

## LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL POST MORTEM

---

### IS IT FROM LA FILIATION EXTRAMARITAL POST MORTEM

*Rosa M. Mejía Ch.*<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 30 Mayo 2014

Fecha de aceptación: 05 Junio 2014

#### **Resumen**

*El presente artículo tiene por objeto estudiar uno de los grandes vacíos que contempla la Ley 28457, denominada "Ley de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial"; en el sentido de no regular en forma expresa su aplicación en el caso en que el presunto padre (demandado) haya fallecido; puesto que sólo dispone que la prueba de ADN sea practicada al presunto padre, madre e hijo, a fin de determinar su filiación; lo que conlleva a que se presente una problemática referente a la tramitación de los procesos de filiación judicial, cuando se presenten dichos supuestos. En el presente artículo se emitirá una opinión sobre el indicado vacío legal, señalando los casos en los cuales procedería su aplicación y cómo se debería proceder en el caso planteado en este artículo.*

**Palabras clave:** *Filiación, paternidad extramatrimonial, post mortem, prueba de ADN, juez competente.*

#### **Abstract**

*This article aims to study one of the great gaps as established by Law 28457, entitled "Judicial Parentage Act extramarital paternity"; in the sense of not expressly regulate its application in cases where the alleged father (respondent) has died; since only states that DNA testing be conducted on the alleged father, mother and son, in order to determine their parentage; which leads to a problem regarding the handling judicial processes parentage arises, when such cases arise. In this article a review of the legal vacuum indicated be issued, noting cases in which its application would proceed and how they should proceed in the present case in this article.*

**Keywords:** *Affiliation, extramarital paternity, post mortem, DNA test, judge.*

---

<sup>1</sup>Adscrita a la Escuela de Derecho, Doctora en Derecho y Ciencias Políticas. Licenciada en Educación (Pedagogía Universitaria); Universidad San Martín de Porres-Filial Norte , Chiclayo-Perú; rmejiach17@hotmail.com.

## **I. Introducción:**

En la actualidad, el tema de la filiación extramatrimonial, se considera muy importante dentro de nuestro contexto social y más aún, a partir de la dación de la Ley N° 28457, denominada: “Ley de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, la cual ha observado algunas modificaciones; no obstante, se hace necesario despejar en esta oportunidad la siguiente interrogante: ¿Procede la filiación extramatrimonial post mortem?; teniendo en cuenta, de acuerdo a la misma, que la prueba genética de ADN, debe practicarse en el presunto padre, hijo y madre, a fin de determinar la filiación de la paternidad; de lo que se colige que la toma de muestras debe efectuarse en vida de las personas (presunto padre), conforme lo ha interpretado por unanimidad la jurisprudencia nacional; no obstante, que pasaría si el indicado –presunto padre-, es fallecido, procedería solicitar la aplicación de esta Ley o que otro tipo de acción tendría que solicitar la parte demandante, teniendo en cuenta que el Juzgado de Paz Letrado, es el único competente para tramitar este tipo de procesos, bajo los alcances de la Ley en comento.

### **1. Filiación**

“La palabra filiación deriva de la voz latina *filius* (que los antiguos españoles pronunciaban como *fillo*, *fio*, *fijo* y, por último hijo), que a su vez se origina de *filium* que significa hijo procedencia del hijo respecto de los padres o, simplemente, relación del hijo con sus progenitores” (Peralta 2002 p. 345).

“La filiación en sentido genérico es aquélla que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, la filiación en sentido estricto, la que vincula a los hijos con sus padres y que establece una relación de sangre y de derecho entre ambos (Varsi 2001 p. 191).

Según García (2007) filiación es la descendencia de padres a hijos; o bien, la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o madre.

Teniendo en cuenta estos conceptos, podemos definir a la filiación como el vínculo natural, biológico existente entre el hijo y los padres que lo han procreado, vínculo que nace naturalmente con la procreación del hijo, pero que legalmente deriva con el reconocimiento de los padres a sus hijos o por último en caso de ausencia de reconocimiento, por presunción de la misma ley y hasta por mandato judicial.

“La filiación es una institución del Derecho de familia que consiste en la relación paterno-filial existente entre una persona (hijo) con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró. La filiación, sin embargo debe ser entendida como el vínculo jurídico existente entre procreantes y procreados, o producto de la adopción de la cual emergen derechos y obligaciones para padres e hijos. Es preciso recordar que no siempre ese lazo deviene de la unión sexual, ya que puede derivar de la inseminación artificial y de la fecundación extrauterina, de la clonación y de la partenogénesis, donde ya desaparece la cópula sexual” (Peralta 2002 p. 346).

En el Código Civil peruano, comentado por varios autores nacionales (2007), respecto al concepto de filiación, entre otros señala: “La filiación es la *condictio sine que non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otro. Es una forma de estado de familia, de ahí que se diga que la filiación implica un triple estado: estado jurídico, asignado por la ley a una persona deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra. Estado social, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas. Estado civil, pues implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

## **2. Presupuestos de la filiación**

Según Miranda (2007) jurídicamente, la filiación, es la relación directa que existe entre dos personas, considerada la una como padre o madre de la otra. En consecuencia, los elementos que constituyen la filiación, son los siguientes:

- a. El hecho del parto de determinada mujer en una determinada época y la identidad del hijo, en la maternidad extramatrimonial.
- b. El parto de la presunta madre en una determinada fecha, la identidad del hijo y el estado de matrimonio, en la maternidad matrimonial.
- c. El hecho de la generación realizada por el hombre, en la paternidad”.

## **3. La filiación extramatrimonial**

Es el vínculo jurídico que existe entre el hijo y su padre o entre el hijo y su madre, cuando los padres no están casados ni para la época de la concepción del hijo, ni para la fecha de su nacimiento.

La filiación extramatrimonial, es un vínculo independiente entre el hijo y su padre o entre el hijo y su madre, porque el padre y la madre del hijo extramatrimonial, no están unidos entre ellos por el vínculo del matrimonio ni para la época de la concepción del hijo ni para la fecha de su nacimiento.

La filiación extramatrimonial, tiene su origen en la sola naturaleza, motivo por el cual, en muchos casos se la ha identificado con el simple nombre de natural. La situación que analiza nuestro Código Civil, es como sigue:

- a) tanto, la paternidad como la maternidad extramatrimonial, pueden ser establecidas de dos maneras: por el reconocimiento voluntario o por la investigación judicial.
- b) La investigación judicial de la paternidad, se admite cuando se da alguno de los casos del artículo 402º del Código Civil, hechos éstos, que deben ser probados por el demandante, con los pertinentes medios probatorios que señala el artículo 192º del Código Procesal Civil.
- c) La investigación judicial de la maternidad, se admite, siempre que se pueda acreditar el hecho del nacimiento y la identidad del hijo, extremos que, también, se prueban con los pertinentes medios que indica el artículo 192º del mismo cuerpo de leyes adjetivo.
- d) El instrumento en que consta el reconocimiento voluntario y la sentencia judicial, son medios de prueba de la filiación, tanto, paterna como materna, frente a terceros, más no dentro del proceso investigador.

#### **4. Determinación de la filiación extramatrimonial**

El derecho a la verdadera filiación coincide con el derecho a la identidad, éste derecho está por encima del derecho a la intimidad, pues este es individual, más el primero tiene un carácter de orden público.

De otro lado, tenemos que la filiación extramatrimonial es también conocida como filiación ilegítima: es decir, la derivada de la unión no matrimonial. Esta se da tanto en los casos en que hay imposibilidad de matrimonio entre los padres como en aquellos en los que media algún impedimento, ya sea por matrimonio subsistente de algunos de ellos, relación de parentesco. El artículo 6º in fine de la Constitución Política del Estado dice: "todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento". En concordancia con

el art.10º del Código Civil, preceptúa: la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

Según Zannoni (2002), la determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria (o negocial) y judicial. Es legal cuando la propia ley, con base en ciertos supuestos de hecho la establece. Así, por ejemplo cuando el artículo 243 del Código Civil dispone que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución. Es voluntaria- o negocial- cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento, expreso o tácito, del hijo. Finalmente, es judicial la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida basándose en las pruebas relativas al nexo biológico.

En nuestro Ordenamiento Civil peruano, se conocen dos formas de filiación extramatrimonial o formas de declaración, (Torres Vásquez 2008) “La filiación extramatrimonial se determina sólo por el reconocimiento y sentencia declarativa de paternidad y maternidad (Cas. Nº 75-96-Piura, en: *El Peruano*, Lima, 30 dic. 1997.

Respecto a la determinación de la paternidad extramatrimonial: “Este ha sido desde antaño el principio fundante de nuestro régimen filiatorio, que encuentra su máxima expresión – reitero – en la presunción de paternidad del marido. De ahí que esa presunción se erige como máxima a los fines de la determinación de la paternidad matrimonial” (Fama 2009 p. 65).

Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni (2004), respecto a la determinación de la paternidad, señalan: “La paternidad del hijo extramatrimonial sólo puede quedar establecida por reconocimiento expreso del padre o por sentencia judicial que declare que existe el vínculo de filiación (art. 247). Si se trata del hijo que nace de mujer casada, la ley presume que tiene por padre al marido (art. 243)”.

## **5. criterios respecto a las acciones de filiación**

Plácido Vicachahua (2001), al tratar acerca de las acciones de filiación que permiten realizar la investigación de la paternidad y la maternidad, manifiesta que existen diversos criterios sobre la admisión de la investigación de la paternidad en las legislaciones modernas; puesto que de la maternidad si se admiten en todas y las clasifica de la siguiente manera:

- a. **criterio prohibitivo absoluto:** Fue instaurado por el Code de Napoleón, era contrario a la investigación de la paternidad. Este criterio fue seguido por el Código Francés y por otros códigos como el italiano de 1865.
- b. **criterio prohibitivo con amplias excepciones:** Es prohibitivo relativamente, puesto que se permite investigar la paternidad solo en importantes casos, como: raptó o violación, cuando su época coincida con la de concepción; seducción dolosa, entre otros.
- c. **criterio permisivo, con eficacia restringida a los alimentos:** En esta se admite la investigación de la paternidad solo en la acción alimenticia, puesto que paralelamente declarada la obligación alimenticia, según el Código Civil el padre puede ejercitar la acción denegatoria de filiación del Código de Procedimientos Civiles, que, caso de prosperar extingue su obligación alimenticia.
- d. **criterio permisivo sin equiparación de los hijos extramatrimoniales a los matrimoniales:** Fue el tradicional en el derecho castellano y catalán, pero, el Código Civil español se apartó del mismo por influjo del Código francés; pero según el derecho canónico: “los hijos nacidos fuera del matrimonio podrán promover las acciones conducentes a la investigación, prueba y declaración de su filiación, y exigir de sus padres el cumplimiento de las obligaciones que tal condición les impone”.
- e. **criterio permisivo con equiparación de los hijos extramatrimoniales a los matrimoniales:** Este sistema fue seguido en Noruega en 1915 inspirado en el Código de Familia de 1918 de la Unión Soviética. Pero el derecho soviético ha evolucionado ampliamente a partir de 1994, al proteger la maternidad que ha pasado al nuevo Código de Familia de 1945, que prohíbe la investigación de la paternidad y aun el reconocimiento voluntario de la misma. En los países hispanoamericanos, el Código Civil de Venezuela de 1942, permite la investigación de la paternidad.

- f. **combinación de los criterios prohibidos y permisivos:** En Bélgica en 1908, modificó en un doble sentido el Código Francés allí vigente al ampliar los casos en que excepcionalmente se permitía la investigación de la paternidad-de una parte-, y permitir- de otra-, una simple acción de efectos de alimentos, fundada en la posibilidad de la paternidad. El padre demandado puede defenderse contra la demandada tanto en la investigación de la paternidad como alimenticia, y serán rechazadas además las demandas si se demuestra que durante el período legal de la concepción la madre ha tenido relaciones con otro individuo o era de conducta notoriamente inmoral.

Nuestro Código Civil sigue este último criterio respecto de la investigación de la paternidad al establecer los casos en que se la permite y contempla, de otro lado una acción de alimentos a favor del hijo de la mujer que tuvo relaciones sexuales con el varón demandado, durante la época de la concepción.

Otra característica del actual régimen de filiación es el de reservar el ejercicio de la pretensión a favor del padre o de la madre, impidiendo, con ello, que el propio hijo pueda hacerlo a pesar de su evidente interés en conocer quiénes son sus padres.

El autor que se cita en esta oportunidad, también señala que debería existir un sistema abierto de la investigación de la paternidad, teniendo en cuenta los derechos fundamentales de la persona, como son el de conocer a los padres y ser cuidado por ellos, el cual no es reconocido ni protegido, proponiendo que se debe abolir la figura llamada “hijos alimentistas”.

De otro lado, Miranda (2007) se ocupa de narrar acerca de la problemática de la investigación de la paternidad, quien en su experiencia en la magistratura nacional, señala algunas inquietudes que preocupan al juez. Tales como:

- Se presume de derecho, que la concepción ha precedido al nacimiento, no menos de ciento ochenta días y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.
- Debe contemplarse, con singular interés, el gran campo de aplicación de la ciencia y la tecnología actuales.
- La calidad de hijo matrimonial o de hijo extramatrimonial, depende fundamentalmente del estado civil de los padres.
- El incremento de los nacimientos de los hijos extramatrimoniales, el aumento de las relaciones prematrimoniales, el madresolterismo, la identificación de niños extraviados, el cambio de recién nacidos y, sobre todo, la comprensión, por parte del Estado, de la carga socioeconómica que esto representa, produjeron el aumento del número de acciones judiciales de investigación de la filiación.

La madre, es la madre biológica, dado que la maternidad, generalmente, es una realidad que no admite duda. Comúnmente, es la madre quien corre con el peso económico y asistencial del niño, muchas veces en total indefensión.

Respecto a la prueba del ADN o ácido desoxirribonucleico es una larga molécula que forma una doble hélice, encargada de almacenar y transmitir la información genética y se encuentra en los cromosomas de todas las células. Su estructura fue establecida en el año 1953 por Watson y Crick. De acuerdo con este modelo el ADN es una macromolécula compuesta por tres unidades: un azúcar (la desoxirribosa), fosfatos (el ácido fosfórico) y cuatro bases nitrogenadas (las purinas y las pirimidinas). Fama (2009).

Asimismo, “El ADN puede obtenerse de cualquier célula: sangre, saliva, cabello, semen, huesos, etc. Las técnicas para su aislamiento son bastante semejantes para las empleadas para cualquier tipo de célula o muestra que se quiera investigar. La calidad del ADN obtenido dependerá de la antigüedad del material y de su estado de conservación.

Obtenida la muestra, y dado que los individuos tienen en un elevado porcentaje el mismo código genético, lo que analiza son los poliformismos o diferencias existentes en la molécula, que

constituyen la clave de la identificación. Por el contrario, no se consideran las áreas “monomórficas” del ADN que – como su nombre lo indica- son exactamente iguales en las personas” (Fama 2009 p. 267).

El ADN (ácido desoxirribonucleico) es una sustancia química que se encuentra en el núcleo de todas las células del cuerpo y permanece invariable; por ello en la actualidad es muy usado en ciencia forense como una herramienta fundamental para la determinación del vínculo filial ya que del ADN proviene el 50% del óvulo materno y el 50% restante, del espermatozoide paterno, razón por la cual es muy utilizado en la determinación del vínculo de filiación. La función del ADN dentro de la célula es transmitir los caracteres hereditarios y esto lo realiza 'ordenándole' a la célula (codificando) que fabrique determinadas proteínas. A un sector de la cadena de ADN que codifica la fabricación de una proteína se la denomina "Gen"; por ejemplo, el color de los ojos, color del pelo, grupo sanguíneo, etc., son manifestaciones de los genes que poseemos. Los genes, al pertenecer todos los seres humanos a la misma especie son poco variables y constituye sólo un pequeño porcentaje de la información contenida en la molécula de ADN; la restante, incluye sectores que pueden exhibir un cierto grado de variabilidad entre los individuos, en consecuencia: 'todos los seres humanos tenemos sectores del ADN en común y otros que no lo son'. El llamado Análisis de ADN o 'Huellas Digitales Genéticas' es un conjunto de técnicas utilizadas para detectar sectores en la cadena de ADN que son variables en la población. La elección de la técnica a aplicar estará determinada por la cantidad y calidad del ADN presente.

Para la Prueba del ADN en la determinación de paternidad se emplean de manera rutinaria las muestras de la madre, del menor y del supuesto padre. Sin embargo, la Prueba del ADN también es posible de realizar con la muestra de dos personas, una muestra del supuesto padre y otra muestra del menor.

El día de la toma de muestras no es necesario estar en ayunas. La prueba del ADN no es alterada por alimentos, bebidas alcohólicas o por medicamentos. La muestra biológica a utilizar en la prueba del ADN se obtiene de las células presentes en la saliva, o de una gotita de sangre. También se puede obtener de raíz de cabello, piel, huesos, dientes, cordón umbilical o el líquido amniótico, semen y otros tejidos. Asimismo, puede realizarse la Prueba del ADN en los restos de una persona fallecida, luego de ejecutada la orden judicial de exhumación.

Usualmente, Laboratorios Bio Links requiere para la prueba de Paternidad de muestras de frotado con hisopo de la mucosa oral o un par de gotas de sangre de cada una de las personas a someterse a la prueba. Este último es un procedimiento indoloro y muy seguro. A las muestras biológicas se les asigna un código el cual es reconocido solo por una persona y mantenido bajo absoluta reserva. Este procedimiento asegura mantener de forma confidencial la identidad de las personas y brinda resultados objetivos.

De otro lado, si bien es cierto en los párrafos que anteceden, se da una explicación, por parte del Laboratorio BIOLINKS, respecto a las muestras analizadas; también lo es que para efectos de la aplicación de la prueba del ADN en la Ley 28457, materia del presente trabajo de investigación, debido a la naturaleza y trámite especial del proceso, es necesario que dicha muestra sea tomada a la madre, al hijo y al presunto padre, en vida, puesto que en caso que faltare uno de ellos o el presunto padre esté muerto; dicha tramitación ya no procedería con el trámite especial de la indicada Ley; sino que se tramitaría bajo los cánones del proceso de conocimiento y ante un Juez Especializado de Familia; esta opinión es tomada del doctor Enrique VarsiRospigliosi (Jus 2007), quien al momento de comentar la indicada Ley, señala: "... La diferencia con el proceso de conocimiento, que regía anteriormente, es abismal, por decir lo menos, incomparable. Entiéndase que el proceso aprobado sólo está orientado a la determinación de la paternidad extramatrimonial no de la maternidad extramarital ni para los casos de reclamación filial. Incluso no procedería para aquellas situaciones en la que falte la madre, el hijo o el padre (investigación post mortem), pues la ley, curiosamente, exige la prueba a los tres".

En ese orden ideas: ¿procede la filiación extramatrimonial post mortem?, para dar respuesta y ahondar en este punto, es necesario presentar un caso donde una demandante (persona mayor de edad) solicita ante el Tercer Juzgado de Paz Letrado de Familia de Chiclayo, se declare la filiación extramatrimonial respecto de su presunto padre (fallecido), interponiendo la demanda contra los herederos del mismo, quienes dentro del plazo de ley se apersonan al proceso y se oponen al mandato de filiación; y al ser notificada con dicha oposición, señala el laboratorio particular BIO LINKS para la práctica de la prueba genética, solicitando previamente la exhumación del cadáver de su presunto padre; así pues, en este caso, se observan los siguientes hechos: **a)** la actora ha solicitado la declaración de filiación extramatrimonial respecto de su presunto padre, no obstante su madre también había fallecido muchos años antes; **b)** la actora, - adulta-mayor - declaró su propio

nacimiento, en forma extemporánea, a los 75 años de edad; y, **c)** al encontrarse fallecida su presunta madre, no había indicado a los presuntos herederos de la misma, con el objeto de efectuar la notificación correspondiente.

Habiendo narrado el caso presentado, se hace necesario en primer lugar, recordar que en el año 2005, se dictó la Ley 28457, mediante la cual se aprueba el proceso especial para investigar la paternidad extramatrimonial, a partir de la cual surgieron varias posiciones contradictorias y vacíos al respecto.

En el caso que estoy tratando en esta oportunidad, es de señalar que la actora sí cuenta con legítimo interés para obrar, por cuanto la ley contempla que “quien tenga legítimo interés” podrá accionar por paternidad a favor de un tercero y en este caso, era la propia actora la que estaba solicitando la declaración de su filiación.

No obstante, “este proceso se fundamenta, es decir, tiene su ratio essendi, en la fuerza y contundencia de los resultados genéticos que pueden obtenerse del ADN (99.99% de efectividad), desbaratando los axiomas jurídicos que con el devenir de los años colmaron los expedientes (páginas, folios, fojas de defensas y contradefensas) truncando la vida de tantas personas que sin pena ni gloria, vieron disminuidos sus derechos de entroncamiento familiar”(Varsi 2007 p. 27).

En el caso que se está comentando, se ordenó a la demandante que señalara el laboratorio que debería ejecutar la indicada prueba; y, habiéndolo efectuado, en su mismo escrito solicita la exhumación del cadáver de su presunto padre. Al respecto, conforme se describió líneas arriba, no sólo el presunto padre se encuentra fallecido sino también su presunta madre; por lo que bajo dicho estado de cosas se tiene que la actora pretendía que se practique la prueba de ADN con restos biológicos de su presunto padre y de igual forma con restos biológicos de su presunta madre, lo cual implicaría tener que realizar dos exhumaciones; no obstante, no se encontraba en discusión ni se había demandado la presunta maternidad de la actora con respecto a su presunta madre; además, el juzgado no podía ordenar, en el indicado proceso especial (proceso monitorio), se exhume el cadáver de una persona que no había sido demandada por intermedio de sus herederos en forma debida y correcta.

Asimismo, considero que la referida prueba de ADN por ser el único medio probatorio admisible en los procesos de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y que se va a utilizar en el caso descrito, su fuerza y contundencia genéticos a obtenerse son del 99.99%; pero que justamente para que la misma deba realizarse –aun cuando la norma no haya hecho tal distinción-, **el padre, la madre y el hijo deben estar vivos**; y, en el caso tratado, los presuntos padres se encontraban fallecidos; de ahí que comparto el criterio adoptado por el autor y profesor universitario doctor Enrique VarsiRospigliosi al publicar una nota académica denominada “La decisión de la Corte

Suprema de Justicia del Perú acerca de la Declaración Judicial de la Paternidad Extramatrimonial. De las Defensas tontas y los padres cobardes”, cuando dicho jurista afirma: “*incluso no procedería para aquellas situaciones en la que falte la madre, el hijo o el padre (investigación post mortem), pues la ley, curiosamente, exige la prueba a los tres* (Jus 2007 p. 27) ; en tal sentido, el espíritu de la ley bajo comentario es que en caso de oposición se realice la prueba del ADN encontrándose vivos el presunto padre, la madre y el hijo; de otro lado, este proceso es únicamente aplicable para determinar la paternidad extramatrimonial; es decir no es aplicable para otro tipo de acciones filiales. Por cuanto son más los casos que tratan de responder la pregunta ¿quién es mi padre? Pocas veces se busca encontrar una respuesta judicial a la interrogante ¿quién es mi madre? En cambio, en el caso tratado observamos, otro inconveniente que se presentaba, por cuanto al haber la propia actora declarado su nacimiento, la madre que aparecía consignada como tal, también es considerada como “presunta madre”; por lo que en dicho sentido, el proceso de filiación extramatrimonial, por su naturaleza especial, no era el adecuado para la solución a su conflicto de intereses. Máxime si la misma también había fallecido.

Para finalizar, decimos que si bien la Ley 28457, fue promulgada con buena intención también lo es que encontramos varios vacíos, como toda ley, que con el tiempo, la práctica y la experiencia se podrán subsanar, como es en el caso narrado; no obstante de ahí la importancia de la opinión vertida por los diversos juristas especialistas en la materia discutida, como es el caso del doctor Enrique VarsiRospigliosi, especialista en Derecho Genético, quien da una opinión muy acertada y versada, acerca de la improcedencia de la filiación extramatrimonial post mortem, o, como él la llama “investigación post mortem”; opinión a la cual se adhiere la suscrita.

## **7. Conclusiones**

En el presente artículo de investigación se arribó a las siguientes conclusiones:

- La filiación es el vínculo natural, biológico existente entre el hijo y los padres que lo han procreado, vínculo que nace naturalmente con la procreación del hijo, pero que legalmente deriva con el reconocimiento de los padres a sus hijos o por último en caso de ausencia de reconocimiento, por presunción de la misma ley y hasta por mandato judicial.
- La prueba del ADN o ácido desoxirribonucleico es una larga molécula que forma una doble hélice, encargada de almacenar y transmitir la información genética y se encuentra en los cromosomas de todas las células.
- El espíritu de la Ley peruana N° 28457, ha sido puesta al servicio de un hijo sin padre determinado; siendo la prueba irrefutable para este tipo de procesos el ADN,

con lo cual se determina el nexo genético filiatorio; donde si bien dicha norma regula un proceso ágil y rápido, también lo es que no es eficaz; puesto que en el caso que el presunto padre demandado haya fallecido, no sería admisible aplicar la Ley, al ser un proceso que se tramita en una vía especial; teniéndose que recurrir a otro tipo de proceso de mayor duración.

- El proceso aprobado por la Ley N° 28457, sólo está orientado a la determinación de la paternidad extramatrimonial no de la maternidad extramarital ni para los casos de reclamación filial. Incluso no procedería para aquellas situaciones en la que falte la madre, el hijo o el padre (investigación post mortem), pues la ley, curiosamente, exige la prueba a los tres.
- El proceso especial de paternidad extramatrimonial se fundamenta, es decir, tiene su ratio essendi, en la fuerza y contundencia de los resultados genéticos que pueden obtenerse del ADN (99.99% de efectividad), desbaratando los axiomas jurídicos que con el devenir de los años colmaron los expedientes (páginas, folios, fojas de defensas y contradefensas) truncando la vida de tantas personas que sin pena ni gloria, vieron disminuidos sus derechos de entroncamiento familiar.
- El espíritu de la ley bajo comentario es que en caso de oposición se realice la prueba del ADN encontrándose vivos el presunto padre, la madre y el hijo, siendo únicamente aplicable para determinar la paternidad extramatrimonial; no para otro tipo de acciones filiales; y al respecto nuestra legislación civil y de familia tiene ciertos vacíos que deben de ser objeto de una normativización urgente.

## 8. Referencias

Bossert y Zannoni E. (2004) Manual de Derecho de Familia. Sexta Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires.

Fama M. (2009) La Filiación. Primera Edición. AbeledoPerrot. Buenos Aires.

Mendez M. (1986) La Filiación. Editorial RubinsolCulzoni. Santa Fé- Argentina.

Miranda M. (2007) ADN como prueba de la filiación en el Código Civil. Primera edición. Ediciones jurídicas. Lima-Perú.

Peralta J. (2002) Derecho de Familia en el Código Civil. Tercera edición. Idemsa. Lima-Perú.

Plácido A. (2001) Manual de Derecho de Familia. Primera edición. Gaceta Jurídica. Lima-Perú.

Torres A. (2008) Diccionario de Jurisprudencia Civil. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú.

Varsi E. (2001) Derecho Genético. Cuarta edición actualizada, ampliada y revisada. Editorial Grijley. Lima-Perú.

Varsi E. (2007) El proceso de Filiación. Primera Edición. Gaceta Jurídica. Lima-Perú.

Zannoni E. (2002) Derecho Civil- Derecho de familia. Cuarta edición. Actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires-Argentina.