



UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN

ESCUELA DE POSGRADO

TESIS

**MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO
CIVIL PARA AFIANZAR LA VALORACIÓN DE LA
PRUEBA DE ADN**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO
DE MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**

Autor:

Bach. Samillán Carrasco José Luis

Asesor:

Mg. Cabrera Leonardini Daniel Guillermo

**Línea de Investigación
Ciencias jurídicas**

Pimentel – Perú

Año 2019



UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO
CIVIL PARA AFIANZAR LA VALORACIÓN DE LA
PRUEBA DE ADN**

AUTOR

Bach. SAMILLAN CARRASCO JOSÉ LUIS

CHICLAYO – PERÚ

2019

**MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO CIVIL PARA AFIANZAR LA
VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE ADN**

APROBACIÓN DE LA TESIS

Dra. Cabrera Cabrera Xiomara
Asesora Metodológica

Dr. Urbina Cárdenas Max Fernando
Presidente del jurado de tesis

Dra. Cabrera Cabrera Xiomara
Secretaria del jurado de tesis

Mg. Cabrera Leonardini Daniel Guillermo
Vocal del jurado de tesis

ÍNDICE

DEDICATORIA	6
AGRADECIMIENTO	7
RESUMEN	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	10
Importancia y actualidad del tema de investigación.	10
Breve referencia a la problemática (Manifestaciones del problema)	10
Problema científico	12
Resultados fundamentales del diagnóstico causal (Causas que originan el problema investigado). ..	12
Objeto de la investigación	13
Objetivo de la investigación	13
Campo de acción de la investigación.....	13
Hipótesis Científica (solamente enunciar)	13
PRIMERA PARTE: METODOLOGÍA Y FUNDAMENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN ..	15
CAPÍTULO 1. CONSTRUCCIÓN DEL MARCO TEÓRICO	15
1.1 Caracterización del objeto (campo de acción) de investigación	15
1.2 Determinación de las tendencias históricas o antecedentes del objeto (campo de acción) de investigación.....	16
CAPÍTULO 2. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA Y CARACTERIZACIÓN DEL CAMPO DE ACCIÓN	21
2.1 Justificación del Problema	21
2.2 Marco conceptual.....	31
CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS Y DISEÑO DE LA EJECUCIÓN	70
3.1 Definición de hipótesis	70
3.2 Determinación y conceptualización de las variables de la hipótesis.....	70
3.3 Diseño de la ejecución	70
SEGUNDA PARTE: CONSTRUCCIÓN DEL APORTE	76
CAPÍTULO 4. CONSTRUCCIÓN DEL APORTE PRÁCTICO	76
4.1 Fundamentación del aporte práctico.	77
TERCERA PARTE: VALIDACIÓN DE LOS RESULTADOS	79
CAPÍTULO 5. VALORACIÓN Y CORROBORACIÓN DE LOS RESULTADOS	79

5.1	Valoración de los resultados (taller de socialización, criterio de expertos, etc.)	79
5.2	Corroboración estadística de las transformaciones logradas	80
CONCLUSIONES GENERALES		96
RECOMENDACIONES		97
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		98

DEDICATORIA

A toda mi familia por su apoyo en todo momento, por sus consejos y ejemplo de perseverancia, lo cual me ha permitido formarme con buenos valores y lograr cumplir mis objetivos trazados.

AGRADECIMIENTO

Gracias al maestro Manuel Bermudez Tapia, por haberme brindado su apoyo a través de su conocimiento en el desarrollo la presente investigación; y, con ello crecer profesionalmente.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado “Modificación del Artículo 363 del Código Civil para afianzar la valoración de la prueba de ADN”, es de carácter descriptivo, y tiene como objetivo general proponer la modificación del Art. 363 código civil para afianzar la valoración de la prueba de ADN; en el artículo que se indican nuestros legisladores hacen una serie de supuestos jurídicos para negar la filiación, por ello, el investigador se planteó la siguiente pregunta ¿se debe mantener en nuestro ordenamiento los supuestos jurídicos contemplados en el artículo 363º de nuestro código civil; pese a que ya se cuenta con una prueba científica de alto grado de certeza como es la prueba del ADN?, la hipótesis planteada es que con la modificación del Art. 363 código civil se afianzaría la valoración de la prueba de ADN, ya que carece de sentido mantener dichos supuestos ante la existencia de esta prueba científica, la misma que tiene un mayor grado de certeza.

Palabras clave: ADN, presunción de paternidad y negación de paternidad.

ABSTRACT

The present research work entitled "Modification of Article 363 of the Civil Code to strengthen the assessment of DNA testing", is descriptive, and has as its general objective to propose the modification of Art. 363 civil code to strengthen the assessment of the DNA test; in the article that is indicated our legislators make a series of legal assumptions to deny filiation, for that reason, the investigator posed the following question: should the legal assumptions contemplated in article 363 of our civil code be maintained in our legal system; Although there is already a scientific test of high degree of certainty such as the DNA test, the hypothesis is that with the modification of Art. 363 civil code would strengthen the assessment of the DNA test, since it lacks of sense to maintain said assumptions before the existence of this scientific proof, the same one that has a greater degree of certainty.

Keywords: DNA, presumption of paternity and denial of paternity.

INTRODUCCIÓN

Importancia y actualidad del tema de investigación.

La determinación de la filiación resulta ser es un tema recurrente, especialmente relevante ya que busca proteger a la población vulnerable correspondiente a los menores de edad, para poder estudiarla adecuadamente es necesario recordad primero que la filiación es definida como la relación jurídica que existe entre progenitores y descendientes o entre adoptantes y adoptados

Sojo (1982) define a la filiación desde dos puntos de vista, el primero desde un sentido lato, el cual sería la relación parental consanguínea entre ascendientes y descendientes” y desde un punto de vista estricto que es el que suele aplicarse en derecho “nexo o relación que une al hijo con su padre y con su madre”

Mediando notables avances científicos, de modo particular de genética y la biología molecular, el derecho incorporó a la investigación de la paternidad o de la maternidad la prueba pericial de ADN, ya que en nuestra legislación se establece que toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus progenitores y a establecer su filiación, aún por la vía judicial si fuere necesario.

La realización de una prueba genética busca establecer la relación biológica, paterno o materno filial como objeto mismo de la prueba dentro de un proceso determinado, evitando hacer uso de métodos obsoletos o que brindan poca certeza tales como declaraciones, doctrina y jurisprudencia dejando todo a discrecionalidad del juez. En la actualidad, la prueba genética se convierte en una prueba de categoría principal, ello significa que el juez debe obligatoriamente decretarla en los procesos de filiación. Precisamente, ese carácter científico del cual hoy está dotada la prueba genética, es materializado en los exámenes de ADN practicados a un individuo para determinar su compatibilidad genética con el presunto padre y además, si su determinación arroja una probabilidad superior al 99.9%.

Breve referencia a la problemática (Manifestaciones del problema)

Nuestro Código Civil en su artículo 363° del prescribe sobre “*negación de paternidad matrimonial*” el mismo que prescribe lo siguiente: 1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos

los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio. 2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo. 3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo. 4. Cuando adolezca de impotencia absoluta. 5. Cuando 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 la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza; conforme se puede apreciar los incisos del 1 al 4 del artículo 363° se hace referencia a una serie de supuestos, estos carecen de sentido toda vez que ya se cuenta con la prueba pericial del ADN; por lo que siendo así, se propone la derogación de dichos incisos y mantener lo contenido en el inciso 5 del mismo artículo; debemos recordar que, con la dación de la Ley N° 27048, la misma que incorpora como requisito de admisibilidad de paternidad y maternidad la prueba biológica pericial del ADN, por lo que siendo así, carece de sentido seguir manteniendo en nuestro ordenamiento civil la situación jurídica de los incisos 1 al 4 del artículo 363 del código civil.

Con la finalidad de afianzar constitucionalmente la propuesta de la derogación de los incisos del 1 al 4 del artículo 363 sobre “*negación de paternidad*”, puedo citar lo prescrito en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú, en la cual indica lo siguiente: “*La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*”, la cual consiste en que el ciudadano pueda o deba exigir al Estado, técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de los derechos que le corresponde.

Siendo que el derecho a la tutela jurisdiccional, tiene como característica el derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia; es decir, debe ser contemplado no sólo como el derecho a la efectiva protección del derecho material. Este tiene como atributo subjetivo el cual responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

Finalmente, la tutela efectiva se configura como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios

jurídicos razonables, y no manifiestamente arbitrarias, ni irrazonables; recordemos que en los procesos de filiación lo que se busca es alcanzar la verdad biológica; consecuentemente si ya se cuenta con la prueba pericial del ADN, este proceso sería más célere.

Problema científico

Ante ello, el investigador se plantea la siguiente interrogante:

¿Cómo afianzar la valoración de la prueba de ADN, en nuestro código civil?

Resultados fundamentales del diagnóstico causal (Causas que originan el problema investigado).

Nuestro código civil vigente fue promulgado en el año 1984, actualmente cuenta con más de treinta años de antigüedad. A la fecha se han promulgado diversas modificatorias, y leyes complementarias que permiten de cierta forma regular las relaciones sociales actuales.

No debemos olvidar que nuestra sociedad se encuentra en constantes cambios lo que amerita que el Derecho también se encuentre actualizado.

En el ámbito de la determinación de paternidad existen pruebas científicas que tiene como características a) que siempre generan certezas absolutas, b) que sus resultados son infalibles. En cuanto a la primera, la certeza absoluta se ha construido, a partir del test de ADN por su alto porcentaje de fiabilidad. Respecto a la segunda característica, debe decirse, terminantemente, que las pruebas científicas, no son infalibles; pero si alcanzan un grado de certeza bastante alto; consecuentemente, no amerita mayor análisis por parte del juzgador.

Ante estas afirmaciones, el investigador considera necesario descartar los supuestos contenidos en los incisos del 1 al 4 del artículo 363° del código civil; ello en aras de tener un marco jurídico actualizado y certero lo que conlleva a mantener una adecuada seguridad jurídica y celeridad procesal, a decir de este último no es un principio abstracto: muy por el contrario, es la piedra angular del servicio de justicia.

Se debe considerar que el debido proceso se debe necesariamente a la existencia de una justicia que no puede y no debe prolongarse innecesariamente; se dice que el derecho busca

alcanzar la paz social; por lo que siendo así, la sociedad debe recomponer su paz a través del proceso en el más breve plazo.

Sin la correcta aplicación del principio de celeridad procesal, o mejor dicho, con las indebidas dilaciones que se producen a lo largo del proceso, resulta imposible lograr paz social.

Que, habiendo desarrollado brevemente el contenido del principio de celeridad procesal, no puedo dejar de lado el principio de economía procesal, el derecho con éste principio busca que los procesos judiciales no sean onerosos para los justiciables, pues debemos recordar que en un litigio no sólo el justiciable pasa por un momento de angustia e incertidumbre por el proceso que se está siguiendo, sino que adicionalmente ello conlleva gastos tales como costos y costas del proceso del ser el caso.

Objeto de la investigación

Valoración de la prueba científica ADN.

Objetivo de la investigación

Proponer la modificación del Art. 363 código civil para afianzar la valoración de la prueba de ADN.

Campo de acción de la investigación

Sobre el campo de acción este se encuentra centrado en derecho de familia.

Hipótesis Científica (solamente enunciar)

La modificación del Art. 363 código civil afianzaría la valoración de la prueba de ADN.

Tareas de la investigación

- a) Diagnosticar el estado actual de la valoración de la prueba de ADN.
- b) Identificar los factores influyentes en la valoración de la prueba de ADN.
- c) Diseñar la modificación del Art. 363 código civil para afianzar la valoración de la prueba de ADN.

- d) Estimar los resultados que generará la modificación del Art. 363 código civil en la valoración de la prueba de ADN.

Significación práctica

La prueba de ADN, es un medio probatorio relativamente nuevo a través de la cual se puede comprobar la paternidad de una persona.

Los análisis de identificación por el ADN ofrecen gran ventaja debido a su gran precisión, y gracias también a una técnica replicante del ADN de la muestra disponible, la reacción en cadena de la polimerasa (PCR), permite que, aunque ésta sea mínima (restos de saliva, un cabello), pueden utilizarse incluso aunque los vestigios biológicos sean muy antiguos. Dadas estas características técnicas, así como también su extraordinaria precisión, se han convertido en un instrumento muy valioso para la moderna pericia forense y, lo que es más importante, para un más satisfactorio ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y una respuesta más eficaz a las exigencias de la sociedad respecto a la a determinación de relaciones paterno filiales.

PRIMERA PARTE: METODOLOGÍA Y FUNDAMENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO 1. CONSTRUCCIÓN DEL MARCO TEÓRICO

Introducción

Con el desarrollo del presente capítulo el investigador pretende sustentar o argumentar sólidamente a través de la doctrina actualizada la modificatoria del artículo 363° del Código Civil, para ello primero se iniciará por desarrollar el concepto de prueba, finalidad de la misma, posteriormente se desarrollará lo referente a los principios que rigen la prueba en nuestro ordenamiento jurídico civil, ello permitirá luego explicar sobre la valoración de la prueba en el proceso civil y finalmente se desarrollará sobre el contenido científico de la prueba del ADN; pues resulta necesario desarrollar cada ítem que se plantea con la finalidad de que la propuesta por el investigador resulte viable.

1.1 Caracterización del objeto (campo de acción) de investigación

El objeto de estudio de la presente investigación corresponde a la Valoración de la prueba científica ADN, la misma que es definida como aquel procedimiento mediante el cual se procede a la valoración probabilística de la coincidencia de perfiles humanos.

La prueba de ADN es una de las pruebas científicas más fiables, siempre y cuando se sigan de manera correcta los protocolos científicos.

La prueba de ADN está sometida a continuos avances científicos y se encuentra desarrollándose en el límite existente entre el equilibrio entre la eficacia de una investigación y la protección de los derechos humanos.

Actualmente existen algunos sucesos actuales con respecto a las pruebas del ADN en la impartición de justicia. Se conoce que existen algunos intentos de utilización de bases de datos de algunos loci microsatélites de las personas ya juzgadas como lo es la serie CODIS (Combined DNA Index System) que se trata de una serie de trece loci microsatélites polimórficos, esta base de datos es utilizada por el FBI como ayudante en la investigación criminal. Hasta diciembre de 2004, la serie CODIS tiene registrados 2,132,470 perfiles de

ADN y ha ayudado en 20,788 casos criminales, en los cuales no hubiera podido haberse realizado si no existiera esta base de datos. Pero esta no es la única base de datos existente hasta el momento, también es bien conocida la base de datos de la INTERPOL conocida como ISSOL (Interpol Standard Set Of Loci), esta base de datos analiza siete marcadores microsatélites altamente polimórficos, los cuales se encuentran incluidos dentro de los trece de la serie CODIS. (Lozano 2018, pg. 5)

1.2 Determinación de las tendencias históricas o antecedentes del objeto (campo de acción) de investigación

a) En referencia a la evolución histórica del código civil podemos iniciar de la siguiente manera:

a) Periodo de la antigüedad clásica

En relación a los medios de prueba, es *el testimonio* el que aparece en primer lugar por la importancia que le confiere su antigüedad.

Por lo que respecta a Palestina, se encuentran algunas noticias en la Biblia, donde se condena el falso testimonio y se niega que la deposición de un solo testigo sea suficiente para condenar. El falso testimonio se castigaba con la misma pena a que hubiere sido condenado el acusado si la acusación hubiese sido verdadera (Portillo 1971, pg.9)

En lo que al derecho romano respecta, es de tener en cuenta los distintos tipos de proceso según las diferentes épocas y puede decirse que en general prevalecía un concepto de prudente desconfianza, en cuanto que se excluían los testigos que por sus antecedentes no merecían buen concepto. (Meléndez, 2008, pg.3)

Es de conocerse que, en antiguo proceso romano, el Juez tenía un carácter de árbitro del proceso y tenía amplia libertad para apreciar y valorar las pruebas aportadas por las partes del proceso; fue el testimonio en su inicio la prueba casi exclusiva, posteriormente se admitieron los documentos, el juramento, reconocimiento personal por el Juez; es decir, medios de prueba que aún prevalecen.

El juramento surge como uno de los más importantes medios para dar certeza y veracidad al dicho de una persona, es decir que la declaración que una persona hacia era verídico. Encontramos reseñas de esta en el pensamiento del pueblo de Israel con la Ley de Moisés, ya uno de los mandamientos menciona que “No tomarás en vano el nombre del Señor” y más adelante también se interpreta que el acto de jurar hace más honorable a la persona que con su palabra se compromete a la verdad. (Meléndez, 2008, pg.10)

b) Período Germánico

Dice Chiovenda citado por (Montero, 2006) que la irrupción del germanismo determinó profundas modificaciones en el sistema romano de la prueba, debido a que el derecho germánico concibió el proceso inicialmente como un medio de pacificación social.

En el proceso germánico los medios de prueba sean pocos y no conocidos anteriormente, como por ejemplo, los juicios de Dios, las ordalías, entre ellas las del fuego o hierro candente, el agua hirviente o fría, el duelo judicial y el juramento con sacramentarios o cojuradores.

c) Proceso Ítalo-Canónico

La influencia canónica posterior sustituyó todo el formalismo del período germánico, por la prueba tasada, es decir, el sistema en el cual el Juez está sujeto a determinadas reglas establecidas por la ley, sistema que tuvo por objeto probablemente precaverse contra la arbitrariedad Judicial.

Los medios de prueba utilizados en este período eran los siguientes: Chiovenda citado por (Montero, 2006)

1. **La Confesión:** Considerada la más importante, pero con la aclaración que solo la judicial podía producir plena prueba.
2. **El Testimonio:** En el cual se establecían ciertas incapacidades, tales como el perjuo, el delincuente; se exigía el testimonio concorde de dos testigos.
3. **Los Peritos:** Eran los especialistas, los conocedores de alguna ciencia o materia en la cual ejercían sus labores, a ellos se les confiaba determinar si una afirmación o negación en base a su experiencia y conocimientos era cierto o no.

4. ***El Reconocimiento judicial en relación con el hecho por probar:*** Había que dirimir si un hecho que se pretendía probar mediante el juicio, era real; para tal efecto, era necesario que se estableciera un procedimiento mediante el cual el juez tuviera a la vista lo más gráficamente los hechos, a tal efecto se dirigía tal diligencia.
5. ***Los Documentos:*** Que para producir prueba tenían que ser públicos, mientras que los privados se consideraban como prueba indiciaria.
6. ***Las Presunciones:*** Si estaban contempladas en la ley producían la consecuencia de liberar de la carga de la prueba, y las demás se consideraban como indicios.

Proyecto de 1847

Este proyecto es el inmediatamente anterior al Código de 1852. Se observa que exhibe mayores lazos con el derecho hispano que el propio Código de 1852.

Se dividió en un título preliminar y tres libros, siendo estos:

1. "De las personas y de los derechos que como tales tienen";
2. "De las cosas, del modo de adquirirlas, y de los derechos que las personas tienen sobre ellas";
3. "De los derechos que unas personas tienen sobre otras, o de las obligaciones que nacen de los contratos o cuasi-contratos". (Ramos, 2005, pg.246)

Código Civil de 1852

En junio de 1851 se nombra Comisión Codificadora presidida por Andrés Martínez. Esta comisión trabajó sobre el proyecto de 1847-1848 y el 29 de diciembre de 1851 se promulgan el Código Civil y el de Enjuiciamientos Civiles, entrando en vigencia el 29 de julio de 1852. Este Código Civil fue influenciado por el Código Civil francés de 1804. Fue de aplicación en toda la República. (Alterini, 2000, pg.516)

Código Civil de 1936

El 30 de agosto de 1936 se promulga un nuevo Código Civil y se postergó su entrada en vigencia hasta el 14 de noviembre del corriente año. Tomó como fuentes principales a los códigos civiles de Francia, Argentina, Alemania, Suiza y Brasil. (Alterini, 2000, pg.516)

Código Civil de 1984

En 1965, se creó una Comisión Reformadora, conformada por los más destacados profesores especialistas en cada uno de los libros que componen el Código Civil, encargada de revisar el Código Civil peruano de 1936. Después de aproximadamente veinte años, el esfuerzo del arduo trabajo de la Comisión dio como resultado la promulgación del Código Civil de 1984, que actualmente conocemos y usamos. (Fernández, 2014, pg.39-58)

b) La prueba y su valoración

Según la Real Academia de la Lengua española deriva del latín *probare* y entre otras acepciones significa justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos. (Reyes, 2014, pg. 67)

Conclusiones parciales

Como se ha podido detallar la prueba y su valoración con el transcurso de tiempo ha venido sufriendo cambios notables, lo cual resulta de vital importancia toda vez que lo que se busca con la prueba es acreditar los hechos alegados por las parte en un proceso pudiendo ser este civil o penal o cualquier otra materia del derecho.

Se debe indicar que las partes tiene la facultad exclusiva de realizar afirmaciones de hechos y el juez se limita a verificar la exactitud de esas afirmaciones; tan es así que, el juez puede rechazar un medio de prueba propuesto por la parte, pero no puede practicar un medio de prueba no propuesto por ellas.

Debo precisar que a través de la prueba lo que se busca es alcanzar la verdad sobre los hechos controvertidos por las partes

Dentro del proceso civil debe tener en cuenta lo siguiente:

- a) Los hechos no afirmados o acreditados por las partes no son relevantes o no existen para el juez; es decir, no se pronunciará sobre algo no alegado por los sujetos procesales.
- b) Los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez; es decir, en la sentencia que expedirá el juez deberá consignar y pronunciarse sobre el hecho o hechos que las partes han admitido o afirmado en su oportunidad, el juez no puede ser indiferente ante tal situación.

- c) Finalmente, respecto de los hechos controvertidos debe recordarse que la actividad probatoria no es una investigación, sino simplemente verificadora.

CAPÍTULO 2. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA Y CARACTERIZACIÓN DEL CAMPO DE ACCIÓN

Introducción

Con el presente capítulo el investigador, es justificará la modificación del artículo 363° del mismo cuerpo normativo respecto a la figura jurídica de la “*negación de paternidad matrimonial*”; en razón que con la dación de la ley N° 27048 al incorporarse la prueba de AND en los procesos de filiación, se otorgará una mayor celeridad al momento de resolver dichas demandas y una mayor certeza del resultado alcanzado; así mismo, se justifica la presente investigación en razón de que servirá como base para futuras investigaciones.

2.1 Justificación del Problema

Criterios para evaluar el valor potencial de una investigación:

Conveniencia

¿Qué tan conveniente es la investigación?, esto es ¿para qué sirve?

Resulta conveniente investigar este tema toda vez que conforme avanza la sociedad a su vez también avanza la ciencia; debemos recordar que ésta última avanza o se encuentra más adelantado que el propio derecho; y, en ese sentido el derecho no puede ser ajeno dichos cambios. Con la ley N° 27048 al incorporarse la prueba de AND en los procesos de filiación, se otorgará una mayor celeridad al momento de resolver dichas demandas y una mayor certeza del resultado alcanzado.

Relevancia Social

¿Cuál es su trascendencia para la sociedad?

Resulta trascendental pues la sociedad busca que los procesos judiciales sean más céleres; no solo por el resultado en el proceso, sino que dichas sentencias sean debidamente motivadas y sustentadas a través de las pruebas que se incorporen en el proceso.

¿Quiénes se beneficiarán con los resultados de la investigación? ¿de qué modo?

Los resultados de la presente investigación podrán servir de base para otras posibles investigaciones relacionadas.

Implicancias prácticas

¿Ayudará a resolver algún problema práctico?

La presente investigación busca que se modifique el artículo 363° del mismo cuerpo normativo sobre “*negación de paternidad matrimonial*” el mismo que prescribe lo siguiente: 1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio. 2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo. 3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo. 4. Cuando adolezca de impotencia absoluta. 5. Cuando 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; es decir, aun nuestro cuerpo normativo civil mantiene incisos que actualmente son poco útiles, debemos considerar que nuestro actual código civil tiene una antigüedad de 35 años aproximadamente, a pesar que nuestros legisladores han procurado actualizar dicha normativa esta resulta también insuficiente si es que aún se cuenta con dicha prescripción.

a) ¿Desde cuándo existe o se tienen referencias sobre este tipo de problema?

- En el mundo

INDIA

En recientes informes en el que Aprueban en India proyecto de ley sobre tecnología del ADN, Nueva Delhi, 4 jul (PL) El gobierno de la India aprobó hoy un proyecto de ley sobre el uso y aplicación de la tecnología del ADN, para fortalecer el sistema de administración de justicia del país, se divulgó en esta capital.

La utilidad de las técnicas forenses basadas en el ADN para resolver crímenes e identificar personas desaparecidas es reconocida en el mundo, y al prever la acreditación obligatoria y la regulación de los laboratorios se busca garantizar la confiabilidad de los resultados de las pruebas de ADN y la protección de sus datos contra el uso indebido de los derechos de privacidad de los ciudadanos, difundió la agencia ANI.

El perfil forense de ADN tiene un valor comprobado para resolver casos que involucran delitos que afectan el cuerpo humano (asesinato, violación, tráfico de personas o lesiones graves) y aquellos contra propiedad (incluidos robos, robos y daños).

Se espera que el uso ampliado de esta tecnología resulte no solo en una entrega de justicia más rápida sino también en un aumento de las tasas de condena, que en la actualidad es solo de un 30 por ciento. (<https://elvalluno.com/aprueban-en-india-proyecto-de-ley-sobre-tecnologia-del-adn/>)

ARGENTINA

La Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, Promulgada: Junio 1° de 1987, la Ley N° 23.511, mediante esta ley se crea el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) a fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación; y, en el artículo 4° del mismo cuerpo normativo dispone:

Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente; nótese que se torna de vital importancia en dicho país la prueba genética del ADN.

COLOMBIA

El 24 de diciembre del 2001 el Congreso de Colombia decreta mediante la Ley N° 721, el cual en su artículo 7 del mismo cuerpo normativo prescribe: “*En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad*”

superior al 99.9%”; nuevamente nuestro país vecino le otorga a la prueba del ADN un carácter obligatorio a fin de determinar la paternidad.

La jurisprudencia comparada reconoce, cito una colombiana, que:

Cuando el dictamen pericial aparece fundado en principios científicos y técnicos inobjetable y no existe otra prueba que la desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de este tipo de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquella (Bueno, 1996, pg.204)

CHILE

Ley 19.585 proporcionada por Roberto Alfredo González Maldonado: Fecha Publicación: 26.10.1998. Fecha Promulgación: 13.10.1998. Organismo: MINISTERIO DE JUSTICIA. Determina un nuevo orden en la filiación, reconociendo la existencia de la filiación no matrimonial y el desaparecimiento de los hijos naturales. Con esta ley se dio un paso trascendental en el cambio del régimen de familia en el derecho chileno, consagrando nuevos principios y normas que dan un giro radical a nuestra legislación civil, poniéndole fin a las desigualdades existentes entre los hijos de nuestro país, dejando atrás la antigua discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos.

Esta ley modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Introduce las modificaciones más importantes de los últimos años en materia de Derecho de Familia y Derecho Sucesorio. La nueva ley consagra principios tales como: 1. Igualdad 2. Identidad e interés superior del niño 3. Libre investigación de la paternidad; Debemos entender a estos principios como máximas jurídicas en materia de filiación, ya que informan dicha materia, siendo todos ellos concordantes con instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, ratificados por Chile. Breve análisis de las modificaciones que impone esta ley: 1. Se suprime la denominación de hijo legítimo, ilegítimo y

naturales. Se establece para esto que una vez determinada la filiación, todos pasan a tener el estado civil de “hijo de...” 2. Se suprime la norma que establecía que los hijos naturales no tenían abuelos. Se establece para esto que una vez determinada la filiación, los hijos pasan a tener abuelos y por consiguiente los derechos de alimentos y sucesorios que correspondan respecto de sus ascendientes, hayan o no contraído sus padres matrimonio. 3. En materia de alimentos desaparece la clasificación en congruos y necesarios, siendo ahora los alimentos congruos los que puede reclamar ante los tribunales de justicia todo hijo, respecto de sus padres y ascendientes, cuando corresponda. 4. Respecto a la Patria Potestad, esta institución se hace aplicable a todos los hijos no emancipados. Cabe señalar, que antes esta institución estaba reservada solo para los hijos legítimos. 5. Se deroga la denominación de sucesión irregular y se cambia por un único tipo de orden sucesorio sea que el causante haya sido, o no hijo, de padres casados. 6. Todos los hijos son cabeza de orden en el primer orden de sucesión, de tal forma que existiendo un hijo no se pasa al otro orden de sucesión. 7. Todos los hijos son asignatarios forzosos, llevando toda la misma cuantía. 8. Se mejora en el ámbito del derecho sucesorio, la situación del cónyuge que con esta ley pasa a ser legitimario aumentando sustantivamente sus asignaciones. Se deroga la porción conyugal. 9. ***Para la búsqueda de la verdad biológica se establecen las acciones de filiación, posibilitando con ellas la investigación de la maternidad o paternidad, mediante toda clase de pruebas, decretadas por el tribunal o los particulares. Introduciendo la prueba biológica, el ADN y presunciones que facilitan la prueba.*** 10. Se suprime la facultad de castigar a los hijos, y se cambia por la de corregir a estos. 11. La patria potestad y la tuición de los hijos, quedan supeditados al interés superior de niño. Sin embargo la patria potestad se le otorga por ley al padre y la tuición a la madre. (Ley 19.585 Autor: A. González Esta entrada de la Enciclopedia Legal se ha clasificado en L, LE) (<https://chile.leyderecho.org/ley-19585/>)

En el país

La *historia del descubrimiento del ADN*, se remonta hasta el nacimiento de la agricultura.

Mediante la filiación extramatrimonial, se reputa a los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio; en cuanto a la presunción de paternidad, no existe en la filiación extramatrimonial. En estos casos para determinar el vínculo de filiación, es necesario que intervenga un elemento suplementario: sea un acto de voluntad expresado en el reconocimiento, o sea una declaración judicial en ese sentido.

Mediante la Ley 27048, promulgada el 31 de diciembre de 1998, a través de la modificatoria de diversos dispositivos del Código Civil, se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico la prueba de ADN como medio certero para establecer la existencia del vínculo parental.

Debo indicar que en la actualidad las presunciones contenidas en los primeros cinco incisos del artículo 402, prácticamente han sido reemplazados por la contundencia de la prueba de ADN. Por ello, resultan atendibles las opiniones que apuntan a la modificación de este artículo del Código Civil, a fin de que la prueba científica del ADN sea el único medio de prueba en materia de filiación

Siendo de alto grado de certeza de los resultados que arroja la prueba de ADN para el juzgador en las demandas de paternidad, aunado la necesidad de cautelar el principio del interés superior del niño, niñas o adolescente, es que se dejó de lado que las demandas de filiación extramatrimonial se sigan tramitando en vía de conocimiento; fue en ese sentido que el Estado creó un proceso especial para tramitar estas pretensiones.

Por el año 2005, a con la dación de la Ley N° 28457, ley que regula el proceso de judicial de paternidad extramatrimonial, es que se creó el denominado proceso especial de filiación judicial de paternidad extra matrimonial.

b) Estudios o investigaciones anteriores del problema

López (2018), llevó a cabo una tesis de maestría en la Universidad de San Carlos de Guatemala, ciudad de Quetzaltenango “Regulación del examen de ADN como medio científico de prueba”. En ella la investigadora, utilizó los métodos histórico-lógico dogmático jurídico y comparativo y con un enfoque a la doctrina y la jurisprudencia, concluyó:

El desarrollo científico ha permitido que las pruebas genéticas basadas en ADN se vayan incorporando en los estamentos jurídicos de los países. En efecto, países como España en donde se ha creado un ente que regula el uso de la prueba, principalmente con el establecimiento de protocolos y parámetros, así como la verificación del cumplimiento de estos estándares por parte de los laboratorios; así mismo, concluye también Algunos países han incorporado en sus códigos procesales normas que hacen explícito el alcance de la prueba genética basada en ADN y que permita su validez en el proceso. Con base en el análisis de Derecho Comparado, se pudo verificar que España, Argentina y Colombia han incorporado en sus legislaciones normas en el uso de la prueba de ADN. (López, 2018)

Mojica (2033), realizó un artículo científico denominado “La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación”, en la ciudad de Bogotá – Colombia. La investigadora empleó el método descriptivo, desde una perspectiva jurisprudencial histórico – dogmático. Concluyó que:

la prueba biológica técnica ADN permite establecer de manera indiscutible, cierta y segura la verdad en los procesos tendientes a establecer la filiación legítima, ya sea mediante la investigación o la impugnación. La filiación legítima, bien sea matrimonial o extramatrimonial, es una sola y debe obedecer a la verdad biológica. Asunto diferente es el caso de las inseminaciones artificiales y de los alquileres de vientre, donde se deben tener en cuenta el consentimiento y la voluntad de las personas involucradas; de igual manera, la adopción obedece a un proceso voluntario y específico que requiere un trámite

y unos requisitos, en estos casos lo que entra en juego y en discusión es el derecho del concebido artificialmente o por inseminación y del adoptado, a conocer su verdadera ascendencia, sus raíces biológicas.

En materia de impugnación, la ciencia y la medicina también prestan su ayuda y son una herramienta muy valiosa para quienes, cualquiera que sea el medio, procedían o proceden aún a reconocer o legitimar hijos que se les imputan y que creen haber procreado; pero que gracias a los avances científicos de hoy tienen acceso a la real y única verdad acerca de la paternidad, con lo que cuentan, en consecuencia, con las acciones pertinentes ante la jurisdicción de familia.

La prueba ADN es mucho más que un examen de sangre, es el método más preciso que existe para identificar criminales, para resolver enigmas históricos y para efectuar investigaciones sobre filiación, ya que el ADN de cada persona es único; su resultado es más preciso que el que requieren las cortes y los jurados, y para practicarla ni existen requisitos específicos, ni preparación, ni restricción de edad, incluso puede practicarse de manera prenatal, ya que el ADN queda fijado al momento de la concepción.

Osorno (2013), llevó a cabo una tesis denominada:” La valoración de la prueba científica del ADN en los procesos de filiación en Colombia”, en la ciudad de Medellín – Colombia, la investigadora empleó los métodos generales del análisis, síntesis, inducción, deducción, el método específico del diseño bibliográfico o documental y la realización de entrevistas a un número limitado de jueces de familia de Medellín constituyen la metodología de ese trabajo. Concluyó que:

La reglamentación y jurisprudencia descrita, que tanto el legislador como un alto porcentaje de la doctrina y la jurisprudencia colombiana, considera que las pruebas científicas y en especial la del ADN, tiene un valor probatorio mayor que las otras pruebas posibles dentro del litigio o también llamadas pruebas comunes. Dicha tendencia es consecuencia de la fe que se tiene en los

conocimientos científicos que ha llevado hasta el punto de considerar que estos puedan arrojar verdades absolutas.

Las Honorables Cortes afirman que debe realizarse una valoración conjunta del acervo probatorio, sin embargo, es manifiesto en sus intervenciones que han declinado a favor de la prueba científica del ADN como plena prueba para la determinación de la paternidad o maternidad. De igual manera lo hace el legislador en la Ley 721 de 2001, al asignarle de antemano una relevancia determinada a la prueba genética obrante en este tipo de procesos; optando así, por darle un mayor valor a la prueba genética y un carácter de subsidiariedad a los demás medios probatorios; dando pie a la posibilidad de hablar de algún grado de tarifa legal frente a este tema, pues como ya se menciona es el mismo legislador quien le establece una relevancia determinada a los medios de prueba obrantes en los procesos de filiación de la paternidad o maternidad.

Escobar (2010) llevó a cabo una tesis denominada:” La valoración de la prueba, en la motivación de una sentencia en la legislación ecuatoriana”, en la ciudad de Quito – Ecuador. La investigadora empleó el método descriptivo, desde una perspectiva jurisprudencial histórico – dogmático. Concluyó que, la valoración de la prueba no es sino la averiguación judicial de los hechos que tiene como meta la comprobación de la verdad, la que se conseguirá cuando el juez concluya en su fallo con la certeza moral de que su convencimiento es honesto y serio, fundado sobre las pruebas que constan del proceso.

Flores & Silguera (2015) realizaron una investigación denominada “La Vulneración Del Principio De Valoración Conjunta De La Prueba En El Proceso De Filiación Judicial De Paternidad Extramatrimonial”. En la ciudad de Huancayo – Perú. Los investigadores emplearon el método descriptivo – explicativo. Se concluyó que:

se ha podido observar que, en la demanda de filiación judicial de paternidad, la única prueba que sustenta el pedido, es el Acta de nacimiento del menor en donde figura como declarante la madre, mientras que en su oposición los

demandados no pueden aportar otras pruebas más que solo la prueba del ADN, que solo puede realizarse en laboratorios particulares, el cual tiene un costo elevado que en muchos casos el demandado no puede cubrir.

Hernández & Morales (2005), realizaron una investigación denominada "Las consecuencias jurídicas y genéricas derivadas del Establecimiento De La declaratoria judicial de paternidad". Las investigadoras emplearon el método descriptivo, desde una perspectiva normativa. Se concluyó Definitivamente que:

si se aplica de buen modo la normativa legal de familia a estos procesos, se agilizaría con más prontitud para hacer más cortos los procesos y así administrar una pronta, cumplida y eficaz justicia familiar; incluso de ser posible que los Tribunales de Familia tengan la posibilidad de actuar de oficio en estos casos, principalmente cuando se trata del interés superior del menor y la integridad y la protección a la familia. Es necesario destacar que si bien es cierto no se observan atrasos en los juicios antes mencionados, si se pudo observar que en ciertas etapas del proceso se usaron tácticas dilatorias para entorpecer el proceso. Así mismo, se concluye que se trató de impulsar una transformación profunda en cuanto a la doctrina familiar, hasta esta fecha la sociedad en su conjunto ha experimentado cambios sustanciales en su desarrollo social y económico, siendo necesarios los reajustes estructurales y la normativa de familia no sería la excepción, ya que a diferencias de otros tiempos el argumento principal en los juicios familiares era la cuestión moral y de dignidad de las personas, hoy en día puede advertirse que la situación de las personas responde a un estado de necesidad y supervivencia.

2.2 Marco conceptual

2.2.1 Concepto de Prueba

La palabra prueba para poder definirla dependerá del contexto en que se utilice, en la vida cotidiana cuando se quiere sustentar algún hecho y crear convicción a otra persona sobre lo que se alega se utiliza cualquier mecanismo para acreditar lo manifestado; sin embargo, este tipo de prueba resulta irrelevante para el derecho; desde el ámbito científico, la prueba resulta de vital importancia para sustentar el conocimiento científico, pues su trascendencia sirve como elemento indispensable para comprobar la hipótesis formulada por el científico o investigador.

La prueba en el ámbito jurídico tiene una relevancia absoluta ello puede ser antes del proceso y dentro del proceso. No puedo dejar de mencionar que dentro del derecho podemos encontrar principios y teorías que integran la prueba, dentro de las cuales podemos encontrar la *“Teoría del Prueba”*, la cual ha venido evolucionando para luego trascender en lo que actualmente conocemos como el *Derecho a Probar*, reconocido éste como un derecho fundamental, lo cual podemos determinar que la prueba no sólo es importante desde el punto de vista del Derecho Procesal sino que también resulta importante desde el punto de vista del Derecho Constitucional, recordemos que la prueba dentro del Derecho es un elemento importante para la solución de conflictos de trascendencia jurídica.

Plianol y Ripert citado por Hurtado Reyes (2014) *“un derecho no es nada sin la prueba del acto jurídico o del hecho material del cual se deriva. Solamente la prueba vivifica el derecho y lo hace útil”*

Devis (2002) *“los derechos subjetivos de una persona serían, frente a las demás personas o al Estado y entidades públicas emanadas de éste, simples apariencias, sin solidez y sin eficacia alguna diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano”*

A manera de demostrar que la prueba resulta importante para el derecho y con ello puede generar seguridad jurídica mencionaré solo algunos actos jurídicos donde la

prueba resulta importante: a) si una persona “A” quiere adquirir un bien inmueble a “B” que se reputa y alega que es propietario, éste último deberá presentar como prueba la copia literal de dominio, b) si “A” manifiesta ser padre biológico de un menor “B” la prueba sobre este caso sería la prueba de ADN, lo cual resulta importante para acreditar las aseveración que alega “A”; y, finalmente, si “X” quiere contraer matrimonio con “Y” estos deben acreditar (*probar*) que cumplen con todos los requisitos para realizar determinado acto jurídico.

(Varela, 2004. Pg 60) *“constituye un capítulo de fundamental importancia en la vida jurídica, puesto que se puede afirmar que sin su existencia el orden jurídico sucumbiría la ley del más fuerte dado que no sería posible la solución de ningún conflicto en forma racional”*

La prueba está estrechamente ligada al proceso como un instrumento para la solución de los conflictos intersubjetivos, pues como se dijo anteriormente no se puede entender un proceso sin prueba; se debe indicar que el proceso está basado en hechos que han ocurrido en la realidad y el juzgador llega al conocimiento de dichos hechos a través de la prueba, con la finalidad de que éste adopte una decisión legal y justa para cada caso concreto.

Claro está que el hábitat de la prueba se encuentra en el proceso; puesto que es en el proceso donde la prueba se constituye como un instrumento indispensable no sólo por el cual las partes afirman sus hechos; sino también para el juez toda vez, que éste debe comprobar la veracidad o falsedad de dichas afirmaciones.

(Devis Echandía citado por Hurtado, 2014, pg-80) *“la administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la prevención de los litigios y la seguridad de los propios derechos y en el comercio jurídico en general. No existirían orden jurídico alguno”*

(Ortells, 2001, pg.368-370) *“con respecto al intento de definir el concepto señala: que sería el considerarla como una actividad para demostrar la verdad de los hechos relevantes para la resolución sobre la pretensión procesal”*

Podría decir que la actividad probatoria nace por las partes del proceso, pues estas deben probar las afirmaciones que alegan sobre la existencia o no de determinados hechos y en determinado momento; no sólo ello sino también deben aportar pruebas sobre los hechos controvertidos; es decir, aquellos que no son admitidos por la parte contrario o en su defecto cuando ésta los niega; para ello se requiere de instrumentos idóneos que lleven la información que existe fuera del proceso a su interior (*fuentes de prueba*), esos instrumentos se denominan medios de prueba; y, es por ello que las partes buscarán aquellos que resulten pertinentes, útiles y lícitos; posteriormente, el juez deberá ejercitar la delicada tarea de valorar de forma integral y razonable el material probatorio propuesto en el proceso en particular; con la finalidad de que la tesis que postulan las partes resultan admisibles o si una de las partes logra convencer al juez; ante esto último se podría decir que una de las partes logró probar la veracidad de los hechos expuestos.

Como señala (Couture, 2005, pg. 178) “*los problemas de la prueba consiste en saber qué es la prueba, qué se prueba, quién prueba, cómo se prueba, qué valor tiene la prueba producida*”; con lo señalado líneas arriba se puede indicar que Couture se refería con lo primero al concepto de prueba, segundo al objeto de la prueba, el tercero a la carga de la prueba, el cuarto al procedimiento probatorio; y, el último a la valoración de la prueba. Podemos apreciar que la actividad probatoria no sólo recae en las partes del proceso sino también en el juzgador al momento de valorar la prueba en el proceso.

2.2.2 Finalidad de la prueba

La finalidad básicamente se refiere para determinar para qué sirve la prueba en el proceso civil, sólo para citar a (Ferrer, 2005) ha identificado tres tesis: “i) prueba como fijación de los hechos: la finalidad de la prueba es la fijación formal de los hechos por parte del juez, con independencia de su relación con lo ocurrido; ii) prueba como convicción del juez acerca de los hechos, la prueba es el conjunto de operaciones por medio de las que se trata de obtener el convencimiento del juez respecto de unos datos procesales determinados; y, iii) prueba como certeza del

juez acerca de los hechos, la prueba es la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgado respecto de los datos aportados por las partes”

Con la prueba las partes buscan que se determine su verdad sobre los hechos propuestos en sus pretensiones; sin embargo, no se trata de encontrar la verdad en términos absolutos correspondiendo dicha actividad al juzgador, tomando en consideración las afirmaciones o negaciones de las partes, éstas deben ser contrastadas para determinar que hechos son verdaderos y cuales no lo son, logrando así tratar de alcanzar a la verdad de los hechos.

Citando a (Cabañas, 1992, pg.21) afirma que: *“la palabra prueba identifica en su mejor acepción técnica y pura, al ya referido estado psicológico de convencimiento del juez sobre la veracidad de todos o algunos de los hechos alegados por las partes”*

Triofetti (2005) estima que: *“el proceso civil no busca la “verdad” sino la seguridad jurídica y que la eventual coincidencia de determinados eventos históricos con lo expresado en la sentencia es una probabilidad, no es una necesidad para que el proceso sea dirimido”*

La posición cognitivista y concepción persuasiva, no son excluyentes ni contradictorias; pues lograr la verdad de los hechos y crear convicción en el juez, son dos elementos esenciales y sustanciales que coexisten en el proceso.

2.2.3 Verdad Material y Verdad Formal

Se debe iniciar con precisar lo siguiente la *“verdad formal”*, conocida también como verdad judicial o forense, esta es la que se obtiene y consigna en el proceso y *“verdad material”* conocida como objetiva o real, es la que se produce en el mundo de los fenómenos reales, ésta se encuentra fuera del proceso.

Citando a (Bustamante, 2001, pg.82) nuestra Corte se ha pronunciado sobre la verdad jurídica objetiva: *“(…) así expuesto los hechos, se llega a la conclusión de que la sentencia impugnada no cumple con el requisito de motivación adecuada y suficiente, sustentada en hechos objetivos y constatables, pues contiene una decisión que no se sustenta en la valoración conjunta y razonada de los medios*

probatorios aportados al proceso, sino en apreciaciones subjetivas, carentes de fundamentación fáctica y jurídica, que impiden que se establezca la verdad jurídica objetiva en el caso concreto; por lo tanto se trata de una resolución que no se ajusta al mérito de lo actuado, contraviniendo el inciso tercero artículo 122 del C.P.C, así como el inciso quinto del artículo 139 de la Constitución Política del Estado. Casación N° 1382-2007-Lima”

Se dice que en el proceso civil se prueban los hechos; sin embargo, el objeto de la prueba no es propiamente los hechos; sino, las afirmaciones que hayan sido controvertidas y expuestas por las partes del proceso; cuando se menciona hechos controvertidos, me refiero a aquellos hechos en los que las partes no tienen pleno acuerdo en cómo se produjeron en la realidad.

2.2.4 Principios que Rigen la Prueba

Mencionaré algunos principios relevantes que rigen la prueba:

a) Principio de eventualidad o principio de preclusión

Por este principio dispone o impone a las partes aportar al proceso medios probatorios únicamente en la etapa inicial del proceso; es decir, en la etapa postulatoria del mismo, cuando el demandante deberá ofrecer o introducir al proceso los medios probatorios conjuntamente con su demanda y en el caso del demandante deberá hacer lo mismo al momento de contestar la demanda o de reconvenir la misma si fuera el caso.

Este principio a decir de (Gozaini, 2004, pg. 506) “*consiste en pedir a las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa, se articulen oportunamente de acuerdo con las etapas preclusivas del proceso, de tal modo que cada uno de los planteos deducidos en el curso de un litigio deban presentarse en forma simultánea y no sucesiva, esto es, prohibiendo el ejercicio “ad eventum” que supone dejar abierta una posibilidad o alternativa si la petición fracasa*”; resulta importante lo manifestado por el autor citado toda vez

que si no se cumple con este principio se estaría haciendo un uso abusivo del derecho.

Se puede citar también lo prescrito en el artículo 189° Código Procesal Civil “*Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código*”; no obstante lo indicado el artículo 429° del mismo cuerpo procesal hace referencia a los medios probatorios extemporáneos : “*Después de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir. De presentarse documentos, el Juez concederá traslado a la otra parte para que dentro de cinco días reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen*”; también se pueden ofrecer medios probatorio en apelación de sentencias conforme lo dispone el artículo 374 del Código Procesal Civil el mismo que dispone: “*Sólo en los procesos de conocimiento y abreviados las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, y únicamente en los siguientes casos: 1. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluída la etapa de postulación del proceso; y, 2. Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad*”

b) *Principio de conducencia*

Este principio tiene su fundamento en que sólo se puede permitir medios de prueba que conduzcan a probar los hechos que se pueden postular en él y que constituyen hechos centrales para resolver la Litis; a manera de ejemplo puedo citar lo prescrito en el artículo 700° del Código Procesal Civil “*El ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones o defensas previas, dentro de cinco días de notificado con el mandato ejecutivo, proponiendo los medios probatorios. Sólo son admisibles la declaración de parte, los*

documentos y la pericia (...)”; en ese orden de ideas puedo citar lo prescrito en el artículo 300° del mismo cuerpo legal el mismo que prescribe lo siguiente: *“Formulación y trámite de la recusación.- La recusación se formulará ante el Juez o la Sala que conoce el proceso, fundamentando la causal alegada. En el mismo escrito se ofrecerán los medios probatorios, excepto la declaración del recusado, que es improcedente”*; es decir, existen según lo prescrito por la norma procesal medios probatorios aptos e idóneos que el mismo legislador a través de una máxima de experiencia este lo traduce en ley.

c) *Principio de pertinencia o congruencia en materia probatoria*

Este principio fija que el medio probatorio es pertinente siempre y cuando éste guarde relación o acercamiento con los hechos que sustenta la pretensión o defensa de las partes; con este principio se busca que los medios de prueba estén vinculados de manera directa o estrecha a los puntos controvertidos.

(Sanchis, pg.171) sostiene que: *“el término de pertinencia debe surgir de la necesaria relación entre el hecho que pretende probarse y el hecho o hechos conformadores del objeto del proceso y aportados por las partes. Deberán inadmitirse por impertinentes los medios de prueba que se dirijan a probar hechos no alegados, no controvertidos, no relevantes, notorios, también los excluidos por la ley”*

d) *Principio de necesidad*

Este principio precisa que la prueba en un proceso judicial es absolutamente necesaria para dilucidar el conflicto de intereses y mediante el cual sólo se resolverá a favor de quien a través de la prueba probó la verdad de su afirmación y con ello logró convencer al juzgador de ello, descartando con ello la arbitrariedad de éste último.

e) *Principio de no resolver el proceso con conocimiento privado*

Con este principio se procura tener un juez imparcial libre de contaminación con los hechos del proceso; es decir, el juez resolverá el conflicto a través de los medios de prueba aportados oportunamente por las partes del proceso.

f) Principio de utilidad

Con este principio se procura que el medio de prueba a utilizar en el proceso sea el más adecuado, descartándolo de plano si éste resulta inútil para la solución del conflicto.

g) Principio de licitud

Bajo este principio las partes no pueden ofrecer ni el juez puede admitir medios probatorios obtenidos contraviniendo el ordenamiento jurídico, respecto a la forma de cómo se obtuvieron los mismos.

h) Principio de inmediación

Con este principio el juez mantiene un contacto directo y permanente con las partes; este principio ayuda al juez a determinar si el material probatorio aportado por las partes tienen un atisbo o sospecha de falsedad o falta de veracidad.

Bajo este principio se permite que el juez reciba de manera directa y sin intermediarios la actuación de los medios probatorios.

i) Principio de contradicción

Este principio se sustenta en que las partes del proceso tengan la oportunidad de conocer los medios probatorios que se ofrecen, con ello las partes tendrán la posibilidad de hacer uso de cuestiones probatorias (tacha) o proponer oposición de la actuación de los mismos.

Bajo este principio las partes pueden cuestionar con tachas, oposiciones, apelaciones, nulidad procesal o cualquier otro mecanismo procesal que evite que una de las partes del proceso introduzcan a éste determinados medios de prueba por considerarlos impertinente, inconducente, ilícito, extemporáneo, etc.

j) Principio de comunidad

Conocido también como principio de adquisición, se debe entender que las partes no deben esperar a que el juez resuelva el caso con las pruebas que cada

uno de las partes hayan aportado al proceso, ya que el juez puede resolver a favor del demandante con las pruebas ofrecidas por el demandado; es decir, una vez que los medios de prueba están incorporados al proceso el juez puede hacer uso y decidir en contra de quien las propuso.

2.2.5 Sistema de valoración de la prueba

Nuestro ordenamiento jurídico se basa en dos sistemas: *sistema de tarifa legal*, denominado también como el sistema de prueba tasada, de valoración apriorística y el *sistema de libre valoración de la prueba*, conocido como sistema de intimo convencimiento o de la apreciación razonada, apreciación posterior.

a) Sistema de tarifa legal

Por citar a (Cabañas, 1992, pg.74) según este autor: “*este sistema tuvo su origen en el culto a las fuerzas sobrenaturales, propio de las más antiguas culturas. Así nació la “ordalía” en cuanto “juicio de Dios” en el que os seres todopoderosos se manifestaban acerca de la verdad de los hechos de los hombres. Agrega que en las civilizaciones antiguas convivieron la prueba testimonial, el juramento con conjuración y el juicio de Dios. La ordalía estuvo presente en civilización de diverso orden, como la semita, la griega (prueba de fuego, uso del duelo, etc), cita pruebas como: el duelo, el fuego, el agua hirviente, el agua fría, el iudicium feretri o juicio de la barra, etc.”*

Siguiendo con el sistema legal cito a (Gozaini, 1988, pg.369) quien refiere: “*la prueba legal, tasada o tarifaria, implica que el legislador determina apriorísticamente el valor que le corresponde atribuir a la prueba, o impone o excluye a otros para la demostración de los hechos”*

Básicamente con este sistema se deja de lado la parte subjetiva de valoración de la prueba por parte del juzgado y se adentra a la valoración objetiva de los medios de prueba, es decir, mediante la ley se le proporciona al juzgador fórmulas pre establecidas de valoración que éste debe cumplir rigurosamente; ello con la finalidad de obtener decisiones judiciales ajenas a todo tipo de arbitrariedad.

b) Sistema de libre valoración de la prueba

Citando a (Hurtado, 2014, pg. 189) indica que son notas características del sistema de valoración:

- a) El juez no tiene parámetros previos o apriorísticos establecidos en la norma procesal para valorar las pruebas.
- b) La tarea del juez al valorar es más bien libre usa su capacidad crítica propia, personal para determinar la certeza de los hechos importantes del proceso. Al ser libre esa actividad el juez le concede valor a cada medio de prueba tomando en cuenta el caso en concreto.
- c) Juzga los hechos litigiosos determinando cuál de ellos según su apreciación crítica, razonada y lógica, apoyada además en máxima de experiencia y psicología se encuentran probados, favoreciendo tal conocimiento al que llegó, a la posición de una de las partes.
- d) El juez tiene la libertad de formarse convicción con el análisis que realiza del material probatorio aportado por las partes u oficiosamente.
- e) La convicción a la que llegó el juez con el análisis material probatorio debe ser transmitido a las partes en forma adecuada: razonada y lógica, desterrando cualquier tipo de arbitrariedad.
- f) Debe ser operado este sistema por jueces debidamente preparados y honestos, que entiendan lo fundamental que es la actividad de valoración de la prueba en el proceso.

2.2.6 Valoración de la prueba

Esta es la actividad más delicada que realiza el juez en el proceso; pues, de ella depende el resultado final del proceso; esta actividad se encuentra ligada con el deber de motivación por parte del juzgador.

Como podemos recordar la prueba es la actividad mediante la cual las partes dirigen sus medios probatorios al convencimiento del juez sobre la veracidad de los hechos

que estos alegan; la valoración es la actividad judicial que consigue el convencimiento o rechaza el mismo, esta valoración se aprecia al momento que el juzgador expide sentencia.

Al momento de que el juez valora la prueba esta debe estar encaminada a que sistema de valoración acoge el juzgador si es el sistema de tarifa legal o el de libre apreciación.

Referente a este ítem puedo citar a (Devis, 2002) señala que la función valorativa está basada en tres aspectos:

- a) *La percepción*: aquí el juez entra en contacto con los hechos a través de la percepción u observación. Esta es una operación sensorial. Se trata de percibir u observar un medio de prueba de ese hecho: cosas, personas, documentos, huellas, etc
- b) *La representación u reconstrucción*: una vez percibidos aisladamente los hechos mediante sus medios de prueba, es indispensable proceder a la representación o reconstrucción histórica de ellos, ya no separadamente sino en conjunto. Se puede hacer por la vía directa i por la inducción, infiriéndolos de otros hechos, o también deduciéndolos de las reglas generales de la experiencia.
- c) *El Razonamiento*: es l etapa intelectual de la valoración, del razonamiento o raciocinio. Esta fase se desarrolla de manera simultánea con cualquiera de las anteriores.

El sistema procesal civil peruano se rige en gran medida por la valoración de libre apreciación conforme lo estipula el artículo 197° del C.P.P el mismo que prescribe lo siguiente: “*Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada*”

2.2.7 La ciencia en el derecho

Debemos destacar que, desde hace varios siglos, la ciencia y la tecnología ha venido marcando pautas a la sociedad; tan es así que alguna ciencia llámese la biología, genética, informática, viene siendo utilizada por el derecho con la finalidad de

esclareces determinados hechos con relevancia jurídica, ello con la finalidad de otorgar una mayor seguridad jurídica.

En el proceso judicial, la ciencia viene siendo empleada como un instrumento de suma utilidad para la averiguación o acreditación sobre la verdad o falsedad de los hechos, pues aportan respuestas con un mayor grado de verosimilitud de las que puede proporcionar la prueba tradicional y la experiencia o el sentido común a quien, como los jueces, deben decidir sobre los hechos de la causa.

No obstante, ello, no debe caerse en el error de afirmar que la ciencia suministra una verdad absoluta, consecuentemente los juzgadores deben tener un rol importante en el control de la pericia y la motivación que explique su adhesión a las opiniones de los expertos.

2.2.8 La prueba científica

Para Taruffo, el uso en el proceso civil de las pruebas científicas exige acordar, previamente, qué se interpreta como tal, porque una cosa es la denominación como “ciencias duras” o “no humanas”, tales como la física, la química, la matemática, la biología, la genética, etc., que por los conocimientos que proporcionan son relevantes para establecer, valorar e interpretar, hechos que deben ser probados, y que, por eso, no tienen problemas de admisión para que el juez ordene “de plano” que se emitan los informes técnicos; a diferencia de las ciencias humanas o “sociales”, como la psicología, la psiquiatría, la sociología, la crítica literaria, la economía, la estética o la ciencia de las religiones donde, en todas ellas, el saber científico permite discutir las conclusiones porque, aun reconociendo que se trata de “ciencia”, algunos sostienen que forman parte del sentido común y no de específicas áreas científicas

Morello (1999) anticipó la cuestión y sostuvo que la ciencia [...] responde a una metodología científica que no es la del orbe jurídico, aunque, al momento de sentenciar, habrá de amalgamarse en una síntesis integradora, y en la definitiva lectura que proviene del Derecho (de esa ciencia). Análogamente, ocurre en las técnicas de vanguardia, por ejemplo: los registros informáticos y estadísticos o equiparables, que se gobiernan por sus respectivas metodologías y apoyos fundantes.

Debe precisarse que la prueba científica, se encuentra cimentada en leyes universales o en leyes probabilísticas que gozan de un fuerte fundamento científico; bajo este parámetro se

dice que esta prueba se encuentra investida de una infalibilidad lo cual acarrea una decisión probatoria de carácter concluyente o casi concluyente.

2.2.9 La prueba del ADN

Resalto que la probabilidad en el proceso de paternidad, la prueba de ADN, otorga plena certeza respecto del padre biológico, se indica en diferentes doctrinarios respecto a la prueba del ADN que este un grado de certeza o nivel de aproximación científica del 99.86%; siendo que la prueba genética del ADN tiene valores absolutos, esta debe ser admitida por el juez sin reservas ni limitaciones.

EXP. N° 3114-96

SALA N° 6

Lima, ocho de julio de mil novecientos noventa y siete.

VISTOS, interviniendo como Vocal Ponente el Señor Quiroga León; de conformidad con lo opinado por la Señora Fiscal Superior de Familia que obra a fojas seiscientos ochentiséis; por sus fundamentos pertinentes; y, **CONSIDERANDO**, además: *Primero.-* Que la demanda de fojas uno contiene como pretensión jurídica –bajo la denominación incorrecta de “impugnación de paternidad”– la petición de que en la partida de nacimiento del menor Jesús Alvarez Solano, nacido en Lima el nueve de mayo de mil novecientos ochentinueve, que obra a fojas ciento sesentiséis en copia certificada, y a la que se refieren diversos documentos probatorios de esta causa, se excluya la referencia del demandante como padre extramatrimonial del mismo; *Segundo.-* Que, como ya queda anotado, la pretensión denominada en esta causa de “impugnación de paternidad” es impropia, y por ende improcedente por dicha causa, por cuanto tal instituto sólo está reservado para el padre matrimonial que desea impugnar la paternidad que la ley y el instituto del matrimonio le imponen bajo la presunción Pater Ist, o en el supuesto de la filiación extramatrimonial dentro de los límites del artículo 399° del Código Civil, lo que no es aplicable al caso del demandante por cuanto no ha contraído nupcias con la demandada ni se ha procedido a reconocer al menor en cuestión y, precisamente por ello es que, solicita la exclusión de su nombre y referencia como padre extramatrimonial por cuanto no está casado y alega que no le corresponde la paternidad que dicha copia certificada de la partida de nacimiento del menor en cuestión le señala, conforme lo estatuido en el artículo 400° del Código Civil, que se refiere al acto del reconocimiento del hijo extramatrimonial, lo que no ha acontecido en el presente caso, pues el demandante no ha reconocido dicha paternidad en ninguna de las

modalidades que el artículo 390° del texto legal ya citado; **Tercero.-** Que, en consecuencia, quien no ha reconocido un hijo extramatrimonial, ni le ha sido reconocido para él conforme a ley, carece de legitimidad para impugnar un reconocimiento que no se ha producido; Cuarto.- Que, a mayor abundamiento de la prueba producida y aportada en la presente causa, se encuentra el antecedente de que con anterioridad a la demanda de fojas uno, ya el Poder Judicial había sentenciado al demandante como “padre alimentista” del menor en cuestión, lo que a la luz del artículo 415° del Código Civil constituye un principio de prueba respecto de la pretensión principal de la acción reconvenional de fojas ochentidós; **Quinto.-** Que, en adición a todo lo anterior, que forma en el Juzgador una convicción relativa de veracidad respecto de la pretensión principal materia de la reconvenión, siendo por tanto un cálculo de probabilidad el acontecimiento de la paternidad extramatrimonial del demandado respecto del menor sub - materia, es del caso resaltar la existencia en autos de la pericia genética –o también llamada “prueba de ADN”– ordenada a fojas quinientos sesentiocho, y llevada a cabo conforme aparece desde fojas quinientos sesentinueve hasta fojas seiscientos seis, la misma que viene a corroborar, y en definitiva a dar plena certeza, al principio de prueba ya mencionado respecto del carácter de padre biológico del demandante respecto del menor en cuestión, un nivel de aproximación científica del noventa y nueve punto ochentiséis por ciento, esto es, en factores humanos, casi certeza absoluta que el Juzgador debe saber reconocer y admitir en un proceso judicial; **Sexto.-** Que, si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 402° del Código Civil, son cinco los supuestos legales para la investigación judicial de la paternidad, no es menos cierto que dichas previsiones legales no tienen otro objeto que acercar a la ley, y por lo tanto al Juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme a ley, de manera que si hoy día el avance científico de la ciencia médica, sobre todo en la genética, permiten la misma aproximación, ello no debe ser descuidado ni desdeñado, ya que el propio Código Civil del mil novecientos ochenticuatro, se acercaba a la investigación científica de la paternidad con la previsión del artículo 413°, cuando admita como válida la prueba negativa de los tipos sanguíneos; **Séptimo.-** Que, en consecuencia, haciendo de ello una interpretación a-fortiori, esto es, con mayor razón, la prueba genética de la determinación de la paternidad por la vía del análisis celular del ácido desoxirribonucleico (ADN) está contenida en el espíritu del texto legal, sobre todo en la primera parte, in-fine, del ya citado numeral 413° cuando se refiere que “en los juicios sobre declaración de paternidad (...)

extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica (...)” - subrayado agregado; **Octavo.-** Que, en consecuencia, siendo el objeto legal de la investigación judicial de la paternidad extramatrimonial la determinación fehaciente de tal filiación, el numeral 402° del Código Civil es, en realidad, parámetros legales inductores del modo y forma de llegar a tal convicción, donde una prueba de carácter científico como la genética del ADN, de valores casi absolutos, encuadra perfectamente en la Ratio Legis del Código Civil y debe ser admitida por el Juzgador sin reserva ni limitaciones tanto más si se ha llevado a cabo en conjunto por laboratorios genéticos del Perú con asistencia extranjera y bajo el refrendado del Instituto de Medicina Legal; **CONFIRMARON:** la sentencia apelada de fojas seiscientos cincuenticinco a fojas seiscientos cincuentinueve, su fecha veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis, que declara fundada la de reconvención de fojas ochentidós y siguientes, infundadas las impugnaciones y tachas de fojas ciento veinticinco, ciento cuarentiséis y doscientos dos; en consecuencia el demandante Willy Roy Chávez Lescano, es padre biológico extramatrimonial del menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, nacido el nueve de mayo de mil novecientos ochentinueve, en el Distrito de San Martín de Porres, de esta capital, habido de sus relaciones maritales con doña Nelly Ida Solano Suasnabar, oficiándose oportunamente al señor Alcalde de la Municipalidad de San Martín de Porres, para que en el margen de la partida de nacimiento número mil trescientos cuarentidós, se anote la filiación extramatrimonial declarada judicialmente en el Libro cinco - A de dicha Municipalidad, registrado de acuerdo al Decreto Ley número diecinueve mil novecientos ochentisiete, y así mismo que el demandante pague a la demandada la suma de tres mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio a la fecha de pago por concepto de toda indemnización, más intereses y costas del juicio; la **REVOCARON:** en el extremo que declara infundada la demanda de fojas uno en todas sus partes, **REFORMÁNDOLA:** la declararon improcedente; y, los devolvieron.

S.S. MANRIQUE ZEGARRA; PEÑARANDA PORTUGAL; QUIROGA LEÓN

(VARSI ROSPIGLIOSI ENRIQUE, EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. PRIMERA EDICIÓN. SETIEMBRE 2006. LIMA. EDITORIA GACERTA JURIDICA. p.158 - 160)

Con el dictamen fiscal resulta pertinente citar toda vez que el investigador es de la postura que la prueba de del ADN es concluyente para determinar la paternidad o impugnar la

misma; por lo que siendo así carece de sentido seguir manteniendo los supuestos contenidos en los incisos del 1 al 4 del artículo 363 del código civil peruano; es decir, los medios probatorios que se puedan presentar referentes a los incisos antes acotado devendrían en insuficientes.

EXP. N° 316-88-LIMA

DICTAMEN N° 473-88

Señor Presidente: Viene para vista Fiscal, la causa seguida por doña Teodora Vela Gárate; contra don Hans Chacón Cavero, sobre declaración de paternidad. Fluye de la demanda de fs. 2, que la actora solicita se declare que el demandado es el padre de su menor hijo Gabriel Humberto Chacón Vela, nacido el 07 de junio de 1983, en la ciudad de Pisco, como fruto de las relaciones sexuales sostenidas con el emplazado.

Refiere que lo conoció en la ciudad de Puno en junio de 1980, cuando cursaba el 5to. año de secundaria, y el demandado era oficial del Ejército, en el Grado de Capitán; que en marzo de 1981 empezaron sus relaciones amorosas, y en junio del mismo año, bajo promesa de matrimonio, sus relaciones sexuales, las que continuaron en diversas fechas y ciudades hasta los días 18 ó 19 de setiembre de 1982; que cuando le comunicó su estado de embarazo, el demandado se alejó un poco de ella, pretextando cosas sin importancia, pero cuando dio a luz, la ayudó para atender los gastos relacionados con el embarazo. Apoya la demanda, en lo dispuesto por los arts. 348°, 366 inc. 1 y 3, 378° y 382° del C.C.

Corrido traslado de la demanda, es absuelto el trámite en forma negativa, en los términos que aparece del recurso de fs.13, sosteniendo el demandado, que le fue presentada la accionante, en la ciudad de Puno por las inmediaciones de la Plaza de Armas, no volviendo a tener más conocimiento de ella, hasta la interposición de esta demanda.

Hace presente que durante su estadía en la ciudad de Puno, residía en la Guarnición de la Villa Militar, en compañía de su esposa y menores hijos.

A fs. 126, se dicta sentencia, declarándose infundada la demanda, infundada la tacha tramitada en el cuaderno de su propósito y sin objeto pronunciarse sobre la impugnación de fs. 59. Interpuesto recurso de apelación, por sentencia de vista de fs. 156, revocaron la apelada, en la parte que declara infundada la demanda, la que declararon fundada, motivando el recurso de nulidad, interpuesto por el demandado.

Al contestar la demanda, el emplazado manifiesta que sólo ha visto a la demandada una sola vez, y esto es, cuando se conocieron en las inmediaciones de la Plaza de Armas de Puno. La confesión de la demandada de fs. 67, y más concretamente, la forma en que se encuentran redactadas la séptima y octava repregunta, demuestran lo contrario, revelando que entre las partes hubo más que una simple amistad y no otra cosa puede revelarse, cuando se le pregunta a la actora, por la fecha en que se produjo su último ciclo menstrual.

Esto, aunado al mérito de las cartas remitidas por el emplazado, y que obran en fotocopia de fs. 24 a fs. 39 y originales de fs. 71 a fs. 94, coincidentes muchas de ellas con la época de la concepción del menor para quien se plantea la acción, demuestra que ha existido entre los litigantes un verdadero estado de concubinato, y si bien dicho extremo no ha sido contemplado en la demanda, resulta aquí de aplicación, lo dispuesto en el Art. VII del Tít. Prel. del C.C., por lo que resulta amparable la acción invocada, tanto más que deduciéndose de la confesión de la demandante, que el emplazado ha puesto en tela de juicio su honorabilidad de aquella (ver 5ta. repregunta), no aportado prueba que acredite tal hecho. Los incidentes se encuentran resueltos con arreglo a ley.

Conceptúa este Ministerio Público que **NO HAY NULIDAD** en la recurrida.

Lima, 01 de junio de 1988.

CÉSAR ELEJALDE ESTENSSORO,

Fiscal Supremo en lo Civil.

Lima, 24 de enero de 1990.

VISTOS; con el acompañado; con lo expuesto por el señor Fiscal; por los fundamentos de la sentencia de primera instancia; y **CONSIDERANDO:** Que las pruebas actuadas en autos son insuficientes para corroborar los fundamentos expuestos en la demanda; declararon **HABER NULIDAD** en la resolución de vista de fojas ciento cincuentiséis, su fecha veintisiete de octubre de mil novecientos ochentisiete, en la parte recurrida, que revocando la apelada de fojas ciento veintiséis, fechada el once de octubre de mil novecientos ochenticinco, declara fundada la demanda; con lo demás que contiene; reformando la de vista, confirmaron la de Primera Instancia que declara INFUNDADA dicha demanda; sin costas; en los seguidos por don Eleodoro Vela Gárate con Hans Chacón Cavero, sobre declaración judicial de paternidad; y los devolvieron.

S.S. BELTRÁN; ÁLVAREZ; PORTUGAL; PERALTA; MONTOYA.

EL VOTO DEL SEÑOR VOCAL QUE SUSCRIBE, DOCTOR MONTOYA ANGUERRY

es como sigue:

Por los fundamentos pertinentes de la recurrida; y **CONSIDERANDO** Además: Que las situaciones que dan lugar a la declaración de paternidad ilegítima (ahora extramatrimonial) conforme al artículo trescientos sesentiséis del Código Civil derogado, constituyen la expresión del supuesto hecho sustancial que es la relación sexual mediante la cual se produce la concepción respectiva; que en consecuencia, si a través de la prueba actuada se llega a la convicción de que han existido relaciones amorosas y sexuales entre las partes y si, además, no se prueba, ni se alega –como en el presente caso– que la actora ha incurrido en la conducta sancionada en el artículo trescientos setentiuno del indicado Código Civil, no queda sino admitir la pretensión de la demandante; que la indicada convicción surge claramente del contenido de las cartas glosadas por la recurrida; **MI VOTO** es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en la resolución de vista, que confirmando en un extremo y revocando en otro la apelada declara fundada la demanda; con lo demás que contiene.

S. MONTOYA.

(VARSI ROSPIGLIOSI ENRIQUE, EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. PRIMERA EDICIÓN. SETIEMBRE 2006. LIMA. EDITORIA GACERTA JURIDICA. p.161 - 163)

Debo precisar que si bien es cierto la prueba científica del ADN, tiene un grado de certeza (*científica*) muy elevado, también es cierto que el juzgador al momento de impartir justicia debe aplicar ésta con sujeción a las reglas de la sana crítica.

EXP. N° 3446-96

SALA N° 6

Lima, veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete

VISTOS, interviniendo como Vocal Ponente el Señor de Piérola Romero; por sus fundamentos, y de conformidad con lo expuesto por la Señora Fiscal Superior, y, **CONSIDERANDO**, además: **Primero.-** Que mediante resolución de fojas doscientos veintisiete, su fecha nueve de enero del presente año, este Colegiado, accediendo a la petición formulada por la parte demandada, ordenó que se practicara la prueba de ADN bajo su costo, nombrándose a las especialistas en genética que en dicha resolución se menciona; **Segundo.-** Que en el documento que aparece a fojas doscientos sesentiséis

denominado “Determinación de Paternidad” emitido por las especialistas en genética nombradas y que lo suscriben, se menciona que la prueba practicada arroja una probabilidad de paternidad del *noventinueve punto setenta por ciento*, y, que con dicho nivel de probabilidad se “demuestra que el señor Rómulo Daniel Alvarez Eguilu, es el padre biológico de la niña Fiorella Miluska Alvarez Valverde”; ***Tercero.- Que si bien es cierto que la prueba de ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al juzgador, debiendo atribuírsele la calidad de ilustrativa y su sujeción a las reglas de la crítica;*** ***Cuarto.-*** Que sin perjuicio de lo anteriormente enunciado, el demandado no ha formulado observación alguna a la referida prueba, solicitada por él mismo; ***CONFIRMARON:*** la sentencia apelada corriente de fojas ciento sesentiocho a fojas ciento setentiuno, su fecha diez de setiembre de mil novecientos noventa y seis, que declara fundada en parte la demanda, interpuesta por doña Cergia Adela Valverde Sifuentes; y, en consecuencia ordena que el demandado Rómulo Daniel Alvarez Valverde, cumpla con acudir a la menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, con una pensión alimenticia mensual y adelantada equivalente al veinte por ciento de su remuneración mensual, incluyéndose cualquier otra bonificación que por todo concepto reciba, la misma que regirá a partir de la notificación de la demanda; y, los devolvieron.

S.S. FERREYROS PAREDES; VALCARCEL SALDAÑA; DE PIÉROLA ROMERO

(VARSI ROSPIGLIOSI ENRIQUE, EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. PRIMERA EDICIÓN. SETIEMBRE 2006. LIMA. EDITORIA GACERTA JURIDICA. p. 164)

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Con la presente sentencia de Colombia, se precisa que el juez se encuentra obligado o comprometido con practicar la prueba del ADN, ello por el alto grado de certeza de esta prueba científica; es más, ante la práctica negativa del demandado de asistir al laboratorio para que se practique dicha prueba, el juez puede llamar la atención o incluso puede imponer sanciones.

SENTENCIA T-997/03 - COLOMBIA

PRUEBA DE ADN: APERCIBIMIENTO PARA LA EJECUCIÓN DEL ADN

REFERENCIA: EXP. T-760401

Acción de tutela promovida por Diana Margarita Cárdenas Román contra el señor Jorge Alberto López Supelano y el Juzgado Primero de Familia de Bogotá.

Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil tres (2003)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAUJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela promovida por Diana Margarita Cárdenas Román, actuando en su nombre y en el de su hijo Ángel David Cárdenas, contra el señor Jorge Alberto López Supelano y el Juzgado 1 de Familia de Bogotá, por considerar vulnerados algunos de sus derechos fundamentales en el trámite de un proceso de filiación que se adelanta en el mencionado despacho de familia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Mediante escrito del 27 de marzo de 2003, la señora Diana Margarita Cárdenas Román promovió proceso de investigación de la paternidad contra Jorge López Supelano, con el fin de que se declarara a este último padre de Ángel David Cárdenas, menor de seis años de edad y quien padece una grave enfermedad de hidrocefalia.

La demanda fue presentada por intermedio de la Defensoría del Pueblo, repartida al Juzgado Primero de Familia de Bogotá, admitida por ese despacho el 14 de julio de 2000, notificada personalmente al señor Jorge López y debidamente contestada por su apoderado.

Por auto del 18 de octubre de 2000 el juzgado abrió el proceso a pruebas durante veinte (20) días, entre las cuales se decretó la práctica del examen genético de ADN a las partes y al menor.

La accionante solicitó la realización de la prueba de ADN en un laboratorio privado, petición que fue atendida favorablemente por el Juzgado de Familia, designando como

peritos a los doctores Emilio Yunis y Juan Yunis, quienes se posesionaron como auxiliares de la justicia el 24 de abril de 2001.

Comenta que ella y su hijo se presentaron a la práctica del examen genético, pero el demandado nunca ha concurrido al laboratorio para llevar a cabo la mencionada prueba, a pesar de los requerimientos extendidos, habiendo transcurrido casi tres años desde cuando tuvo inicio el proceso de investigación de la paternidad.

2. Solicitud de tutela

En concepto de la accionante, tanto el Juzgado Primero de Familia de Bogotá como el presunto padre de su hijo han vulnerado los derechos del menor a la vida, a la igualdad, al reconocimiento a la personalidad jurídica y a tener una familia, así como el derecho al debido proceso.

En este sentido, según sus palabras, ni el juzgado ha cumplido con su deber como representante del Estado Social de Derecho, dictando sentencia definitiva, pues el proceso todavía se encuentra en etapa probatoria, *desconociendo el poder inclusive coercitivo que le ha dado la Constitución y la ley, respetando el debido proceso*, ni el señor Jorge Alberto López Supelano, se ha practicado la prueba de genética de ADN, que a mi sentir comprobaría que Ángel David es hijo suyo y le permitiría gozar de los derechos fundamentales que hoy se ven vulnerados y amenazados.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el promedio de vida de su hijo es corto debido a la grave enfermedad que padece, solicita se ordene al señor Jorge Alberto López Supelano concurrir al laboratorio de Genética Servicios Médicos Yunis Turbay, o a la institución respectiva, para practicarse la prueba genética de ADN decretada en el proceso de investigación de la paternidad del cual se ha hecho referencia.

Así mismo, solicita se ordene al juzgado de familia que conoce del proceso dictar sentencia a la mayor brevedad, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 721 de 2001.

3. Trámite de la acción

Correspondió conocer del asunto a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, quien dispuso notificar a los demandados y solicitó remisión de la historia clínica del menor y copia del proceso de investigación de la paternidad. La documentación fue enviada pero los demandados guardaron silencio durante el trámite de la tutela.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1.- Primera instancia

La Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del nueve de abril de 2003, denegó el amparo invocado. En su concepto, la prueba genética fue debidamente decretada y el juzgado ha atendido las peticiones elevadas por la demandante, así como las solicitudes de requerimiento presentadas por los peritos.

Luego de hacer un recuento pormenorizado del proceso, la Sala concluye que si bien es cierto que el demandado no ha concurrido a las citaciones para presentarse al laboratorio de genética, ello no es indicativo de que el juzgado haya obrado con negligencia, pues ha elevado los requerimientos cuando se lo han pedido. Adicionalmente, precisa que el despacho sólo puede imponer las consecuencias procesales señaladas en el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, norma relacionada con el deber de colaboración con las partes, pero le está vedado decidir automáticamente el asunto u obligar coercitivamente al demandado para que permita una intervención en su cuerpo. Al respecto la Sala considera lo siguiente:

No queda duda entonces, de que el derecho a investigar la paternidad de un niño es un derecho fundamental constitucional, y que el decreto de la prueba de ADN, es obligatorio.

Pero de ahí no se sigue, que sea posible obligar coercitivamente al demandado a permitir una investigación en su cuerpo, muy a pesar de que el artículo 8° de la citada ley [721 de 2001], disponga que el juez de conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe practicar la prueba porque no es posible que lo haga violando derechos constitucionales fundamentales del demandado como su derecho a la integridad personal y su intimidad.

En Colombia no existe una ley estatutaria que limite estos derechos en los términos referidos, y no se observa una necesidad imperiosa porque la propia ley indica cuáles son las consecuencias de la negativa a la práctica de la prueba al advertir que constituye indicio en contra del demandado.

2.- Segunda instancia

Impugnado el fallo por la señora Diana Margarita Cárdenas Román, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión en el sentido de denegar la tutela. Para esa Corporación, la accionante cuenta con posibilidades de defensa al interior del proceso de investigación de la paternidad, lo cual torna improcedente el amparo.

Y frente a la solicitud de hacer comparecer al señor Jorge Alberto López Supelano para la realización del examen genético, la Sala estima que ello pertenece a la esfera de decisión del juez ordinario, quien tiene los elementos legales para arribar a la solución y conclusión que estime pertinentes.

III.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1.- Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes, la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos en el presente caso.

2.- Problemas jurídicos objeto de estudio

La accionante considera que el Juzgado 1° de Familia de Bogotá y el señor Jorge Alberto López Supelano han desconocido algunos de sus derechos fundamentales de su menor hijo. El primero, porque no ha adoptado las medidas necesarias para la realización exitosa del examen genético, manteniendo durante largo tiempo la etapa probatoria en el proceso de filiación. Y el segundo, porque se ha negado sistemáticamente a la práctica de la prueba de ADN, impidiendo un pronunciamiento definitivo.

Los jueces de instancia difieren de la anterior postura. En este sentido, advierten que el juez de familia ha elevado varios requerimientos al demandado con el fin de lograr su comparecencia para la realización del examen genético, haciendo uso de las herramientas señaladas en el ordenamiento jurídico **pero dentro de las cuales no se encuentra la coacción física**. Así mismo, una de las instancias precisa que la conducta negligente del señor López Supelano configura un indicio en su contra en el proceso de investigación de la paternidad.

Descritos brevemente los antecedentes del caso, la Sala debe determinar si efectivamente la autoridad judicial demandada y el presunto padre del menor han vulnerado o amenazado sus derechos a la vida, a la igualdad, al reconocimiento a la personalidad jurídica y al

debido proceso. En concreto la Corte debe analizar: (i) la filiación natural y su reconocimiento como derecho fundamental, (ii) en qué consiste la labor del juez en los procesos de investigación de la paternidad, en especial frente a la práctica de la prueba genética, (iii) cuáles son los mecanismos previstos en la ley para garantizar su realización y (iv) cuáles son las consecuencias que se siguen cuando no es posible efectuar el examen genético. Con fundamento en ello abordará luego el estudio del asunto objeto de revisión.

3.- La filiación constituye un derecho fundamental, atributo de la personalidad jurídica y elemento derivado del estado civil

El artículo 14 de la Constitución consagra el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, de rango fundamental y que comprende no sólo la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones en el tráfico jurídico, sino también la de poseer rasgos particulares que individualicen cada ser, tradicionalmente denominados atributos de la personalidad.

Uno de los más importantes atributos de la personalidad consiste en el reconocimiento del estado civil, a través del cual las personas logran su ubicación jurídica en su núcleo familiar y social. Y es allí donde se encuentra el derecho a la filiación, es decir, a establecer una relación jurídica entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptado, de la cual se derivan ciertas prerrogativas y surgen simultáneamente algunas obligaciones en sentido recíproco.

La Corte ha explicado que la filiación guarda relación de conexidad con otros principios y derechos fundamentales como el reconocimiento de la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad, por lo que puede hacerse exigible ante las autoridades judiciales a través de los procesos que para tal efecto han sido diseñados, siendo apenas legítimo esperar de las autoridades la definición de cuestiones de ésta índole con apoyo en pruebas válidamente recopiladas y en un lapso de tiempo razonable.

El proceso de investigación de la paternidad constituye entonces una de las vías para hacer efectivo el derecho de filiación, pero presenta algunas características especiales debido a la naturaleza que subyace a un asunto como éste, con mayor razón cuando se involucran derechos de menores.

4.- Procesos de investigación de la paternidad e importancia de la prueba genética como expresión del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, búsqueda de la verdad y prevalencia del derecho sustancial.

Regulados específicamente en la Ley 75 de 1968 y la Ley 721 de 2001, los procesos de filiación presentan algunas particularidades en lo que tiene que ver con la necesidad de contar con la prueba genética de ADN, el papel del juez para su consecución, y los efectos que de la ausencia de ella se derivan.

Así, el artículo 1º de la Ley 721 de 2001, que modificó la Ley 75 de 1968, ordena al juez de familia decretar la práctica de esta prueba en los siguientes términos:

En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99,9%.

La idoneidad del examen antro-po-heredo-biológico ha sido reconocida por la comunidad científica para rechazar con absoluta certeza a los falsos imputados de paternidad o maternidad y para establecerla con una probabilidad del 99,999999%, según los dictámenes de autoridades en la materia que han sido avalados por la propia jurisprudencia constitucional.

A juicio de la Corte, el hecho de que el Legislador haya considerado como obligatorio el decreto de esta prueba no obedece a su capricho sino, por el contrario, responde a la necesidad de que las personas tengan una filiación acorde con la realidad, según lo explicó esta Corporación en la sentencia C-109 de 1995, cuando sostuvo: A partir de todo lo anterior, la Corte concluye que, dentro de límites razonables y en la medida de lo posible, toda persona tiene derecho a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real. Las personas tienen entonces, dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero “derecho a reclamar su verdadera filiación”, como acertadamente lo denominó, durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema de Justicia.

Desde esta perspectiva, la realización del examen genético se encuentra estrechamente ligada al derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, la búsqueda de la verdad y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal como uno de sus principios fundantes. Es por ello que en los procesos de investigación de paternidad o maternidad el

juez de familia tiene un deber de especial diligencia, aún más riguroso cuando se involucran derechos de menores. Sobre este mismo aspecto, en la Sentencia C-807, de 2002 MP. Jaime Araujo Rentería, la Corte explicó que también el legislador busca a través de su obligatoriedad la efectividad de los derechos del niño y de cualquier persona a conocer su origen, a saber, quién es su verdadero progenitor y por ende a definir su estado civil, posición en la familia, a tener un nombre y en suma a tener una personalidad jurídica.

5.- Los deberes y atribuciones del juez para obtener la prueba genética y el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas

Como director del proceso y por expreso mandato legal el juez está en la obligación de ordenar la prueba de ADN, pero su misión no se agota en ese momento, sino que se fortalece con miras a lograr su realización y en aras de los principios de prevalencia del derecho sustancial y acceso efectivo a la administración de justicia. Para ello, el ordenamiento le ofrece algunos mecanismos a los cuales puede apelar en procura de la verdad material. Es así como el primer párrafo del artículo 8° de la Ley 721 de 2001 señala lo siguiente:

Parágrafo 1.- En caso de renuencia de los interesados a la práctica de la prueba, el juez del conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe realizar la prueba. Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia, el juez del conocimiento de oficio y sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa.

La norma transcrita fue declarada exequible en sentencia C-808 de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería, pero condicionada en el sentido de que la renuencia de los interesados a la práctica de la prueba solamente puede tomarse como indicio en contra y no como prueba suficiente para declarar, sin más, la paternidad o maternidad que se imputa.

Con todo, antes de precisar los efectos de la renuencia a la práctica del examen genético, la Sala considera necesario definir cuáles son esos mecanismos que contempla la ley para asegurar la comparecencia de quienes deban someterse a la prueba de ADN.

En otras palabras, es preciso determinar en concreto las herramientas con que cuenta el juez para desarrollar su labor.

Pues bien, en la mencionada sentencia C-808 de 2002 la Corte explicó que dichas atribuciones corresponden a los poderes disciplinarios generales de los jueces previstos en

el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil (CPC) y aplicables a los procesos civiles, incluidos los de filiación o investigación de la paternidad o maternidad. En consecuencia, en eventos como el descrito y teniendo en cuenta las particularidades de

Estos casos, el juez podría apelar a las siguientes medidas:

- a) Sancionar con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales al particular que sin justa causa incumpla la orden de realización de la prueba genética o demore su ejecución.
- b) Sancionar con pena de arresto hasta por cinco días al particular que con ocasión de la práctica de la prueba falte al respeto al juez.

Y teniendo en cuenta que la norma ha de ser interpretada en armonía con lo previsto en los artículos 71, 72 y 242 del CPC, que señalan los deberes de las partes frente a los peritos y los demás intervinientes, el juez también podrá:

- c) Requerir a la parte renuente o que impide la diligencia para que facilite la peritación;
- d) Condenar a la parte renuente a pagar honorarios a los peritos;
- e) Imponer multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales a la parte renuente o que obstaculiza la diligencia pericial y,
- f) Proferir la respectiva condena en costas.

De manera que el juez está comprometido en alto grado con el éxito en la realización de la prueba de ADN, toda vez que puede echar mano de mecanismos como los requerimientos, los llamados de atención o incluso imponer sanciones ante la negligencia del demandado para acudir al laboratorio. Así mismo, tiene la potestad de requerir a los peritos para el cumplimiento de su labor en los términos de los artículos 233 y siguientes del CPC, relacionados con la prueba pericial, o imponer las sanciones previstas en el artículo 11 del CPC, en caso de negligencia de los auxiliares de la justicia.

Pero su actividad debe ejercerse en un periodo razonable de tiempo y en todo caso la definición de la controversia no puede suspenderse indefinidamente ante la imposibilidad de contar con la información genética, so pena de afectar gravemente el principio de celeridad, el debido proceso y con ello el acceso a la administración de justicia.

En este sentido, no puede perderse de vista que el derecho de acceso a la administración de justicia también supone la resolución de fondo de las controversias en un lapso de tiempo razonable, es decir, sin dilaciones injustificadas, como lo ha explicado la propia

jurisprudencia constitucional. Aquí es necesario recordar que el tiempo es necesario para la deliberación, pero jamás podrá ser desproporcionado con la índole de la cuestión que se trata de resolver; y que sin duda en casos de filiación donde están comprometidos los derechos de un menor con problemas de salud y cuya expectativa de vida es reducida, el asunto es aún más delicado.

¿Cómo hacer entonces para definir una controversia cuando no es posible contar con la prueba genética, pero está latente la necesidad de adoptar una decisión de fondo?

Aunque la pregunta sugiere un debate en apariencia complejo, lo cierto es que el propio ordenamiento acoge una postura que armoniza el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia y sin dilaciones injustificadas cuando falta el diagnóstico de ADN.

En efecto, lo cierto es que existen otros medios de prueba a los cuales puede recurrir el juez para valorarlos al amparo de las reglas de la sana crítica y con fundamento en ellos determinar la existencia o no de ciertos hechos y el consecuente éxito o fracaso de las pretensiones. En consecuencia, la ausencia de dicha prueba no constituye un motivo para no dictar una sentencia de fondo por lo que, sin desconocer el altísimo grado de certeza que ofrece la prueba de ADN, el artículo 3° de la Ley 721 de 2001 autoriza al juez para recurrir a los demás elementos probatorios cuando no es posible contar con aquella información:

Artículo 3.- Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.

Aunado a lo anterior, la Sala recuerda que el párrafo primero del artículo 8° de la misma ley establece que la negación sistemática a la realización de la prueba de ADN constituye un indicio en contra de la parte renuente, todo lo cual, sumado a otros elementos de juicio, ofrecerá luces acerca de la existencia o no de un vínculo de filiación y el sentido en el que debe emitirse el pronunciamiento judicial.

Sobre este último punto la Corte recuerda que en la Sentencia C-807 de 2002 delimitó el alcance de la presunción descrita y de las normas a que se ha hecho referencia en los siguientes términos:

No quiere decir el precepto acusado que una vez utilizados por el juez los mecanismos compulsivos, sin obtener la comparecencia a la práctica de la prueba, deba proceder de

plano a fallar, sino que debe remitirse a dar aplicación al artículo 3° de la ley que le permite decretar y practicar otros medios de prueba con el fin de establecer la verdadera filiación del actor o demandante, lo que en últimas le permitirá fallar de fondo las pretensiones demandadas. Por lo tanto, debe acudirse a la interpretación sistemática, integrando las normas de la ley acusada a fin de armonizar el parágrafo 1° del artículo 8° con el artículo 3° ibídem.

Bajo esta comprensión, la renuencia de los interesados a la práctica de la prueba sólo se puede tomar como indicio en contra, pero jamás como prueba suficiente o excluyente para declarar sin más la paternidad o maternidad que se les imputa a ellos. Es decir, acatando el principio de la necesidad de la prueba el juez deberá acopiar todos los medios de convicción posibles, para luego sí, en la hipótesis del parágrafo 1°, tomar la decisión que corresponda reconociendo el mérito probatorio de cada medio en particular, y de todos en conjunto, en la esfera del principio de la unidad de la prueba, conforme al cual:

(...) el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme.

Cabe agregar que en un tema tan importante, como el que ahora nos ocupa, la insularidad probatoria resulta manifiestamente contraria a los propósitos constitucionales que conciernen al niño y a la familia, donde, lo que se trata de alcanzar es precisamente la certeza sobre quiénes son los reales padres del menor, en orden a salvaguardar sus derechos fundamentales en lo tocante al nombre, a tener una familia y al reconocimiento de su personalidad jurídica; con la subsiguiente protección de los derechos que de allí se deriven tales como la capacidad de goce, el estado civil, el domicilio, el patrimonio, etc. En suma, lejos de intentar hallar un padre a palos, al tenor del parágrafo impugnado debe propiciarse un campo probatorio que honre tanto los derechos del niño como el debido proceso.

Por lo tanto, una vez el juez ha agotado infructuosamente los mecanismos que le ofrece el ordenamiento jurídico para obtener la realización del examen genético, debe acudir a los demás elementos probatorios que dentro de una interpretación sistemática e integral, le permitan adoptar una decisión de fondo, en uno u otro sentido, respecto de las pretensiones invocadas.

6.- El juez desconoce el debido proceso cuando no decreta la prueba de ADN, pero no necesariamente lo vulnera cuando no se practica dicho examen.

Para una mayor claridad la Sala considera necesario hacer una distinción en lo que tiene que ver con la prueba de ADN, pues una cosa es no decretar el examen y otra muy distinta no practicarlo.

En efecto, por mandato del Legislador en los procesos de investigación de la paternidad el juez tiene la obligación de decretar la prueba antro-po-heredo-biológica y de no hacerlo incurre en violación al debido proceso por defecto procedimental que más adelante se podría traducir en defecto fáctico, pues con ello anula la oportunidad de contar con un valioso elemento de valoración para solucionar la controversia. Sin embargo, puede ocurrir que luego de haberse decretado la prueba no sea posible su realización, lo cual no necesariamente será responsabilidad de la autoridad judicial.

Por ejemplo, cuando una de las partes es renuente a la práctica del examen, la tarea del juez se entiende cumplida si ha hecho uso de los mecanismos que le ofrece la ley para lograr su concurrencia y pese a ello no obtiene éxito. A partir de ese momento el sujeto procesal renuente será responsable por sus omisiones y deberá asumir las consecuencias con el rigor que señala la ley.

En la sentencia T-488 de 1999 MP. Martha Victoria Sáchica, la Corte concedió la tutela presentada contra dos autoridades judiciales por violación al debido proceso, pues en el trámite de una demanda de filiación extramatrimonial, donde se había decretado el examen de ADN pero no se pudo realizar el día programado, se dictó sentencia sin la prueba genética y sin haber intentado su posterior realización. La Corte retomó los criterios expuestos en otra sentencia y sostuvo que no está permitido al juez decretar unas pruebas y después, por su capricho o para interrumpir términos legales, abstenerse de continuar o culminar su práctica para tramitar etapas posteriores. En esa oportunidad concluyó respecto del examen genético que los obstáculos que se presentaron para su práctica, no justifican de manera suficiente la omisión total de su realización, observando entonces una actitud pasiva de las autoridades demandadas. Por tal motivo, dejó sin efecto las sentencias dictadas en el proceso de familia y ordenó subsanar la irregularidad surgida.

En sentido similar, en la Sentencia T-346 de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería, la Corte analizó la tutela invocada por quien fue declarado padre en un proceso de filiación, pero donde no se practicó el examen genético aun cuando aquel obró con diligencia y cuidado, al

haber acudido a las instituciones médicas con el fin de someterse al examen. Aun cuando la Corte reivindicó la necesidad de contar con esta prueba, el amparo fue negado porque durante el trámite de revisión se llevó a cabo el examen genético, de donde fue posible demostrar que en efecto se trataba del padre de la menor.

7.- El asunto objeto de revisión

La Sala considera que los argumentos expuestos son suficientes para analizar ahora la situación concreta de la señora Diana Margarita Cárdenas Román y de su hijo, en el proceso de investigación de la paternidad adelantado en el Juzgado Primero de Familia de Bogotá contra el señor Jorge López Supelano.

Pues bien, lo primero que observa la Sala es que el juzgado no vulneró el debido proceso en lo que tiene que ver con el decreto de la prueba genética. Así, según consta en el expediente, mediante auto del 18 de octubre de 2000 ordenó las pruebas testimoniales solicitadas por cada una de las partes, así como el examen de ADN, para lo cual dispuso librar oficio al Instituto de Medicina Legal. Y posteriormente accedió a la petición de la demandante, en el sentido de autorizar la realización del examen en un laboratorio particular, designando como peritos a los doctores Emilio y Juan Yunis, quienes tomaron posesión de su investidura el 24 de abril de 2001.

De otra parte, en cuanto al segundo aspecto, es decir, en lo que tiene que ver con la utilización de los mecanismos previstos en la Ley para lograr la concurrencia del demandado a fin de permitir la práctica de la prueba genética, la Sala tampoco considera que el juzgado haya vulnerado los derechos al debido proceso y de acceso efectivo a la administración de justicia, puesto que ha atendido los requerimientos efectuados por la demandante y los peritos, como se reseña a continuación:

Luego de recibidos los testimonios decretados, por auto del 15 de agosto de 2001 el juzgado ordenó oficiar a los peritos para que señalaran fecha y hora para la toma de las muestras; en cumplimiento de ello los peritos convocaron a las partes para el 26 de octubre de 2001, día en el que solamente se practicó la prueba a la señora Diana Cárdenas y a su hijo, porque el demandado no se presentó.

Mediante oficio del 11 de diciembre de 2001 los peritos dieron cuenta al juzgado de los resultados obtenidos, señalando que hasta ese momento el señor Jorge Alberto López

Supelano no se había hecho presente para la toma de la muestra. En la misma comunicación solicitaron que se le citara para el 19 de diciembre de 2001.

Posteriormente, en comunicación del 28 de enero los especialistas en genética informaron que para el 19 de enero el señor López tampoco acudió a la cita y programaron como nueva fecha para el examen el 26 de febrero de 2002. Atendiendo la solicitud de los peritos, el despacho ordenó informar mediante telegrama al demandado sobre el día y la hora en que se llevaría a cabo la prueba. Sin embargo, ante la nueva ausencia del demandado el día de la cita, se señaló el 26 de junio de 2002 como día para la realización de la prueba.

Teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la Ley 721 de 2001, mediante auto del 31 de mayo de 2002, el juzgado ordenó que se oficiara a los Ministerios de Justicia y de Salud para que informaran si el Laboratorio de Genética Servicios Médicos Yunis Turbay se encontraba debidamente acreditado.

Finalmente, mediante auto del 11 de diciembre de 2003 el juzgado ordenó requerir al señor Jorge Alberto López Supelano, a fin de que compareciera en forma inmediata al laboratorio de genética, poniéndole de presente que en caso de renuencia daría aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 8 de la Ley 721 de 2001. Según constancia que obra en el expediente, el mencionado oficio fue recibido el día 20 de marzo de 2003.

Visto lo anterior, la Sala observa que el juzgado ha atendido las solicitudes elevadas para lograr la comparecencia del demandado en el laboratorio de genética. Así, en la última comunicación le hizo saber que en caso de renuencia a la práctica de la prueba se daría aplicación a la presunción señalada en la ley para estos eventos.

En este orden de ideas, a juicio de la Sala el Juzgado Primero de Familia de Bogotá no ha vulnerado el derecho al debido proceso, ni con ello los demás derechos de la señora Diana Margarita Cárdenas Román y de su pequeño hijo, ya que su objetivo no ha sido otro que contar con el diagnóstico genético para resolver la controversia con el soporte fáctico que en mejor forma apoye su decisión y se ajuste a la realidad.

No obstante, teniendo en cuenta la duración del proceso y particularmente ante la delicada condición de salud del menor cuyos derechos están involucrados, la Corte considera necesario hacer un llamado al juzgado de familia para que, de persistir la renuencia del demandado a la práctica del examen genético, haga uso de los demás mecanismos previstos en el ordenamiento para tal fin y decida entonces con base en las otras pruebas acopiadas

durante el proceso, siguiendo para ello los parámetros consagrados en la ley y desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación.

Y en cuanto a la situación del señor Jorge Alberto López Supelano, la Sala advierte que, en caso de continuar su sistemática negligencia para la realización de la prueba de ADN, deberá asumir las consecuencias derivadas de su conducta con el rigor que le señala la Ley.

Por todo lo anterior, la Corte confirmará los fallos proferidos por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que denegaron la tutela por improcedente.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR las sentencias proferidas por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el asunto de la referencia.

Segundo.- Hacer un llamado al Juzgado 1° de Familia de Bogotá para que, de persistir la renuencia del señor Jorge Alberto López Supelano para la práctica del examen genético dentro del proceso que se adelante en ese despacho, haga uso de los demás mecanismos previstos en el ordenamiento para tal fin y decida con base en las demás pruebas acopiadas durante el proceso, siguiendo los parámetros consagrados en la ley y desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación.

Tercero.- Por Secretaría General de la Corte, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

(VARSI ROSPIGLIOSI ENRIQUE, EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. PRIMERA EDICIÓN. SETIEMBRE 2006. LIMA. EDITORIA GACERTA JURIDICA. p. 290 - 302)

Por otro lado, puedo citar una resolución, que por el alto grado de certeza de confiabilidad de la prueba genética del ADN, este se practicó a petición de la parte demandada, ello en aras de poder dilucidar de forma más celeremente el proceso, arrojando como resultado positivo del 99.99999...%

FALLO N° 75-275/02 - ECUADOR

Cuenca, 4 de abril de 2003.

VISTOS: MARTHA N. VILLAVICENCIO ARGUDO, como madre y representante legal de la menor impúber María del Cisne Villavicencio Argudo, comparece a fs.2 y **expone:** Que, como fruto de las relaciones sexuales que mantuvo con el señor Cornelio Guillermo Montalvo Arias, nació su hija antes nombrada que al momento tiene siete años de edad. Que, en virtud de que el señor Montalvo, a pesar de su reiterada solicitud, no ha cumplido con el deber moral de reconocer a su hija, solicita que previo el trámite legal ordinario, se declare en sentencia que su prenombrada hija lo es también de Cornelio Guillermo Montalvo Arias.

Se fundamenta en el Art. 23 numeral 24 de la Constitución Política de la República, Art. 266, 267 y 269 del Código Civil y los fallos de Triple Reiteración dictados en los juicios de filiación publicados en la Gaceta Judicial Serie XVII número 1, que constituye jurisprudencia obligatoria para la interpretación y aplicación de leyes.- Pide se cuente con el H. Tribunal de Menores y con un representante del Ministerio Público. Requerida para que concrete la causal que fundamenta su demanda en el escrito de fs. 4 dice que su demanda no se fundamenta en ninguna de las causales para la declaración judicial de paternidad de las previstas en el artículo 267 del Código Civil, porque los hechos no encuadran en ninguna de aquellas.

Lo que ha ocurrido es que mantuvo relaciones sexuales con el demandado y únicamente con él y de esta relación nació su hija que ahora requiere el reconocimiento de la paternidad que aquél le ha negado. No por ello se le puede negar acceso a la justicia y reclamar para su hija el derecho a la filiación por las razones y fundamentos que deja expuestos.- Admitida a trámite la demanda, se cita legalmente al demandado, compareciendo a fs.8 el DOCTOR JUAN JOSE CARRASCO LOYOLA con el poder y la ratificación expone que, no admite los fundamentos de hecho expuestos en el libelo de demanda; propone para el trámite estas excepciones: negativa pura y simple de los fundamentos; no se puntualiza el fundamento legal (artículo y numeral del Código Civil) que, ampare la acción que plantea; y, falta de derecho; ratificada su intervención a fs. 9; trabada la litis; de fs. 10 consta haberse contado con los funcionarios llamados a intervenir; evacuada la junta de conciliación en rebeldía del demandado fs.11 v., ratificada la intervención de la actora, se recibe la causa a prueba, concluido este término y agotado el trámite para resolver se considera: **PRIMERO.-** Que a la causa se le ha dado el trámite legal correspondiente a su naturaleza, sin omitir solemnidades sustanciales que la afecten ni influyan en la decisión, por lo que se declara la validez procesal.- **SEGUNDO.-** A las partes les corresponde probar los hechos alegados de acuerdo con los preceptos de los Arts. 117 y 118 del C. De P. Civil.- **TERCERO.-** Al plantear la demanda se hizo presente que, las circunstancias en las que se procreó a la hija menor de edad cuya paternidad se reclama, no se enmarca en ninguna de las causales previstas en el Art. 267 del Código Civil; trabándose la litis con la alegación de falta de puntualización del fundamento legal de la acción. Que, la inexistencia de una causal para la declaratoria judicial de la paternidad en materia civil, no puede colocar a las personas en ineptitud para ejercer las acciones legales cuando se trate de hacer efectiva su pretensión, si por otro lado hay normas que obligan al juez a buscar un remedio que adecuado a las circunstancias presentes facilite la solución de conflictos que, como en el presente caso involucra el derecho de una menor de edad que merece ser precautelado en la forma que más favorezca su efectiva vigencia como consagra el Art. 18 de la Constitución, sin que se pueda alegar falta o vacío de ley para justificar la violación o desconocimiento, desechar la acción o negar el reconocimiento de tales derechos, en relación a su vez con el Art. 48 ibídem que impone aplicar el principio del interés superior de los niños y niñas, asegurar el ejercicio pleno de sus derechos.- En correspondencia y armonía con estos preceptos constitucionales encontramos normas aplicables en el Código Civil como las contenidas en el Art. 8 que dice “A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”, Art.

18 “Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley (...)” regla 7ª.- “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”, similar prescripción contiene el Art.278 del C. De P. Civil “(...) y, a falta de Ley, en los principios de justicia universal”. **CUARTO.**-Por lo que queda analizado y cuando de por medio están derechos fundamentales protegidos como el de la “IDENTIDAD”, no se puede comprometer su ejercicio a la falta o indebida invocación de estas normas, ni supeditar la vigencia a un orden restringido de causales como las previstas en el Art. 267 del Código Civil que, en ciertas circunstancias resultan anacrónicas, si en la realidad hay casos como el presente que en verdad no se enmarca en ninguna de ellas, porque simplemente las relaciones sexuales mantenidas con el presunto padre y solo con él durante el período legal de la concepción, la ley ordinaria no las reconoce como causa suficiente para tal declaratoria situación que, no puede persistir no se compadece ni está a tono con el avance y desarrollo científico experimentado en la sociedad, pues si en nuestro sistema jurídico las relaciones de filiación vienen dadas en razón de los vínculos de sangre, en los tiempos que vivimos el resultado del análisis del ADN constituye prueba determinante y suficiente.

En apoyo de tal proposición existen normas incluso con rango constitucional que consagran este derecho, Art.23 numeral 24 y Art. 49 “(...) El Estado les asegurará y garantizará el derecho a ... su identidad, nombre y ciudadanía; (...)”; disposiciones que también las encontramos tanto en el Código de Menores Art.34, que prescribe que el menor tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por estos; como en la Convención Sobre los Derechos del Niño Arts.7 y 8. 1.- “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad (...) 2.- Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”; y, los fallos de triple reiteración publicados en Gaceta Judicial Serie XVII # 1, de fecha septiembre a diciembre de 1999, aplicable solo en cuanto impone la obligación de la práctica del examen de ADN.- Normas que al constar de leyes especiales de carácter proteccionista y tutelar; y, de Convenios Internacionales válidamente celebrados que, de acuerdo el Art. 163 de la Constitución forman parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecen sobre las demás, pueden invocarse supliendo las omisiones en que incurran las partes de acuerdo con el Art. 284 del C. De P.

Civil; y, deben ser aplicadas en forma obligatoria. **QUINTO.**- Sustentada como queda legalmente la acción, corresponde examinar el mérito probatorio que aportan las actuaciones procesales introducidas por las partes dentro del término legal: con la partida de nacimiento incorporada a fs.1 de los autos, reproducida como prueba, de la demandante justifica: la existencia legal de la menor cuya paternidad reclama, siendo la compareciente la madre y representante legal; y, con la prueba de paternidad mediante el análisis de ADN que a petición suya se ha ordenado practicar; y, a la que el demandado no se ha resistido manifestando más bien su voluntad de sujetarse a esta práctica (escrito de fs.21), el resultado confirma sus asertos, siendo suficiente para demostrar los fundamentos de la demanda, pues se trata de una prueba de carácter científico y valor probatorio pleno que, legalmente practicada en el caso arroja resultados positivos con certeza que equivale a un porcentaje de 99,999999%, conforme lo refiere la perito en su informe que corre incorporado de fs. 27 a 31 confirmando que, el demandado es el verdadero padre biológico de dicha menor, circunstancia por la que se acepta en todo su contenido, sin que amerite hacer ningún análisis, menos considerar las alegaciones de la parte contraria que quedan enervadas con este resultado.- Por lo expuesto, este Juzgado “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY” acepta la demanda y declara que el demandado: CORNELIO GUILLERMO MONTALVO ARIAS, es el padre de la menor MARÍA DEL CISNE VILLAVICENCIO ARGUDO.- Ejecutoriada esta sentencia ofíciase al Señor Jefe del Registro Civil, para que confiera copia de la tarjeta índice o de la partida de nacimiento del demandado a fin de que sirva de documento habilitante para la inscripción de la menor por marginación en la partida de nacimiento que consta del año 1995, Tomo 38, página 38, acta 7038 del Registro Civil de este Cantón, documento del cual se extraerán los datos necesarios; y, confiérase las copias que se soliciten. Sin Costas. Notifíquese.

(VARSI ROSPIGLIOSI ENRIQUE, EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. PRIMERA EDICIÓN. SETIEMBRE 2006. LIMA. EDITORIA GACERTA JURIDICA. p. 303 - 305)

Conclusiones parciales

La prueba resulta de vital importancia para el derecho, pues no es concebible un sistema jurídico sin la prueba; es decir, sin los mecanismos procesales, reglas y principios que dan la posibilidad de probar los derechos que se derivan de las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico.

Puedo afirmar que preliminarmente que la prueba juega un rol importante y preponderante en el conjunto de relaciones intersubjetivas reguladas por el Derecho, pues siempre se encuentra presente en todas las manifestaciones de conducta humana.

El probar en un proceso civil implica un método o procedimiento para hacerlo; es decir, esta actividad no se deja al libre albedrío de las partes y del juez; por el contrario se encuentra sujeto a parámetros, reglas y principios.

Las partes lo que buscan con la prueba es crear convicción en otro sujeto (juez), su objeto es la búsqueda del convencimiento a un tercero imparcial (juez) respecto de los hechos del proceso; puesto que es el juez quien está en sus manos el resolver el conflicto social de relevancia jurídica, ello con la finalidad de alcanzar la paz social.

Puedo afirmar que la prueba tiene dos vertientes una la verdad de los hechos y lo segundo la convicción sobre el tercero ajeno a los hechos expuestos por las partes que en este caso vendría ser el juzgador; la prueba en general busca la verdad como se ha venido afirmando y la prueba judicial busca la convicción al juez.

La tesis cognositivista y concepción persuasiva no son excluyente ni contradictorias; pues en ambas necesariamente van de la mano al momento que el juez valora la prueba dentro del proceso.

En el proceso no se debe buscar es la verdad material ni la verdad formal; sino se debe apuntar a la verdad jurídica objetiva, con la finalidad de obtener una decisión fundada y justa basada en hechos no errados.

El sistema de tarifa legal niega que el juez pueda otorgarle a la prueba el resultado objetivo que arroja cada medio de prueba luego de su valoración conjunta y

razonada; y, por el contrario, es la ley que le asigna el valor que le debe dar el juez a cada prueba en el proceso.

El sistema de la libre valoración de la prueba es opuesto a la tarifa legal, toda vez que en este sistema el juez tiene libertad para valorarla prueba, no siendo restringido por las imposiciones del legislador; pero esta libertad de valoración del juez debe estar acompañada por la racionalidad, la lógica y utilizando las máximas de la experiencia de ser el caso.

La valoración razonada de los medios probatorios evita que el juzgador emita una sentencia judicial arbitraria y absurda.

La prueba de ADN, otorga plena certeza respecto del padre biológico, se indica en diferentes doctrinarios respecto a la prueba del ADN que este un grado de certeza o nivel de aproximación científica del 99.99%; siendo que la prueba genética del ADN tiene valores absolutos, esta debe ser admitida por el juez sin reservas ni limitaciones.

Si bien es cierto la prueba científica del ADN, tiene un grado de certeza (*científica*) muy elevado, también es cierto que el juzgador al momento de impartir justicia debe aplicar ésta con sujeción a las reglas de la sana crítica.

CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS Y DISEÑO DE LA EJECUCIÓN

Introducción

En el presente capítulo sentaré la posible solución al problema de investigación, el mismo que se determinará que, modificando el artículo 363 del Código Civil se estaría afianzando la valoración de la prueba del ADN.

3.1 Definición de hipótesis

La modificación del código civil afianzaría la valoración de la prueba de ADN, en el código civil.

3.2 Determinación y conceptualización de las variables de la hipótesis

Variable Dependiente:

La Valoración de la Prueba

La valoración de la prueba determina el resultado que se infiere de la práctica de un determinado medio de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión de la prueba practicada en sentido positivo cuando se logre alcanzar el fin de la prueba (convicción judicial), o en sentido negativo, al no alcanzarse dicha convicción.

Variable Independiente:

Paternidad

Consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación. Se presenta entonces, como la constatación jurídica de la paternidad biológica lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público

3.3 Diseño de la ejecución

3.3.1. Métodos de investigación científica y selección de técnicas, instrumentos, fuentes de verificación

La presente investigación es de **tipo aplicada**, ya para Murillo (2008) tal investigación recibe el nombre de “investigación práctica o empírica”, porque “busca la aplicación o utilización de los conocimientos adquiridos, a la vez que se adquieren otros, después de

implementar y sistematizar la práctica basada en investigación. El uso del conocimiento y los resultados de investigación que da como resultado una forma rigurosa, organizada y sistemática de conocer la realidad”.

El **diseño** de la presente investigación es **no experimental**: la cual se realiza sin manipular deliberadamente variables; basándose fundamentalmente en la observación de los fenómenos tal y como se dan en su contexto natural para analizarlos con posterioridad. En este tipo de investigación no hay condiciones ni estímulos a los cuales se expongan los sujetos del estudio. Los sujetos son observados en su ambiente natural.

Exploratorio:

En lo que refiere a este tipo de diseño de investigación Jiménez (1998) señala que; “En los estudios exploratorios se abordan campos poco conocidos donde el problema, que sólo se vislumbra, necesita ser aclarado y delimitado. Esto último constituye precisamente el objetivo de una investigación de tipo exploratorio. Las investigaciones exploratorias suelen incluir amplias revisiones de literatura y consultas con especialistas. Los resultados de estos estudios incluyen generalmente la delimitación de uno o varios problemas científicos en el área que se investiga y que requieren de estudio posterior”. (p. 12)

Descriptivo:

De acuerdo con Danhke, 1989 (citado por Hernández, Fernández y Baptista, 2003), los estudios descriptivos “miden, evalúan o recolectan datos sobre diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno a investigar” (Hernández, Fernández y Baptista, 2003, p.117). Esto con el fin de recolectar toda la información que obtengamos para poder llegar al resultado de la investigación.

Explicativo:

Pretenden conducir a un sentido de comprensión o entendimiento de un fenómeno. Apuntan a las causas de los eventos físicos o sociales. Pretenden responder a preguntas como: ¿Por qué ocurre? ¿En qué condiciones ocurre? Son más estructurados y en la

mayoría de los casos requieren del control y manipulación de las variables en un mayor o menor grado.

3.3.2. Universo. Población

Para la presente investigación, se ha considerado a la población vinculada al ámbito civil, (teniendo en cuenta los criterios de Inclusión y Exclusión), esta Comunidad Jurídica estará constituida por Jueces de los juzgados civiles, los fiscales en la materia y también por los abogados especialistas del ICAL en los temas civiles (familia). Todos estos miembros laboran en el ámbito jurisdiccional del Distrito Judicial de Lambayeque; tal como se puede apreciar en las siguientes tablas.

Tabla N° 01

Distribución de la población de especialistas del ICAL

Especialidad	Cant.	%
Penal	3297	40.00
Civil	2474	30.00
Laboral	824	10.00
Administrativo	412	5.00
Comercial	247	3.00
Constitucional	247	3.00
Ambiental	165	2.00
Notarial	412	5.00
Tributario	165	2.00
Total	8243	100.00

Fuente: Elaborada por el autor en base a estadística brindada por el ICAL

Tabla N° 02

Comunidad Jurídica

Descripción	Cantidad	%
Jueces y Fiscales	56	2.21
Abogados especialistas	2474	97.79
Total (N)	2530	100.00

Fuente: El Autor

La población estará conformada N = 2530 personas

3.3.3. Selección de muestra.

Para determinar la muestra en el presente proyecto de investigación, se aplicará la siguiente fórmula:

$$\text{Fórmula: } n = \frac{Z^2 P Q N}{E^2 (N-1) + Z^2 P Q}$$

El número total de abogados en Colegio de Abogados es de 8243, el 30% son abogados especialistas en Derecho Civil, es decir, existen 2474 abogados en la ciudad de Lambayeque.

Donde:

Z = 1.96 Valor al 95% de confianza

P = 0.15 Probabilidad conocida

Q = 0.85 Valor (1-P)

E = 0.05 Error máximo permisible

N = 2530

$$\Rightarrow n = \frac{1.96^2 (0.15) (0.85) (2530)}{0.05^2 (2530-1) + 1.96^2 (0.15) (0.85)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(3.8416) (0.15) (0.85) (2530)}{(0.0025)(2529) + (3.8416) (0.15) (0.85)} \Rightarrow n = \frac{(3.8416) (0.1275) (2530)}{6.3225 + 0.489804}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(0.4898) (2530)}{6.8123} \Rightarrow \frac{1239.20}{6.8123}$$

n = 181.90

n = 182

Tabla N° 03

Distribución de la muestra de la Comunidad Jurídica

Descripción	Cantidad	%
Jueces y Fiscales	4	1.00
Abogados especialistas	178	99.00
Total (n)	182	100.00

Fuente: El Autor

3.4.4. Forma de tratamiento de los datos.

Descripción de las técnicas e instrumentos para la recolección de datos

Encuesta: Es una técnica que se utiliza para determinar tendencias en el objeto de estudio. Son un conjunto de preguntas dirigidas a mi población y muestra, con el fin de conocer estados de opinión o hechos específicos. El instrumento utilizado fue: El cuestionario.

Entrevistas: Esta Herramienta es un conversatorio entre dos o más personas que dialogan por un tema en concreto para saber su punto de vista sobre el tema formulado; aquí haremos uso de ella para poder centrarnos aún más con algunas entrevistas que nos ayuden a mejorar el entendimiento y solución del problema social.

Procedimiento de análisis de datos

Es una técnica que consiste en el estudio de hechos y uso de sus expresiones en cifras para que se logre una información válida y confiable; facilitándose información mediante encuestas, así como análisis e interpretación. Los datos recogidos serán sometidos a presiones porcentuales para ser presentados como averiguaciones en forma de cuadros, gráficos estadísticos.

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítem / Instrumento
Independiente: PATERNIDAD	Consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación. Se presenta entonces, como la constatación jurídica de la paternidad biológica lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público	Seguridad jurídica Verdad biológica Desarrollo de la personalidad	Jurisprudencia Doctrina Legislación comparada Prueba de ADN Métodos Identidad Psicológico Psicosocial	Entrevista
Dependiente: LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA	La valoración de la prueba determina el resultado que se infiere de la práctica de un determinado medio de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión de la prueba practicada en sentido positivo cuando se logre alcanzar el fin de la prueba (convicción judicial), o en sentido negativo, al no alcanzarse dicha convicción.	Motivación Máxima de experiencia Sana crítica	Principios Congruencia Experiencia jurídica Casuística Peritaje Métodos	Entrevista

SEGUNDA PARTE: CONSTRUCCIÓN DEL APORTE

CAPÍTULO 4. CONSTRUCCIÓN DEL APORTE PRÁCTICO

Introducción

Como bien sabemos uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú es la *tutela jurisdiccional efectiva*, la cual es el poder que tiene el Estado que le otorgan los ciudadanos o particulares, para que éste (Estado) solucione los conflictos sociales con relevancia jurídica; es decir, el Estado debe estar en la capacidad de implementar mecanismos y normas para que a través de sus órganos administrativos de justicia, estos puedan emitir sentencias con las garantías mínimas procesales; es decir, con la aplicación de la prueba del ADN se tendría un proceso judicial más efectivo y célere (*Principio de celeridad y economía procesal*).

No obstante, lo que se indica debe tenerse en cuenta que la prueba pericial del ADN, es practicado por perito dentro de laboratorio especializados; sin embargo, el juez al momento de valorar el mismo deberá tener en cuenta los métodos científicos empleados, pues si no se respeta los criterios técnicos de rigor científico no se estaría valorando **adecuadamente** la prueba del ADN, y ello generaría sentencias parcializadas con falta de objetividad procesal.

Recordemos que nuestro código civil en su artículo 363° del prescribe sobre “*negación de paternidad matrimonial*” el mismo que prescribe lo siguiente: 1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio. 2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo. 3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo. 4. Cuando adolezca de impotencia absoluta. 5. Cuando demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vinculo parental. El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza; pues como se advierte dentro en la práctica procesal los incisos del 1 al 4 del artículo 363 son pocos alegados por la parte demandada.

4.1 Fundamentación del aporte práctico.

Como se puede apreciar con las sentencias que a continuación se cita la valoración de la prueba del ADN resulta importante.

EXP. N° 3114-96

SALA N° 6

En su considerando **Cuarto.-** Que, a mayor abundamiento de la prueba producida y aportada en la presente causa, se encuentra el antecedente de que con anterioridad a la demanda de fojas uno, ya el Poder Judicial había sentenciado al demandante como “padre alimentista” del menor en cuestión, lo que a la luz del artículo 415° del Código Civil constituye un principio de prueba respecto de la pretensión principal de la acción reconvencional de fojas ochentidós; **Quinto.-** Que, en adición a todo lo anterior, que forma en el Juzgador una convicción relativa de veracidad respecto de la pretensión principal materia de la reconvención, siendo por tanto un cálculo de probabilidad el acontecimiento de la paternidad extramatrimonial del demandado respecto del menor sub - materia, es del caso resaltar la existencia en autos de la pericia genética –o también llamada “prueba de ADN”– ordenada a fojas quinientos sesentiocho, y llevada a cabo conforme aparece desde fojas quinientos sesentinueve hasta fojas seiscientos seis, la misma que viene a corroborar, y en definitiva a dar plena certeza, al principio de prueba ya mencionado respecto del carácter de padre biológico del demandante respecto del menor en cuestión, un nivel de aproximación científica del noventinueve punto ochentiséis por ciento, esto es, en factores humanos, casi certeza absoluta que el Juzgador debe saber reconocer y admitir en un proceso judicial.

Con la presente resolución se puede confirmar lo que como investigador pretendo, es decir, a pesar que en el artículo 363° de nuestro código civil prescribe cinco supuestos legales, la prueba del ADN, fue determinante para que se confirme la paternidad del demandado, debo incidir que esta prueba científica tiene un alto grado de certeza; es más se admitió como prueba el que se le sentenció al

demandado como “*padre alimentista*”; sin embargo, la prueba determinante que valoró el colegiado fue la prueba del ADN.

EXP. N° 316-88-LIMA

DICTAMEN N° 473-88

Con el presente Dictamen Fiscal, se puede apreciar el Fiscal a cargo, no pudo determinar fehacientemente la paternidad del demandado, toda vez que en el proceso no se presentaron pruebas que corroboren dicha paternidad, sólo se presentaron cartas y la versión mediante la cual el demandado niega haber mantenido relaciones sexuales con la demandada, es más éste alegó que vivía con su conyuge, no habiéndose presentados otros medios probatorios.

El investigador considera que si la parte demandante hubiese ofrecido la prueba científica del ADN, con ésta se hubiese acreditado fehacientemente la paternidad del demandado; no obstante lo que se indica debe precisarse que, si bien es cierto la prueba científica del ADN, tiene un grado de certeza (*científica*) muy elevado, también es cierto que el juzgador al momento de impartir justicia debe aplicar ésta con sujeción a las reglas de la sana crítica.

EXP. N° 3446-96

SALA N° 6

En su considerando *Segundo*.- Que en el documento que aparece a fojas doscientos sesentiséis denominado “Determinación de Paternidad” emitido por las especialistas en genética nombradas y que lo suscriben, se menciona que la prueba practicada arroja una probabilidad de paternidad del *noventinueve punto setenta por ciento*, y, que con dicho nivel de probabilidad se “demuestra que el señor Rómulo Daniel Alvarez Eguilu, es el padre biológico de la niña Fiorella Miluska Alvarez Valverde”; *Tercero*.- Que si bien es cierto que la prueba de ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al juzgador, debiendo atribuírsele la calidad de ilustrativa y su sujeción a las reglas de la crítica.

TERCERA PARTE: VALIDACIÓN DE LOS RESULTADOS

CAPÍTULO 5. VALORACIÓN Y CORROBORACIÓN DE LOS RESULTADOS

5.1 Valoración de los resultados (taller de socialización, criterio de expertos, etc.)

Tabla N° 04

PROPUESTA PARA LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO CIVIL PARA AFIANZAR LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE ADN

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Contribución Adecuada	0	0,00%
Contribución Muy Adecuada	0	0,00%
Contribución Altamente Adecuada	5	100,00%
Total	5	100,00%

Fuente: El Autor

Tabla N° 05

Resultados de la Opinión de Expertos

Indicador	Experto 01	Experto 02	Experto 03	Experto 04	Experto 05
1	5	5	5	5	5
2	5	5	5	5	5
3	5	5	4	5	5
4	5	5	5	5	5
5	5	5	5	5	5
6	5	5	5	5	5
Promedio	5	5	5	5	5

Fuente: El Autor

5.2 Corroboración estadística de las transformaciones logradas

Tabla N° 06

Seguridad jurídica de la paternidad a través de la jurisprudencia

Descripción	fi	%
NO	8	4,40
A	68	37,36
TA	106	58,24
Total	182	100,00

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción:

Se puede evidenciar que el 58,24% del total de personas encuestadas, indicaron encontrarse totalmente de acuerdo con el hecho de que a través de jurisprudencia se pueda brindar seguridad jurídica en los procesos de paternidad, mientras que el 4,40% manifestó que a su parecer la jurisprudencia no genera seguridad jurídica en los procesos de paternidad.

Tabla N°07

La jurisprudencia es impugnabile en los casos de determinación de seguridad jurídica de paternidad

Descripción	fi	%
NO	7	3,85
A	103	56,59
TA	72	39,56
Total	182	100,00

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción:

Del total de personas entrevistadas el 56,59% manifestaron encontrarse de acuerdo con que la jurisprudencia para determinar la seguridad jurídica de paternidad es impugnabile; en tanto que el 3,85% considera que no genera seguridad jurídica.

Tabla N°08

Doctrinariamente resulta necesario revisar las causales de impugnación de paternidad para establecer una seguridad jurídica

Descripción	fi	%
NO	8	4,40
A	62	34,07
TA	112	61,54
Total	182	100,00

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción:

El 61,54% de la muestra seleccionada opinan que doctrinariamente resulta necesario revisar las causales de impugnación de paternidad ello con la finalidad de brindar seguridad jurídica, en contraposición el 4,40% manifiestan que no resulta necesario revisar las causales de impugnación de paternidad.

Tabla N°09

Casos de paternidad se obtiene seguridad jurídica

Descripción	fi	%
D	31	17,03
NO	119	65,38
A	32	17,58
Total	182	100,00

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción:

El 65,38% no opina que en los casos de paternidad se pueda obtener seguridad jurídica; mientras que el 17,58% manifiestan estar de acuerdo que en los casos de paternidad si se obtiene seguridad jurídica.

Tabla N°10

La legislación comparada puede ayudar a brindar seguridad jurídica en los casos de paternidad

Descripción	fi	%
A	33	18,13
TA	149	81,87
Total	182	100,00

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción:

El 81,87% de la población entrevistada indica que la legislación comparada puede brindar seguridad jurídica en los casos de paternidad; mientras que el 18,13% manifiesta comprender que la legislación comparada puede ayudar a brindar seguridad jurídica en los casos de paternidad.

Tabla N°11

La seguridad jurídica de paternidad se ve influenciada por la legislación comparada

Descripción	fi	%
A	76	41,76
TA	106	58,24
Total	182	100,00

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción:

El 58,24% indican estar totalmente de acuerdo con el hecho de que la paternidad se ve influenciada por la legislación comparada; en contra posición el 41,76% opinan que están de acuerdo.

Tabla N°12

La prueba de ADN es determinante para establecer la verdad biológica en la paternidad

Descripción	fi	%
A	56	30,77
TA	126	69,23
Total	182	100,00

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción:

El 69,23% del total de la población encuestada indica estar totalmente de acuerdo con el hecho de que la prueba del ADN resulta ser determinante para establecer la verdad biológica en la paternidad; mientras que el 30,77% opinan estar de acuerdo.

Tabla N°13

La verdad biológica en la prueba del ADN tiene un elevado grado de certeza

Descripción	fi	%
A	60	32,97
TA	122	67,03
Total	182	100,00

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción:

EL 67,03% de los informantes opinan que están totalmente de acuerdo que la prueba del ADN tiene un elevado grado de certeza para determinar la verdad biológica, así mismo, el 32,97% opinan estar de acuerdo.

Tabla N°14

Considera usted que los métodos empleados en la prueba de ADN aseguran la verdad biológica

Descripción	fi	%
A	114	62,64
TA	68	37,36
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

EL 62,64% de los informantes opinan estar de acuerdo que los métodos empleados en la prueba de ADN aseguran la verdad biológica; así mismo, 37,36% opinan estar totalmente de acuerdo.

Tabla N°15

Considera usted que los métodos empleados en la determinación de la verdad biológica son los adecuados

Descripción	fi	%
D	46	25,27
NO	37	20,33
A	99	54,40
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

EL 54,40% opinan que están de acuerdo que los métodos empleados en la determinación de la verdad biológica son adecuados, en contra posición el 25,27% opinan estar en desacuerdo.

Tabla N°16

Cree usted que el derecho a la identidad influye en el desarrollo de la personalidad

Descripción	fi	%
NO	7	3,85
A	58	31,87
TA	117	64,29
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 64,29% están totalmente de acuerdo que el derecho a la identidad influye en el desarrollo de la personalidad; así mismo, el 31,87% están de acuerdo que el derecho a la identidad influye en el desarrollo de la personalidad.

Tabla N°17

Considera que desenvolvimiento psicológico de las personas evidencian el desarrollo de la personalidad

Descripción	Fi	%
NO	9	4,95
A	24	13,19
TA	149	81,87
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 81,87% de los informantes opinan que el desenvolvimiento psicológico de las personas se evidencia en el desarrollo de la personalidad; así mismo, el 13,19% opinan estar de acuerdo que el desenvolvimiento psicológico de las personas se evidencia en el desarrollo de la personalidad

Tabla N°18

Cree usted que el desarrollo de la personalidad se encuentra asociada a la interacción social

Descripción	fi	%
A	86	47,25
TA	96	52,75
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 52,75% de los informantes opinan estar totalmente de acuerdo que el desarrollo de la personalidad se encuentra asociada a la interacción social; mientras que el 47,25% opinan que están de acuerdo en que el desarrollo de la personalidad se encuentra asociada a la interacción social.

Tabla N°19

Considera que los principios del derecho conllevan a una debida motivación en la valoración de la prueba

Descripción	Fi	%
NO	5	2,75
A	43	23,63
TA	134	73,63
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 73,63% de los informantes opinan estar totalmente de acuerdo que los principios del derecho conllevan a una debida motivación en la valoración de la prueba; así mismo, el 23,63% opinan que los principios del derecho conllevan a una debida motivación en la valoración de la prueba.

Tabla N°20

Cree usted que los principios muchas veces no son aplicados en la valoración de la prueba

Descripción	Fi	%
NO	22	12,09
A	123	67,58
TA	37	20,33
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 67,58% de los informantes opinan que los principios muchas veces no son aplicados en la valoración de la prueba; así mismo, el 20,33% opinan estar totalmente de acuerdo que los principios muchas veces no son aplicados en la valoración de la prueba.

Tabla N°21

Considera usted que existe congruencia entre la valoración de la prueba y la motivación que la expone

Descripción	fi	%
NO	37	20,33
A	64	35,16
TA	81	44,51
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 44,51% de los informantes opinan que están totalmente de acuerdo, que existe congruencia entre la valoración de la prueba y la motivación, así mismo, el 35,16% de los informantes opinan estar de acuerdo que existe congruencia entre la valoración de la prueba y la motivación.

Tabla N°22

Cree usted que en los procesos judiciales existe congruencia entre las pruebas aportadas por las partes

Descripción	Fi	%
D	28	15,38
NO	121	66,48
A	33	18,13
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 66,48% de los informantes no opinan que en los procesos judiciales existe congruencia entre las pruebas aportadas por las partes; y, el 18,13% de los informantes 18,13% opinan estar de acuerdo que en los procesos judiciales existe congruencia entre las pruebas aportadas por las partes.

Tabla N°23

Considera usted que deba aplicarse la máxima experiencia en la valoración de la prueba

Descripción	fi	%
NO	14	7,69
A	55	30,22
TA	113	62,09
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 62,09% de los informantes opinan estar totalmente de acuerdo que deba aplicarse la máxima experiencia en la valoración de la prueba; y, el 30,22% de los informantes opinan estar de acuerdo que debe aplicarse la máxima experiencia en la valoración de la prueba.

Tabla N°24

Cree usted que es determinante en la valoración de la prueba la aplicación de la máxima experiencia

Descripción	Fi	%
NO	17	9,34
A	135	74,18
TA	30	16,48
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 74,18% de los informantes opinan estar de acuerdo que es determinante en la valoración de la prueba la aplicación de la máxima experiencia; y, el 16,48% de los informantes opinan estar totalmente de acuerdo que es determinante en la valoración de la prueba la aplicación de la máxima experiencia.

Tabla N°25

Considera ud que la máxima de experiencia se viene aplicando en todos los casos

Descripción	Fi	%
D	88	48,35
NO	24	13,19
A	70	38,46
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 48,35% de los informantes opinan estar en desacuerdo que la máxima de experiencia se viene aplicando en todos los casos; y, el 38,46% opinan estar de acuerdo que la máxima de experiencia se viene aplicando en todos los casos.

Tabla N°26

Cree ud que la máxima de experiencia cumple un rol decisivo en la valoración de la prueba

Descripción	Fi	%
A	138	75,82
TA	44	24,18
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 75,82% de los informantes opinan estar de acuerdo que la máxima de experiencia cumple un rol decisivo en la valoración de la prueba; y, el 24,18% de los informantes opinan que la máxima de experiencia cumple un rol decisivo en la valoración de la prueba.

Tabla N°27

Considera ud que la sana crítica debe aplicarse en los peritajes

Descripción	Fi	%
NO	14	7,69
A	58	31,87
TA	110	60,44
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 60,44% de los informantes opinan estar totalmente de acuerdo que la sana crítica debe aplicarse en los peritajes; y, el 31,87% de los informantes opinan estar de acuerdo que la sana crítica debe aplicarse en los peritajes.

Tabla N°28

Considera ud que el peritaje puede ser cuestionado aplicando la sana crítica del juez

Descripción	fi	%
A	68	37,36
TA	114	62,64
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 62,64% de los informantes opinan estar totalmente de acuerdo que el peritaje puede ser cuestionado aplicando la sana crítica del juez; y, el 37,36% de los informantes opinan estar de acuerdo que el peritaje puede ser cuestionado aplicando la sana crítica del juez.

Tabla N°29

Cree que los métodos aplicados en la sana crítica conlleva a la correcta valoración de la prueba

Descripción	Fi	%
NO	73	40,11
A	84	46,15
TA	25	13,74
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 46,15% de los informantes opinan estar de acuerdo que los métodos aplicados en la sana crítica conlleva a la correcta valoración de la prueba; y, el 40,11% de los informantes no opinan.

Tabla N°30

Métodos aplicados en la sana crítica permiten una correcta administración de justicia

Descripción	fi	%
NO	22	12,09
A	53	29,12
TA	107	58,79
Total	182	100,00

Fuente: cuestionario aplicado a la muestra seleccionada por el investigador

Descripción:

El 58,79% de los informantes opinan estar totalmente de acuerdo que los métodos aplicados en la sana crítica permiten una correcta administración de justicia; y, el 29,12% de los informantes opinan estar de acuerdo que los métodos aplicados en la sana crítica permiten una correcta administración de justicia.

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO CIVIL PARA AFIANZAR LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE ADN

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente Proyecto de Ley, tiene por objeto afianzar la valoración de la prueba del ADN contenida en el artículo 363° del Código Civil peruano, ello en aras de alcanzar la tutela jurisdiccional efectiva; pues, se vienen tramitando procesos de paternidad o impugnación de paternidad cuyos incisos del 1 al 4 del artículo 363 del Código civil peruano no viene siendo utilizado; es decir, carece de utilidad práctica en la actividad jurisdiccional.

Con el afianzamiento de la valoración de la prueba del ADN contenida en el artículo 363 inciso 5 del Código Civil, se estaría consolidando los principios de economía y celeridad procesal al momento de que el juez pueda resolver este tipo de conflictos jurídicos.

BASE LEGAL

Constitución Política del Perú: Artículo 1, Inciso 2 del artículo 2, inciso 22 del artículo 2, artículo 7 y el artículo 23

Decreto Legislativo 295

II. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto no es contrario a la Constitución Política del Perú, ni colisiona con la normatividad vigente peruana.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta no representa costo alguno al erario nacional ni es una iniciativa de gasto; por el contrario se afianza la tutela jurisdiccional efectiva, siendo este un derecho constitucional; siendo que ayudará a resolver los procesos judiciales sobre paternidad o impugnación de la misma a que sean resueltos de manera más célere.

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO CIVIL PARA AFIANZAR LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE ADN

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 363° del Código Civil peruano afianzar la valoración de la prueba del ADN contenida en el artículo 363° del Código Civil peruano

Artículo 2.- Deróguense los incisos del 1 al 4 del artículo 363 del código civil:

Texto anterior a la modificación:

Artículo 363°.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

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

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

- 3.- Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

- 4.- Cuando adolezca de impotencia absoluta.

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

Artículo 2.- Modifíquese el artículo 363 del código civil quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 363°.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo sólo a través de la prueba del ADN, mediante el cual se tenga la certeza que no existe vínculo parental; podrá impugnar ascendiente descendiente hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Artículo 7.- Derogación de normas que se opongan a la presente Ley

Quedarán derogadas todas las normas que se opongan a la presente ley.

Artículo 8.- Vigencia de la Ley

La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

CONCLUSIONES GENERALES

- 1.** Actualmente en nuestro sistema jurídico nacional se viene utilizando en los procesos de paternidad la prueba del ADN, ello con aras de consolidar uno de los principios rectores de nuestro sistema que es la tutela jurisdiccional efectiva; es decir, la capacidad que tiene el Estado para resolver un conflicto con relevancia jurídica; tan es así, que nuestros magistrados en los procesos de paternidad invocan y aplican lo prescrito por el inciso 5 del artículo 363° del código civil; no obstante ello se debe tener en cuenta que la prueba pericial del ADN, es practicado por perito dentro de laboratorio especializados; sin embargo, el juez al momento de valorar el mismo deberá tener en cuenta los métodos científicos empleados, pues si no se respeta los criterios técnicos de rigor científico no se estaría valorando adecuadamente la prueba del ADN, y ello generaría sentencias parcializadas con falta de objetividad procesal.
- 2.** En opinión del autor, los factores más relevantes y que influyen en la valoración de la prueba de ADN son: Seguridad Jurídica, Verdad Biológica; Elevado Grado de certeza, Máxima de experiencia y Sana Crítica.
- 3.** Los resultados obtenidos permiten confirmar que la mayor parte de la comunidad jurídica confirma estar de acuerdo con el hecho de que la prueba de ADN permite obtener resultados irrefutables desde el punto de vista científico, y confirman la posición del autor con respecto los factores que influyen en la valoración de la prueba de ADN.
- 4.** La modificación del Art. 363 código civil afianzará la valoración de la prueba de ADN ya que, al tratarse de una prueba científica de alto grado de certeza, permite brindar al juzgador la posibilidad de solucionar de manera más rápida, eficiente y eficaz los casos de impugnación de paternidad que en la actualidad van incrementándose.

RECOMENDACIONES

1. Como primera recomendación sería que siendo, que la prueba del ADN tiene un grado de certeza muy elevado; este debería realizarse en laboratorios que apliquen el método y procedimientos con un sólo protocolo, ello en aras de emitir un peritaje confiable del cual se va valer el juzgador al momento de resolver el conflicto
2. En los procesos de paternidad o de impugnación de paternidad debe primar los factores que se detallan a continuación: verdad biológica; elevado grado de certeza, máxima de experiencia y sana crítica; ello en aras de alcanzar lo que la sociedad busca en los procesos judiciales seguridad jurídica.
3. Siendo que el derecho es una ciencia social que en lo posible trata de resolver conflictos sociales, es que éste debe valerse de los avances tecnológicos para que pueda concretizarse la anhelada tutela jurisdiccional efectiva.
4. Finalmente, se recomienda la modificación del Art. 363 en sus incisos del 1 al 4 código civil, lo cual permitirá afianzar la valoración de la prueba de ADN ya que, al tratarse de una prueba científica de alto grado de certeza, permite brindar al juzgador la posibilidad de solucionar de manera más rápida, eficiente y eficaz los casos de impugnación de paternidad que en la actualidad van incrementándose.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alterini, Atilio Aníbal; Soto, Carlos A.” *El proceso de codificación del Derecho privado en Perú y Argentina*”. Derecho--PUC: revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 53. Universidad Católica del Perú, 2000. 6569-25424-1-PB. pg.516
- Bueno Rincón, Fabio Enrique. “*La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*”. 2ª edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia, 1996. Pág. 204
- Bustamante Alarcón, Reynaldo. “*Derechos Fundamentales y proceso justo*”. Ara Editores. Lima 2001.p.82
- Cabañas García, Juan Carlos. “*La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*”. Editorial Trivium SA 1992. P. 21
- Cabañas García, Juan Carlos. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Editorial Trivium. SA Madrid 1992. P. 74
- Couture, Eduardo J. “*Fundamentos de Derecho Procesal Civil*”. Editorial IB de F. Montevideo.4ta Edición. Bs. As. 2005. P.178
- Devis Echandia, Hernando. “*Teoría general del prueba Judicial*. Editorial Temis. Bogota. 2002
- Escobar Pérez Mirian Janeth. *La valoración de la prueba, en la motivación de una sentencia en la legislación ecuatoriana*. Universidad Andina Simon Bolivar, Sede Ecuador. 2010.
- Fernández Sessarego, Carlos. “*El Código Civil Peruano De 1984: Su Elaboración, Sus Aportes, Las Enmiendas Que Reclama The 1984 Peruvian Civil Code: Its Elaboration, Contributions And The Amendments It Requires*”. Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Pontificia Universidad Católica del Perú Miembro del Consejo Consultivo de THĒMIS.HĒMIS-Revista de Derecho 66. 2014. pp. 39-58. ISSN: 1810-9934
- Ferrer Beltran, Jordi. “*Prueba y verdad en el derecho*”. Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales SA. Madrid 2005

- Flores Rosas Julio Jesús & Silguera Quispe Richard Fausto.” *La Vulneración Del Principio De Valoración Conjunta De La Prueba En El Proceso De Filiación Judicial De Paternidad Extramatrimonial*”. Universidad Peruana Los Andes – Huancayo. Perú. 2015
- Gozaini, Osvaldo Alfredo. “*El debido Proceso*”. Editorial Rubinzal Culzoni Editores. Santa fe 2004. P. 506
- Gozaini, Osvaldo A. “*Sana critica vs prueba tasada*”. Conciliación de ideas en D.J 1998- I- 369
- Hernández, Noemí & Morales, Chichique. “*Las consecuencias jurídicas y genéricas derivadas del Establecimiento De La declaratoria judicial de paternidad*”. Universidad de El Salvador. 2005
- Hurtado Reyes Martín. 2014. “*Estudio de Derecho Procesal Civil Tomo IP*”. Segunda Edición: Lima – noviembre de 2014. Editorial Moreno S.A. ISBN: 978-612-4037-85-6. Perú. pg.67
- Hurtado Reyes Martin. 2014. “*Estudio de Derecho Procesal Civil. Tomo IP*”. Segunda Edición: Lima. Editorial Moreno S.A. p.78
- Hurtado Reyes Martin. 2014. “*Estudio de Derecho Procesal Civil*”. Tomo II. Segunda Edición: Lima. Editorial Moreno S.A. p.80
- Hurtado Reyes Martín. 2014. “*Estudio de Derecho Procesal Civil Tomo IP*”. Segunda Edición: Lima – noviembre de 2014. Editorial Moreno S.A. ISBN: 978-612-4037-85-6. Perú. p.189
- López Figueroa, Gladys María del Rosario. “*Regulación del examen de ADN como medio científico de prueba*”. Universidad De San Carlos De Guatemala Centro Universitario De Occidente Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. Quetzaltenango, Agosto de 2018
- Mojica Gómez Liseth. La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación. *Estud. Socio-Juríd* vol.5 no.1 Bogotá Jan./June 2003. Print version ISSN 0124-0579).

- Meléndez Franco, Ana Luz, “*Como incide el Principio de Oralidad al Incorporar los Medios Probatorios en el Proceso Común, que regula el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil*”, Director de Seminario Licenciado Alfredo Rigoberto Estrada García, Ciudad Universitaria, San Salvador Agosto de 2008, Pág. 10
- Meléndez Franco, Ana Luz, “*Como incide el Principio de Oralidad al Incorporar los Medios Probatorios en el Proceso Común, que regula el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil*”, Director de Seminario Licenciado Alfredo Rigoberto Estrada García, Ciudad Universitaria, San Salvador Agosto de 2008, Pág. 3
- Montero Aroca, J. (Coord.). (2006). *Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch.
- Morello, Augusto Mario, *La prueba científica*, La Ley, 1999-C, 897
- Portillo, Joel Esaú, “*Teoría De La Prueba*”, Tesis de Grado. Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, El Salvador, Junio de 1971. Pág. 9.
- Ortells Ramos, Manuel. “*Derecho Procesal Civil*”. Editorial Aranzadi A Thomson Company. Segunda Edición. Navarra. 2001. P. 368-370
- Osorno Muñoz, Laura Catalina. “*La valoración de la prueba científica del adn en los procesos de filiación en Colombia*”. Universidad Eafit Escuela de Derecho Medellín. 2013
- Ramos Nuñez, Carlos (2005) «*El Código Civil de 1852: orquesta de instrumentos discordantes*». *Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX. Tomo II: La codificación del siglo XIX: Los códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 246. ISBN 9972-42-392-1.
- Sanchis Crespo, Carolina. “*El derecho a la prueba en España: una perspectiva constitucional*”. En *Revista Peruana de derecho Procesal* N° 03. Estudio de Belaunde & Monroy Abogados” - Hurtado Reyes Martin. 2014. Estudio de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Segunda Edición: Lima. Editorial Moreno S.A. p.171
- Taruffo, Michele, “*La prueba científica en el proceso civil*”, traducción de Mercedes Fernández López y Daniel González Lagier, p. 46, passim; también en “*Nuevas*

tendencias del derecho procesal constitucional y legal”, Universidad de Medellín, ps.
15 y ss

Varela, Casimiro A. “*Valoración de la Prueba*”. Editorial Astrea. Buenos Aires 2004. P. 60

ANEXO N°02

CUESTIONARIO



UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN

El presente instrumento tiene por finalidad recolectar información acerca de la propuesta para la modificación del artículo 363 del Código Civil, con la finalidad de afianzar la valoración de la prueba del AND; por lo que siendo así, marque la alternativa que crea conveniente para la propuesta planteada:

Preguntas	TD	D	NO	A	TA
	1	2	3	4	5
1. considera usted que la seguridad jurídica de la paternidad pueda darse a través de la jurisprudencia?					
2. considera usted que la jurisprudencia para determinar la seguridad jurídica de paternidad es impugnabile?					
3. cree ud que doctrinariamente resulta necesario revisar las causales de impugnacion de paternidad para establecer una seguridad juridica?					
4. considera usted que en los casos de paternidad se obtiene seguridad jurídica?					
5. opina usted que la legislación comparada puede ayudar a brindar seguridad jurídica en los casos de paternidad					
6. cree usted que la seguridad jurídica de paternidad se ve influenciada por la legislación comparada?					
7. considera que la prueba de adn es determinante para establecer la verdad biológica de la paternidad?					
8. cree usted que la prueba de adn tiene un elevado grado de certeza para determinar la verdad biológica?					
9. considera usted que los métodos empleados en la prueba de adn aseguran la verdad biológica					
10. considera usted que los métodos empleados en la determinación de la verdad biológica son los adecuados					
11. cree usted que el derecho a la identidad influye en el desarrollo de la personalidad					

12. considera que desenvolvimiento psicológico de las personas eviencian el desarrollo de la personalidad					
13. cree usted que el desarrollo de la personalidad se encuentra asociada a la interacción social					
14. considera que los principios del derecho conllevan a una debida motivación en la valoración de la prueba					
15. cree usted que los principios muchas veces no son aplicados en la valoración de la prueba					
16. considera usted que existe congruencia entre la valoración de la prueba y la motivación que la expone					
17. cree usted que en los procesos judiciales existe congruencia entre las pruebas aportadas por las partes					
18. considera usted que deba aplicarse la máxima experiencia en la valoración de la prueba					
19. cree usted que es determinante en la valoración de la prueba la aplicación de la máxima experiencia					
20. considera ud que la maxima de experiencia se viene aplicando en todos los casos					
21 cree ud que la maxima de experiencia cumple un rol decisivo en la valoración de la prueba					
22. considera ud que la sana crítica debe aplicarse en los peritajes					
23. considera ud que el peritaje puede ser cuestionado aplicando la sana crítica del juez					
24. cree que los métodos aplicados en la sana crítica conlleva a la correcta valoración de la prueba					
25. cree ud que los metodos aplicados en la sana crítica permiten una correcta administración de justicia					