de histocompatibilidad (HLA humano leucocito antígeno), así como las pruebas de proteínas séricas; y entre las pruebas positivas están: la prueba de los marcadores genéticos, más conocida como el ADN, la prueba de polimorfismos cromosómicos y la prueba de dactiloscopia y palmatoscopía.

45 Código Civil comentado. Tomo II Derecho de Familia (primera parte). Edición actualizada y revisada. Gaceta jurídica. Pág. 457.

2.2.2.2.3. CARACTERÍSTICAS.

Que el ADN resulta conducente en la actuación como medio probatorio, bajo las características de una prueba pericial. Será preciso que el marido recurra a las pruebas del ADN u otros de igual validez científica para demostrar que no puede ser el padre.

Por un lado, el hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentara conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos⁴⁶.

En otros casos, la filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo, del matrimonio de los padres o por otro documento público o sentencia. En el caso no existan pruebas, se probará la filiación matrimonial por sentencia seguida de un proceso en la que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier otro medio que la pruebe.

2.2.2.2.4. JUEZ COMPETENTE.

Es competente el Juzgado Especializado de Familia, toda vez que el asunto contencioso de que versa la demanda sobre impugnación de paternidad es inapreciable en dinero y debe ser tramitado en proceso de conocimiento por disposición del inciso 3) del artículo 475° del Código Procesal Civil, numeral este último que establece en su primer párrafo que son

46 FERNANDO VIDAL RAMIREZ, MARIO CASTILLO FREYRE, CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO, Y OTROS, Análisis del Código Civil, Incorporación de la prueba biológica y genética para la filiación en el Código Civil peruano por la Ley N° 27048 y análisis y comentario de la Ley N° 28457 que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial. Pág. 430.

competentes para conocer de los procesos de conocimiento, precisamente, los Juzgados de Familia.

2.2.2.2.5. TRAMITE DEL PROCESO.

2.2.2.2.5.1. Plazo para interponer la acción contestatoria.

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

El artículo 364° del Código adjetivo, prevé un plazo de 90 días contados desde el día siguiente del parto, si el marido estuvo presente en el lugar; es decir geográficamente a proximidad del lugar del nacimiento. Si estuvo ausente, el plazo de 90 días corre desde el día siguiente de su regreso; es precisamente a partir de entonces que podemos suponer ciertamente que el marido ha tomado conocimiento del nacimiento. Este plazo es, naturalmente, de orden público⁴⁷.

Al silencio del marido durante el lapso de 90 días la ley le atribuye un efecto negativo, esto es la imposibilidad de contestar posteriormente la paternidad. Pero el silencio puede también ser interpretado como un reconocimiento tácito de paternidad. En cualquiera de las hipótesis, la abstención del marido de interponer la acción

47 Código Civil comentado. Tomo II Derecho de Familia (primera parte). Edición actualizada y revisada. Gaceta jurídica. Pág. 477.

contestatoria nos permite presumir bien el perdón de la infidelidad, bien la resignación del engaño.

2.2.2.2.5.2. Prohibición de negar al hijo por nacer.

No se puede contestar la paternidad del hijo por nacer.

El concebido no es sujeto de derecho para aquello que no lo favorece. No se podría entonces interponer una demanda en su contra. En tanto no se haya producido el hecho de su nacimiento con vida se advierte la inexistencia de sujeto contra quien incoar el proceso. Según el artículo 369, la acción se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre⁴⁸.

Las condiciones que permiten determinar si la acción de contestación de la paternidad es fundada pueden verificarse únicamente en el momento del nacimiento.

Por otra parte, recordemos que la posibilidad de negar la paternidad es factible exclusivamente en los casos definidos por la ley, por causas determinadas y en virtud de pruebas específicas. El sistema de pruebas en el derecho peruano de la filiación está íntimamente ligado al hecho del nacimiento (artículos 361° y 363° del Código adjetivo⁴⁹).

48 Código Civil comentado. Tomo II Derecho de Familia (primera parte). Edición actualizada y revisada. Gaceta jurídica. Pág. 479.

49 Código Civil, Gaceta Jurídica. Juristas Editores, Edición actualizada 2015. p. 120.

2.2.2.2.5.3. Causales de improcedencia de la negación.

El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363° del Código Adjetivo, incisos 1° y 3°⁵⁰.

1. Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo.
2. Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.
3. Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterno-filial.

Deberá entenderse que cuando estemos frente a las causales de impugnación referidas en los incisos 2°, 4°, y 5° del artículo 363°, es decir: imposibilidad de cohabitación durante la concepción, impotencia absoluta o prueba científica del ADN, no podrá oponerse a la impugnación el hecho admitido expreso o tácitamente que el hijo es suyo. Aun en estas hipótesis, podrá impugnar, siempre y cuando lo haga dentro del plazo del artículo 363°.

2.2.2.2.5.4. Titularidad de la acción de negación.

La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto

50 **CÓDIGO CIVIL**, Libro III Derecho de Familia. Jurista Editores, edición actualizada octubre 2015, pág. 121.

antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364° del Código adjetivo, y en todo caso, continuar el juicio si aquello hubiese iniciado.

El procedimiento de contestación de la paternidad es personalísimo, se permite que los ascendientes y herederos del marido puedan actuar cuando este hubiera fallecido antes del vencimiento del plazo de caducidad para interponer la demanda, opera continuar la ya iniciada en vida por aquel⁵¹.

2.2.2.2.5.5. Acción negatoria por los ascendientes del marido incapaz.

La acción puede ser ejercida por los ascendientes del marido, en los casos de los artículos 43°, incisos 2°⁵², y 44°, incisos 2° y 3°⁵³ del Código adjetivo. Si ellos no lo intentan, puede hacerlo el marido dentro de los noventa días de cesada su incapacidad.

Se trata de un precepto que prevé las hipótesis de incapacidad absoluta del marido, por encontrarse privado de discernimiento o ser sordomudo, ciego sordo, o ciego mudo y no poderse expresar de modo indubitable, o por tener retardo o deterioro mental que la impida expresarse. En todos estos casos, evidentemente será imposible que el marido ejerza por si solo la acción (el proceso) de

51 **MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET**, Exegesis. Tomo VIII Derecho de Familia, sociedad Paterno-Filial. Gaceta Jurídica. p. 34.

52 Código Civil. Libro I-Derecho de las Personas. Incapacidad Absoluta “Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”. Juristas Editores. Edición 2015. Pág. 39.

53 Ibíd., pág. 39.

impugnación; de ahí que la ley permita a sus ascendientes hacerlo en su nombre⁵⁴.

2.2.2.2.5.6. Demandados en la acción negatoria.

La acción se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre, observándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 606°, inciso 1°.

Que si hay conflicto de interés entre los hijos y sus padres que ejerzan la patria potestad, deberá nombrarse un curador especial.

2.2.2.2.5.7. Carga de la prueba.

La carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del artículo 363°, incisos 2° y 4°. En el caso del inciso 1° solo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento; y en el del inciso 3°, la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento. Corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos, haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363°, inciso 3°, o en el artículo 366°⁵⁵.

La exclusión de la paternidad debe estar absolutamente probada en términos procesales, pues la duda debe favorecerle “in dubio, favor filii”, a la vista de la presunción de paternidad. Si se

54 **MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET**, Exegesis. Tomo VIII Derecho de Familia, sociedad Paterno-Filial. Gaceta Jurídica. p. 36.

55 Código Civil comentado. Tomo II Derecho de Familia (primera parte). Edición actualizada y revisada. Gaceta jurídica. Pág. 483.

quiere destruir esta presunción, deberán probarse los hechos que lo descartan

Así, tenemos que cuando se invoque como causal de contestación la imposibilidad de cohabitación durante la época de la concepción, o la impotencia absoluta, será el marido demandante quien deberá acreditar una u otra circunstancia.

2.2.2.2.5.8. Contestación y reconvención de la demanda de impugnación de paternidad.

Para absolver el traslado de la demanda es de treinta días para contestar la demanda y reconvenir.

2.2.2.2.5.9. Rebeldía.

Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde⁵⁶.

2.2.2.2.5.10. Saneamiento del Proceso.

El Juez, de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando⁵⁷:

56 PEDRO ZUMAETA MUÑOZ, Temas de Derecho Procesal Civil, teoría general del proceso. Proceso de Conocimiento y Proceso Sumarísimo. Juristas Editores. Edición febrero 2012. Pág. 213.

57 CÓDIGO CIVIL. Jurista Editores, edición actualizada octubre 2015, pág. 593.

1. La existencia de una relación jurídica procesal válida.
2. La nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos.
3. La concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.

Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida. En caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido.

La resolución que declara concluido el proceso o la que concede plazo para subsanar los defectos, es apelable con efecto suspensivo.

2.2.2.2.5.11. Audiencia Conciliatoria, o de Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio.

Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercer día notificado propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido el plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

Solo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el juez señalara día y hora para la realización de la audiencia de pruebas.

La decisión por la que se ordenara la realización de esta audiencia o se prescinde ella es impugnabile sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Al prescindir de esta audiencia el juez procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización del informe oral⁵⁸.

2.2.2.2.5.12. Juzgamiento anticipado del proceso.

El Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite cuando:

1. Cuando advierte que la cuestión debatida es sólo de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva.
2. Queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad⁵⁹.

58 **PEDRO ZUMAETA MUÑOZ**, Temas de Derecho Procesal Civil, teoría general del proceso. Proceso de Conocimiento y Proceso Sumarísimo. Juristas Editores. Edición febrero 2012. Pág. 249

59 **CÓDIGO CIVIL**. Jurista Editores, edición actualizada octubre 2015, pág. 596

III METODOLOGÍA.-

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.

3.1.1. Tipo de investigación.

Por el enfoque y naturaleza de la información será cualitativa. No se operacionalizara la variable.

3.1.2. Nivel de investigación.

Representativo, consistirá en la investigación de lo típico del objeto de estudio.

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.

Hermenéutico, con ubicación hacia el análisis del contenido⁶⁰.

3.3. OBJETO DE ESTUDIO.

Examen de ADN y su Actuación como Medio Probatorio en todo Tipo de Proceso.

3.4. FUENTE DE RECOLECCIÓN DE DATOS (BASE DOCUMENTAL).

El expediente Tribunal Constitucional seleccionado intencionalmente utilizando la técnica por conveniencia que es un muestreo no

60 San Doval C. Carlos: investigación cualitativa S/ed. Bogotá – Colombia. Inatuto Colombiano para el fomento de la EDUCACION Superior, ICFES. 2002.

probalistico; porque se elige en base a la experiencia y comodidad del investigado⁶¹.

3.5. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS.

3.5.1. La primera abierta y explorativa:

Sera una aproximación, gradual reflexivo guiado por los objetivos, donde cada momento de revisión y comprensión será una conquista basada en la observación y el análisis.

En esta fase se concretara el contacto inicial para la recolección de datos.

3.5.2. La segunda más sistematizada en términos de recolección de datos:

Orientada por los objetivos y la revisión permanente de la literatura para facilitar la identificación de los datos existentes en la base documental utilizando la técnica del fichaje, la observación, el análisis de contenido, y un cuaderno de notas. En cuanto sea posible se ira redactando los datos para demostrar la coincidencia de los datos.

3.5.3. La tercera consistente en un análisis sistemático:

De nivel profundo orientado por los objetivos y articulando los datos con los referentes teóricos y normativos desarrollados en la investigación.

61 **Casal Jordi;** et al. Tipos de Muestreo. CRESA. Centre de Reserva en Sanit Animal / Dep. Sanitat I Anatomía Animals, Universitat Automia de Barcelona.

Para la identificación de los datos, su análisis y a la elaboración del informe final, además de lo expuesto, se utilizara los métodos generales como el método sintético, analítico, deductivo e inductivo.

3.6. CONSIDERACIONES ÉTICAS.

Se ajustara en cuenta el principio de reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la dignidad.

3.7. RIGOR CIENTÍFICO.

Se tendrá en cuenta la confirmabilidad y la credibilidad. Para demostrar que se ha minimizados los sesgo y las tendencias del investigador y rastrear los datos en su fuente.

CONCLUSIONES

-  La impugnación de la paternidad es un proceso que se origina cuando se duda respecto a la veracidad de la paternidad de una persona, cuando un niño nace bajo el matrimonio de sus padres o estando estos en unión marital de hecho se presume la paternidad, sin embargo esta presunción admite prueba en contrario.
-  En el proceso de impugnación de la paternidad juega un papel fundamental la prueba científica conocida comúnmente como la prueba de ADN, ya que esta es considerada la prueba reina para establecer la paternidad de una persona.
-  En nuestra legislación, la filiación judicial de paternidad extramatrimonial es un proceso especial porque se adecua a una pretensión de paternidad y por la fuerza probatoria del ADN, es decir no es tratado en el Código Procesal Civil. El legislador optó, preferentemente, por dictar una ley en vez de modificar el Código Procesal Civil, buscando complementar eficazmente sus deficiencias y vacíos.
-  El principio de este proceso de paternidad justifica su diseño procedimental, economizando al máximo la labor de las partes, dejando a la ciencia sustentar las pretensiones.
-  La utilización de la prueba de ADN en medicina forense es confiable para establecer consanguinidad o parentesco y sirve como huella biológica para identificación de personas en la escena de crimen u otro acto. Su uso es formalmente utilizado en los sistemas de justicia de las naciones desarrolladas y en Perú ha sido aceptada legal y formalmente desde el año 1999 en nuestro código sustantivo.

 La prueba de ADN en el Perú sólo es utilizada regularmente para casos de filiación, sin embargo, esta puede ser usada en múltiples campos del derecho, teniendo como principales impedimentos para su masificación la onerosidad del mismo, la falta de personal calificado aunado a la implementación logística estatal y privada fuera principalmente de la ciudad capital.

RECOMENDACIONES

-  La falta del desarrollo de una base de datos en las entidades nacionales permanece latente por lo que se requiere generalmente atraer peritos internacionales para casos específicos que atraen el reclamo generalizado de la opinión pública internacional. Ninguna entidad está formalmente preparada para estudios forénsicos de ADN por esta razón y los medios y jefes de laboratorio lo informan de otra manera por lo que el público se desorienta.
-  Es recomendable fortalecer los recursos humanos, técnicos y de conocimiento para la medicina legal peruana por lo que la participación de inversión privada puede ser una opción que cada gobierno de entidades debe idear en el afán de una impartición de justicia expedita. Lejos están quedando los tiempos del estado benefactor, nueva imaginación se requiere en este campo y en muchos otros de la impartición de justicia en Perú.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:



ALBALADEJO, Manuel. El reconocimiento de la filiación natural. Barcelona, 1954.



BELLUSCIO, Augusto Cesar (2002): Manual de Derecho de Familia Tomo I. Astrea. Lavalle 1208, Ciudad de Buenos Aires.



BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Tomos I y II. 11.ª edición. Perrot. Buenos Aires, 1989.



Casal Jordi; et al. Tipos de Muestreo. CRESA. Centre de Reserva en Sanitat Animal / Dep. Sanitat i Anatomia Animals, Universitat Autònoma de Barcelona.



Código Civil comentado. Tomo II Derecho de Familia (primera parte). Edición actualizada y revisada. Gaceta jurídica.



CÓDIGO CIVIL, Libro III Derecho de Familia. Jurista Editores, edición actualizada octubre 2015.



Jorge A. Castro Reyes. Manual de Derecho Procesal Civil, Jurista Editores, edición 2015.



CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 10 edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2003.



ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, Proceso de Filiación Extramatrimonial. Moderno tratamiento Legal según la Ley N° 28457. Gaceta Jurídica, primera edición 2006.



FERNANDO VIDAL RAMÍREZ, MARIO CASTILLO FREYRE, CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, Y OTROS, Análisis del Código Civil, Incorporación de la prueba biológica y genética para la filiación en el Código Civil peruano por la Ley N° 27048 y análisis y comentario de la Ley N° 28457 que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial.



FERRANDINO, Álvaro, “Acceso a la justicia”. En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina. Consorcio Justicia Viva. Lima 2009.



LASTARRIA RAMOS, Edgard. “Titulares de la acción”. En Código Civil Comentado. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima 2006.



Legislación complementaria; Ley N° 29821. Ley que modifica los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley N° 28457 “Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial. Jurista Editores, edición actualizada.



LOPEZ Díaz, Carlos (2005): Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia Tomo I. Librotecnia. Bombero Salas, Santiago de Chile.



MARTEL CHANG explica: “Para tramitar la pretensión de filiación por paternidad extramatrimonial se ha dejado el proceso ordinario (de conocimiento) y se ha adoptado el proceso monitorio puro, donde el dicho de la parte demandante es suficiente para obtener decisión favorable, salvo que el resultado de la prueba del ADN le resulte adverso”



MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET. Exegesis del Código Civil Peruano. Tomo VIII Derecho de Familia-Sociedad Paterno Filial. Gaceta Jurídica.



PEDRO ZUMAETA MUÑOZ, Temas de Derecho Procesal Civil, teoría general del proceso. Proceso de Conocimiento y Proceso Sumarísimo. Juristas Editores. Edición febrero 2012.



QUINTANA Villar, María Soledad, 2013, Derecho de Familia, Ediciones Universitarias de Valparaíso; calle 12 de Febrero 187, Valparaíso, páginas 18 y 19.



SAN DOVAL C. CARLOS. Investigación cualitativa S/ed. Bogotá – Colombia. Instituto Colombiano para el fomento de la EDUCACION Superior, ICFES. 2002.



Vid. **SUAREZ VARGAS, Luis.** “El especialísimo proceso de filiación”. En: Jurídica. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, año 2 N° 33, Lima, 15 de febrero de 2005.

WEB GRAFIA:



Luis Alberto ALVARADO CALDERÓN (Guatemala, octubre de 2010), investigo El A.D.N. como Medio de Prueba Científico en la Filiación.



Roberto Wesley ZAPATA DURÁN (SALAMANCA, 2011), investigo "La Prueba en los Procesos de Filiación".



Los Principios Fundamentales del Derecho de Familia.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d285d680467c3ef390c2d693776efd47/Los+principios+constitucionales+del+derecho+de+familia.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d285d680467c3ef390c2d693776efd47>



Constitución y Naturaleza Jurídica de la Familia,
<http://www.oslpr.org/v2/PDFS/Borrador%20Codigo%20Civil%20Updated/2-%20Libro%20Segundo%20-%20Las%20instituciones%20Familiares/04LibroSegundoLasinstitucionesfamiliaresArticulos.pdf>



Derecho de Familia Profesora: Esp. Ab. Adriana María Warde
http://www.academia.edu/8069497/DERECHO_PRIVADO_VI_DERECHO_DE_FAMILIA



El Matrimonio.
www.lozavalos.com.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=6518



Aprende Fácil a Determinar el Parentesco Familiar
<http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/11/como-determinar-el-parentesco-entre.html>



El Parentesco Consanguinidad y Afinidad.
<http://alexsilvacalle.blogspot.pe/2011/10/el-parentesco-consanguinidad-y.html>



Apuntes Jurídicos.
<http://jorgemachicado.blogspot.pe/2009/02/el-parentesco.html>



Código Civil Peruano Comentado Tomo II.
<http://es.scribd.com/doc/66008179/Codigo-Civil-Peruano-Comentado-Tomo-II-Derecho-de-Familia-Primera-Parte#scribd>



Estudio Jurídico y Doctrinario del Parentesco por Afinidad.
http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7955.pdf



Fragmento del Tratado de Derecho de Familia, en preparación
<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66125/68735>



Modelos Familiares ante el Nuevo Orden Jurídico: Una Aproximación Casuística.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3174/4.pdf>



La Familia en la Constitución Política del Perú.
<https://agoraabierta.lamula.pe/2014/05/01/la-familia-en-la-constitucion-politica-del-peru/rafaelrodriguez/>

PLENOS Y ACUERDOS JURISDICCIONALES:



Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de Junio de 2005.



Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, segunda parte materia civil plenos casatorios y plenos jurisdiccionales. 2015.



El carácter científico, el grado de efectividad y la certeza de la prueba de ADN es reconocido en la jurisprudencia local desde hace un buen tiempo: Exp. N° 318-88-Lima.



El Modelo Constitucional de la familia en la Constitución de 1993. EXP. N.º 04493-2008-PA/TC LIMA.



JURISPRUDENCIA SOBRE PRUEBA DEL ADN EL QUE ES OBLIGATORIO

EXP. N.º 00227-2011-PA/TC

LAMBAYEQUE

RENZO FABRIZIO

MARIANI SECADA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.-

En Lima, a los 4 días del mes de enero de 2012, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Álvarez Miranda, Beaumont Callirgos y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO.-

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Renzo Fabrizio Mariani Secada contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 237, su fecha 30 de setiembre del 2010, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES.-

Con fecha 9 de julio del 2009 el recurrente interpone demanda de amparo contra la jueza a cargo del Segundo Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo, doña Patricia Vallejos Medina, y contra doña Ludovica del Cisne Mariani Tapia, solicitando que se declare nula la resolución de fecha 4 de junio del 2009 que dispone, para mejor resolver, la actuación de oficio de la prueba de ADN a los restos de su padre Antonio Mariani Calandra. Sostiene que en el contexto de la tramitación de la demanda de

declaración judicial de paternidad extramatrimonial, proceso seguido por doña Ludovica del Cisne Mariani Tapia en contra suya y de otros (Exp. N° 111-2008), se dispuso de oficio tal actuación, decisión que a su entender vulnera su derecho al debido proceso toda vez que la actuación de dicha prueba no tiene como finalidad probar asunto alguno que fuera demandado y fijado como punto controvertido, por lo que carece de virtualidad probatoria para resolver el caso sometido a controversia. Refiere además que la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, a través de una prueba de ADN, constituye una competencia exclusiva del Juzgado de Paz Letrado, juez natural para conocer de la filiación extramatrimonial, y no del Juzgado Especializado de Familia.

La demandada Patricia Vallejos Medina, con escrito de fecha 6 de agosto del 2009, contesta la demanda argumentando que la prueba de ADN es completamente pertinente para la resolución de los puntos controvertidos de la demanda, y que el que se haya ordenado la actuación de un medio probatorio de oficio y que éste sea el ADN, no implica cambio alguno de la competencia procesal.

La demandada Ludovica del Cisne Mariani Tapia, con escrito de fecha 12 de agosto del 2009, contesta la demanda argumentando que todos los puntos controvertidos son para determinar si don Juan Mariani Calandra es su padre y que por tanto la prueba de ADN ordenada de oficio es el sustento de su demanda. Además arguye que no existe dispositivo alguno que establezca que dicha prueba solo pueda ser actuada ante los Juzgados de Paz Letrados.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, con escrito de fecha 27 de agosto del 2009, contesta la demanda argumentando que por la vía del amparo no se puede cuestionar o enervar los efectos de resoluciones judiciales emitidas en un proceso regular.

El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, con resolución de fecha 22 de marzo del 2010, declara infundada la demanda de amparo considerando que el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial está orientado a determinar si doña Ludovica del Cisne Mariani Tapia es hija de don Juan Mariani Calandria, resultando pertinente la actuación de la prueba pericial de ADN, la cual no puede ser ordenada solo en una clase de proceso judicial ante el Juzgado de Paz Letrado.

La Sala de Derecho Constitucional de Lambayeque, con resolución de fecha 30 de setiembre del 2010, confirma la apelada estimando que los Juzgados de Paz Letrado conocen de los asuntos de filiación extramatrimonial cuando la persona cuya filiación se busca se encuentra con vida, mas no tienen competencia cuando ésta ha fallecido; agrega que la prueba científica de ADN es un medio eficaz para determinar de manera incontrovertible el nexo filial que sustenta la pretensión de declaración judicial de paternidad.

FUNDAMENTOS.-

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda de amparo interpuesta por el recurrente Renzo Fabrizio Mariani Secada es dejar sin efecto la resolución de fecha 4 de junio del 2009, que dispuso la actuación de oficio de la prueba de ADN a los restos de su padre don Juan Antonio Mariani Calandra, en la medida en que dicha decisión vulnera su derecho al debido proceso al no tener dicha prueba la finalidad de probar asunto alguno que fue demandado y fijado como punto controvertido. Expuesta la pretensión, este Colegiado considera necesario determinar, a la luz de los hechos expuestos en la demanda y de los recaudos que obran en ella, si se ha vulnerado el derecho al debido proceso del recurrente al haber dispuesto el órgano judicial la actuación de oficio de una prueba presumiblemente impertinente para declarar judicialmente la

paternidad extramatrimonial de doña Ludovica del Cisne Mariani Tapia (la prueba de ADN a los restos de don Juan Antonio Mariani Calandra); y haberse dispuesto su actuación ante el Juzgado Especializado de Familia, y no ante el Juzgado de Paz Letrado.

El proceso de amparo como mecanismo para cuestionar resoluciones judiciales arbitrarias.

2. El amparo contra resoluciones judiciales se encuentra circunscrito a cuestionar decisiones judiciales que vulneren de forma directa los derechos constitucionales de las personas. Y es que, a juicio de este Colegiado, la irregularidad de una resolución judicial con relevancia constitucional se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental y no sólo en relación con los contemplados en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional (Cfr. STC N° 03179-2004-AA, Fundamento 14).

Proceso de declaración de paternidad extramatrimonial y prueba de ADN.

3. En el presente caso, el recurrente Renzo Fabrizio Mariani Secada aduce que en el proceso judicial se le ha vulnerado su derecho al debido proceso toda vez que el órgano judicial dispuso de oficio la actuación de la prueba de ADN, a pesar de que la misma no tiene como finalidad probar ningún asunto demandado ni fijado como punto controvertido; siendo, además que dicha prueba solo puede ser actuada por el Juzgado de Paz Letrado, y no por el Juzgado Especializado de Familia.
4. Sobre el particular, es importante destacar que el recurrente pretende que la prueba de ADN ordenada de oficio no sea actuada en el proceso judicial en el que ha sido demandado. Asimismo, es pertinente advertir que doña Ludovica Del Cisne Mariani Tapia interpone demanda de declaración judicial de paternidad en contra

del recurrente y de otros, amparándose en los incisos 2 (posesión constante del estado de hijo extramatrimonial), 3 (convivencia con la madre en la época de la concepción) y 5 (seducción cumplida con promesa de matrimonio) del artículo 402º del Código Civil (f.59). En congruencia con el planteamiento de la demanda, el órgano judicial coincidentemente fijó como puntos controvertidos determinar: i) la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial de la demandante, ii) la convivencia de don Juan Antonio Mariani Calandra con la madre de la demandante en la época de la concepción, y iii) la existencia de relaciones sexuales bajo promesa de matrimonio con la madre de la demandante (f.21). Atendiendo a lo descrito, conviene hacerse el siguiente cuestionamiento ¿resulta pertinente la actuación de la prueba de ADN para resolver la pretensión de declaración judicial de paternidad?, ¿la prueba de ADN tiene por finalidad acreditar los extremos de los puntos controvertidos fijados por el juez? Este Colegiado considera que la prueba de ADN, como tal, es pertinente e indispensable para resolver la pretensión de declaración judicial de paternidad y, más aún, para resolver los puntos controvertidos fijados en el proceso judicial. De esta manera, se evidencia que la prueba de ADN cumple, pues, el requisito de pertinencia respecto a lo que constituye el objeto del proceso de declaración de paternidad, por lo que atendiendo a la especial consideración del caso, en donde el presunto progenitor ya ha fallecido, este Colegiado ratifica la pertinencia y la utilidad de la prueba de ADN en el proceso judicial, la que servirá para acreditar si don Juan Antonio Mariani Calandra es el padre (o no) de la demandante Ludovica del Cisne Mariani Tapia.

5. Este Colegiado aprecia también que detrás de toda pretensión de declaración de paternidad subyace in vivo el ejercicio del derecho fundamental a la identidad, el cual comprende el derecho a un nombre conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado

reconozca su personalidad jurídica (Cfr. STC N° 02432-2005-PHC, Fundamento 4), derecho éste que encuentra concretización y operatividad judicial en la actuación de parte o de oficio de la prueba de ADN; razón por la cual la actuación de esta prueba no puede estar circunscrita o limitada en su uso a un único y específico proceso judicial (como alega el recurrente), sino que, por el contrario, su actuación corresponderá ser ordenada en todo tipo de proceso judicial cuando esté de por medio el derecho a la identidad de las personas (declaración judicial de paternidad), pues el ordenamiento procesal preconiza un sistema abierto de pruebas (típicos y atípicos), los cuales tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones (artículo 188° del Código Procesal Civil). Por ello, resultaría un despropósito, y constituiría un acto vulneratorio del derecho a la prueba, restringir el uso de ciertos medios de prueba, como por ejemplo, el de ADN a un solo proceso judicial, y excluir la posibilidad de su uso en otros procesos judiciales, aun a sabiendas de la pertinencia, idoneidad, utilidad y licitud para resolver la pretensión demandada. Y es que en el ordenamiento procesal la competencia judicial por la materia viene establecida por las pretensiones que se plantean en la demanda, y no por la cualidad de los medios probatorios que se ofrecen en ella. De modo tal que, en el caso de autos, la orden de actuación de la prueba de ADN no vulnera derecho constitucional alguno del recurrente, sino que, por el contrario, constituye la concretización judicial del derecho de Ludovica del Cisne Mariani Tapia a la identidad, a efectos de saber realmente quién es o no es su padre; a la par que constituye la concretización del valor Justicia en la resolución del proceso judicial. Por estos motivos, la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, con el fundamento de voto, del magistrado Vergara Gotelli que se adjunta

HA RESUELTO.-

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo, al no haberse acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno del recurrente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA

BEAUMONT CALLIRGOS

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 00227-2011-PA/TC

LAMBAYEQUE

RENZO FABRIZIO

MARIANI SECADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI.

Emito el presente fundamento de voto bajo las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso la recurrente interpone demanda de amparo contra la jueza del Segundo Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo, doña Patricia Vallejos Medina, y contra doña Ludovica del Cisne Mariani Tapia, con la finalidad de que se declare nula la resolución de fecha 4 de junio del 2009 (Exp. N° 111-2008) la cual dispone, para mejor resolver, la actuación de oficio de la prueba de ADN a los restos de su padre Antonio

Mariani Calandra. Sostiene que durante la tramitación de la demanda de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, proceso seguido por doña Ludovica del Cisne Mariani Tapia en contra suya y de otros, se dispuso tal actuación, decisión la cual considera vulnera su derecho al debido proceso debido a que dicha prueba no tiene como finalidad probar el asunto demandado y fijado como punto controvertido, careciendo por ello de virtualidad probatoria para resolver el caso sometido a controversia. Asimismo sostiene que la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, con el empleo de una prueba de ADN, constituye una competencia exclusiva del Juzgado de Paz Letrado, por ser juez natural para conocer de la filiación extramatrimonial, y no del Juzgado Especializado de Familia.

2. El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo declaró infundada la demanda por considerar que el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial está orientado a determinar si doña Ludovica del Cisne Mariani Tapia es hija de don Juan Mariani Calandria, resultando pertinente la actuación de la prueba pericial de ADN, la cual no puede ser ordenada solo en una clase de proceso judicial ante el Juzgado de Paz Letrado. La Superior confirma la apelada señalando que los Juzgados de Paz Letrado conocen asuntos de filiación extramatrimonial cuando la persona cuya filiación se busca se encuentra con vida, mas no tienen competencia cuando esta ha fallecido; añade que la prueba de ADN es un medio eficaz para determinar de manera incontrovertible el nexo filial que sustenta la pretensión de declaración judicial de paternidad.
3. En el presente caso estoy de acuerdo con el proyecto en el extremo que expresa que la actuación de oficio de la prueba de ADN no es impertinente puesto que tal actuación constituye un acto necesario a resultados de lo que es el objeto del proceso de

declaración de paternidad, razón por la que el Juzgador ha actuado debidamente.

4. En tal sentido debo agregar a lo expresado en el proyecto puesto a mi vista que la disposición de oficio de la actuación de una prueba es parte de la competencia del juzgador, razón por la que no se puede cuestionar toda actuación judicial sin que se evidencie la afectación de un derecho. En este caso el juez no solo podía de oficio disponer la actuación del referido medio probatorio, sino también se encontraba en capacidad para hacerlo en cualquier momento en que se requiriera. Debe tenerse presente que la pretensión destinada a la declaración de paternidad es imprescriptible, situación que expresa la singularidad de tal pretensión que está íntimamente vinculada al derecho a la identidad de la persona humana.

Por las razones expuestas mi voto es porque se declare INFUNDADO la demanda.

S.