

Enrique Varsi Rospigliosi

EL MODERNO
TRATAMIENTO
LEGAL DE LA
FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL

En razón de la Ley 28457 y la Acción Intimatoria de Paternidad

– PROCREACIÓN ASISTIDA Y SOCIOAFECTIVIDAD –

ACTUALIZADA • REESTRUCTURADA • AMPLIADA • REVISADA
2^{da}
edición



JURISTA
editores

EL MODERNO TRATAMIENTO LEGAL DE
LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

JURISTA EDITORES E.I.R.L.

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

DOCTOR Y MAGÍSTER EN DERECHO

**EL MODERNO TRATAMIENTO LEGAL
DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

**EN RAZÓN DE LA LEY 28457 Y
LA ACCIÓN INTIMATORIA DE PATERNIDAD**

— PROCREACIÓN ASISTIDA Y SOCIOAFECTIVIDAD —

SEGUNDA EDICIÓN

ACTUALIZADA - REESTRUCTURADA
AMPLIADA Y REVISADA



Primera edición: Setiembre 2006
Tiraje: 1000 ejemplares.
Gaceta Jurídica S.A.
El Proceso de Filiación Extramatrimonial
Moderno tratamiento legal según la Ley 28457

Segunda edición: Marzo 2010
Tiraje: 1000 ejemplares.

© **ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI**
*El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial.
En razón de la Ley 28457 y la acción intimatoria de paternidad.
- Procreación Asistida y Socioafectividad -*

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N°:
ISBN:

*Composición y Diagramación: Fernando Ríos Y.
Diseño de carátula: Víctor Arrascue C.*

*A Fiorella,
por consentirme crecer a su lado
todos estos años vividos,
y por los que nos quedan,
confesándole que ésta mi vida es suya,
con todo mi corazón.*

PALABRAS PRELIMINARES

Todo autor deja siempre para el final de su trabajo lo que el lector leerá primero: la introducción del libro. Estas páginas escritas por mí y que tiene usted entre manos no tienen una introducción propiamente dicha; la verdad, creo, no lo justifica, de ahí que escribimos solo unas palabras preliminares antes que el lector se ahonde en la lectura.

En nuestro medio, y en general en el Derecho Comparado, no todo está escrito, menos terminado, en materia de filiación. Introducirnos al estudio de una institución renaciente con profundas raíces que se remontan a sus orígenes, tan viejos como el hombre, resulta complicado; más aun si sumamos la falta de uniformidad de criterios para solucionar los problemas paterno filiales y las prácticas de procreación asistida que complican más las relaciones personales, familiares y sociales pero, como realidad diaria, merecen un tratamiento especial.

El libro trata de la determinación judicial de la paternidad extramatrimonial, así de concreto y directo, ni más ni menos. Analizamos lo positivo y negativo de la Ley 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Una ley que abrumada por la efectividad del ADN desafía frontalmente la posesión de estado y la filiación social, estableciendo un proceso singular en el que nada vale más que la sindicación de tal persona como progenitor de otra o, sea el caso, el sometimiento a la indagación genética. Quedan atrás, rezagadas, las presunciones de paternidad, los engorrosos juicios y la falta de prueba. Lo que antes era casi

un imposible: declarar una paternidad, hoy resulta lo más sencillo (casi al alcance de todos). Pero ¿es eso lo que queremos? Adjudicar un progenitor no resuelve el problema de tantos, pero tantos niños sin padre; la solución ha sido planteada y está vigente.

Estas páginas, no todas pero si algunas, nos hacen reflexionar, independientemente de mi posición --compartida o no por usted-- que cada caso debe ser analizado en la magnitud de su suceso, de lo acontecido en las relaciones humanas. Hay mucho por discutir en adelante. Sea como fuere, y como no se dieron salidas y nadie asumió el problema de la identidad y la filiación como esencia del derecho de familia, la solución está planteada en este proceso especial de paternidad extramatrimonial, mal que bien. Solo queda su consolidación o, en su caso, reacomodamiento.

Usted evalúe, saque sus conclusiones pues la filiación biológica es ya una realidad y está en nuestro ordenamiento.

Enrique Varsi Rospigliosi

Navidad del 2005

NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN

Luego que las aguas volvieron a su cauce y la ley que regula el proceso de paternidad extramatrimonial quedara firme por decisión de la Corte Suprema que validó el respeto de los derechos de la persona y, por tanto, su constitucionalidad, ameritaba un afinamiento a nuestro primer estudio. Además, y dado que los temas de filiación se interrelacionan entre sí, creímos oportuno agregar cuatro nuevos capítulos referidos a la determinación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales, la investigación de la maternidad, la paternidad socioafectiva y la determinación de la filiación en las técnicas procreáticas.

Esperamos, como siempre, sus comentarios a cada una de las materias aquí tratadas, sin ello esta obra carece de sentido.

Enrique Varsi Rospigliosi

Navidad del 2009

ÍNDICE GENERAL

-	Palabras preliminares	00
-	Nota a la segunda edición	00

CAPÍTULO PRIMERO DETERMINACION DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

1.	Introducción	00
2.	Filiación matrimonial	00
	2.1) Teoría de la concepción	00
	2.2) Teoría del nacimiento	00
	2.3) Teoría mixta	00
3.	Filiación extramatrimonial	00
4.	Determinación de la filiación	00
	4.1) Filiación matrimonial	00
	4.2) Filiación extramatrimonial	00

CAPÍTULO SEGUNDO ANTECEDENTES Y GENERALIDADES

1.	Antecedentes	00
2.	Generalidades	00
3.	Determinación de la filiación	00

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

3.1. Filiación matrimonial... ..	00
3.1.1. Teoría de la concepción.	00
3.1.2. Teoría del nacimiento	00
3.1.3 . Teoría mixta	00
3.2. Filiación extramatrimonial	00
4. Unidad de la filiación	00

**CAPÍTULO TERCERO
DEL PROCESO DE FILIACIÓN**

1. Introducción	00
2. Características	00
2.1. Juez competente.	00
2.2. Titular de la acción	00
2.3. De los lineamientos del proceso.. ..	00
2.4. Sistema abierto... ..	00
2.5. Únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial	00
2.6. Adecuación de los procesos en trámite	00
3. Del trámite.. ..	00
3.1. De la demanda	00
3.2. El mandato de paternidad	00
3.3. De la defensa y oposición	00
3.3.1. De la defensa... ..	00
3.3.1.1. Emplazamiento	00
3.3.1.2. Excepciones	00
3.3.2. De la oposición... ..	00
3.3.3. Costo de la prueba	00
3.3.4. La no oposición	00
3.3.5. Inversión de la carga de la prueba	00
3.3.6. Diferencias entre la negativa y la oposición	00
3.3.7. La negativa como sucedáneo, es una presunción	00
3.4. Declaración de paternidad. Sentencia	00

ÍNDICE GENERAL

3.5. Apelación	00
4. Procedimiento. Resumen	00

CAPÍTULO CUARTO ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL NUEVO PROCESO DE FILIACIÓN

1. Antecedentes normativos.	00
2. Justificación del proceso	00
3. Importancia de la norma.	00
4. (Sigue) De sus opositores y los supuestos derechos violados. . .	00
4.1. Derecho a la libertad.	00
4.2. Derecho a la intimidad	00
4.3. Derecho a la integridad	00
4.4. Derecho de defensa	00
4.4.1. Derecho al debido proceso, prueba y derecho de defensa.	00
4.5. Derecho a la presunción de inocencia	00
4.6. La prueba en el proceso de filiación	00
4.7. Criterio opuesto al proceso	00
5. La posición de la Corte Suprema de Justicia de la República. . .	00
6. Más allá de mis genes está la ley.	00

CAPÍTULO QUINTO LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

1. La identidad y la investigación de la paternidad. Dos derechos constitucionales	00
1.1. Derecho a la identidad.	00
1.2. Derecho a la investigación de la paternidad	00
2. La aplicación del test de razonabilidad en la investigación de la paternidad extramatrimonial	00
2.1. El test de razonabilidad, los derechos del demandado y el derecho fundamental a la identidad	00
2.2. El análisis del principio de idoneidad.	00

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

2.3. El análisis del principio de necesidad	00
2.4. El análisis del principio de proporcionalidad stricto sensu	00
3. Los criterios jurisdiccionales y la aplicación del test de razonabilidad	00
3.1. Primera instancia...	00
3.1.1. Derecho a la libertad.. . . .	00
3.1.2. Derecho al debido proceso	00
3.2. Segunda instancia.. . . .	00
3.3. Corte Suprema...	00
4. Marco de aplicación y supuestos controvertidos	00
4.1. Marco de aplicación	00
4.2. Supuestos controvertidos	00

CAPÍTULO SEXTO
LA INVESTIGACIÓN DE LA
PATERNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

1. Referencias en el derecho comparado	00
1.1. Brasil	00
1.2. Costa Rica...	00
1.3. Ecuador...	00
1.4. Estados Unidos de Norteamérica	00
1.5. Chile	00
2. Hacia dónde vamos...	00

CAPÍTULO SÉTIMO
LA INVESTIGACIÓN DE LA MATERNIDAD

1. Generalidades	00
2. Antecedentes.. . . .	00
3. Presupuestos...	00
a. Parto	00
b. Identidad del hijo	00
4. Contenido del artículo 409°.	00

ÍNDICE GENERAL

5.	Tratamiento en el derecho comparado... ..	00
6.	Procreación asistida	00
7.	El nuevo proceso en la determinación de la maternidad.	00

CAPÍTULO OCTAVO

EL SOMETIMIENTO A LA PRUEBA DE ADN

¿ES EXIGIBLE A LOS HEREDEROS DEL SUPUESTO PADRE?

1.	La acción de investigación de la paternidad extramarital	00
2.	El examen de ADN y la Ley 28457.. ..	00
3.	Los terceros y la prueba biológica... ..	00
4.	La naturaleza especial de este caso y la inaplicabilidad de la Ley 28457: ¿Qué camino seguir?.	00
4.1.	La posibilidad de exigir a los herederos el sometimiento al examen de ADN	00
4.2.	La negativa al sometimiento por parte de terceros... ..	00
5.	El conflicto de intereses	00
6.	Conclusión: la prevalencia del derecho a la identidad	00
7.	Apostillas a la Casación	00

CAPÍTULO NOVENO

VISOS DE CONCLUSIÓN EN LA

INDAGACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

CAPÍTULO DÉCIMO

FILIACIÓN Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1.	Introducción	00
2.	Definición y aproximación... ..	00
2.1.	Procreación y filiación	00
2.2.	Determinación de la filiación	00
2.3.	Derecho a conocer nuestra identidad.	00
2.4.	Verdad biológica	00
2.5.	Verdad formal	00

2.6. Procreación asistida y filiación	00
2.7. Anonimato de la cesión y el derecho a conocer nuestro origen.. ..	00
3. Casuística	00
4. Fecundación homóloga	00
4.1. Con consentimiento del marido.. ..	00
4.2. Sin consentimiento del marido	00
4.3. Con consentimiento del conviviente	00
4.4. Sin consentimiento del conviviente	00
4.5. Fecundación post mortem	00
5. Fecundación heteróloga	00
5.1. Determinación de la filiación extramatrimonial... ..	00
5.2. Determinación de la paternidad.. ..	00
5.2.1. Con consentimiento del marido	00
5.2.2. Con consentimiento del marido quien posteriormente niega la paternidad.	00
5.2.3. Sin consentimiento del marido.	00
5.2.4. Sin consentimiento del marido por incapacidad... ..	00
5.3. Determinación de la maternidad	00
5.3.1. Ovodonación	00
5.3.2. Madre sustituta... ..	00
6. Maternidad subrogada.. ..	00
6.1. Madre portadora	00
6.2. Embriodonación	00
7. Cesión mixta o conjunta... ..	00
8. Clonación	00
8.1. Autoreproducción	00
8.2. Gemelación	00
8.3. Partenogénesis	00
8.4. Clonaje de células masculinas.. ..	00
8.5. Clonaje de células femeninas... ..	00
8.6. Reflexiones	00
9. Consideraciones finales	00

ÍNDICE GENERAL

CAPITULO UNDÉCIMO
PATERNIDAD SOCIOAFECTIVA
LA EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES DEL
IMPERIO DEL BIOLOGISMO A LA CONSAGRACIÓN DEL AFECTO

1.	Generalidades	00
1.1.	¿Quién puede <i>ser o no ser</i> el padre?	00
2.	El renacimiento de la posesión de estado	00
3.	Socioafectividad.	00
3.1.	Concepto y prueba de la paternidad socioafectiva	00
3.2.	La filiación socioafectiva en el derecho constitucional y en la jurisprudencia internacional	00
3.3.	La posibilidad de coexistencia de la parentalidad socioafectiva con el derecho al conocimiento de los orígenes genéticos.	00
4.	De la desbiologización a la axiologización de la paternidad	00
5.	Derecho a la filiación y el derecho conocimiento del origen genético: distinciones necesarias.	00
6.	El error de la desconstitución del vínculo filial para fines sucesorios o patrimoniales	00
7.	Conclusión.	00
-	BIBLIOGRAFÍA	00
-	LEY N° 28457 Ley que regula el proceso de filiaciónjudicial de paternidad extramatrimonial.. ..	00

CAPÍTULO PRIMERO

**DETERMINACION DE LOS
HIJOS EXTRAMATRIMONIALES**

1. INTRODUCCIÓN

La calidad filial de hijo extramatrimonial se establece cuando la concepción y su inmediata consecuencia biológica el nacimiento se producen fuera del matrimonio. Esta es la regla que permite determinar qué hijos son extramatrimoniales y cuáles no.



El gráfico nos indica que los referidos hechos biológicos jurídicos, concepción y nacimiento, generados fuera del matrimonio van a determinar la naturaleza de la filiación, es decir extramatrimonial. Sucediendo lo contrario si los mismos se producen, individual o conjuntamente y de acuerdo a los plazos de ley, dentro del matrimonio.

El supuesto planteado en este artículo guarda relación con lo preceptuado en el artículo 361 en el sentido que son hijos matrimoniales los nacidos durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución. De esta manera, si no existe un matrimonio que consolide los hechos jurídicos biológicos de la concepción y del nacimiento los hijos serán extramatrimoniales. Debe tenerse presente que el Código de 1984 avanzó en el contenido del artículo 348 del Código del 36 que establecía “Son hijos ilegítimos los nacidos fuera del matrimonio”. Dicha fórmula era inexacta y desfavorecía a la filiación matrimonial^[1].

^[1] CORNEJO CHAVEZ, Héctor: *Derecho familiar peruano*, 6ta. edición, Lima, Librería Studium, t.II, 1987, p.89.

Las diferencias entre el Código vigente y el derogado radica en lo siguiente:

- Se utiliza el término hijo extramatrimonial que implica que no existe matrimonio entre ambos progenitores (Terán Lomas), en base al principio de unidad ya no se califica las categorías de la filiación.
- Para tener la calidad de hijo extramatrimonial es necesario ser concebido y además nacer fuera del matrimonio. Es preciso que ambos hechos se realicen fuera del matrimonio.
- De manera tal que son hijos matrimoniales los:
 - Concebidos fuera del matrimonio pero nacidos dentro de él (el hijo prematuro).
 - Nacidos fuera del matrimonio pero concebidos dentro de él (el hijo postmatrimonial).

Las dos clases de filiación, la matrimonial y la extramatrimonial, tienen sus antecedentes y deben su origen al Derecho Romano. Y es que en Roma el advenimiento de la prole se consideró como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba porque, con la perpetuación de la prole, se procuraba la existencia de seres que rindiesen culto a sus antepasados^[2].

Una de las características esenciales del Derecho Familiar Romano era el dividir a los hijos en aquellos habidos dentro del matrimonio y los habidos fuera de él, criterio este que prevalece hasta nuestros días para efectos de la determinación más no para la jerarquía filial, la cual ha sido desplazada por el principio de igualdad (unidad de la filiación).

2. FILIACIÓN MATRIMONIAL

Denominada desde Roma filiación legítima, era la derivada por efectos del matrimonio otorgando a los hijos *ex iusto matrimonio* la

^[2] BUENO RINCON Enrique Fabio: *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*, 2da. edición, Santa Fe de Bogotá, Ed. Gustavo Ibañez, 1996, p.36.

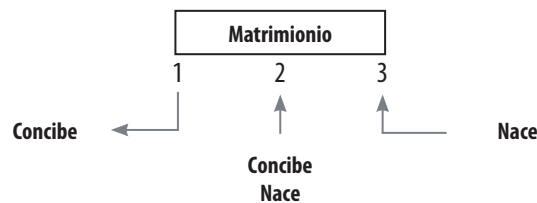
condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos. Esta filiación se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo su causa esencial. Sin embargo, el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación, hecho por el cual han surgido diversas teorías que tratan de determinar qué hijos son matrimoniales y cuáles extramatrimoniales.

2.1. Teoría de la concepción

Son hijos matrimoniales los engendrados por padres casados, sea que nazcan dentro del matrimonio o sean alumbrados después de disuelto o anulado el mismo. Es decir, los concebidos antes del matrimonio serán extramatrimoniales, aún cuando su nacimiento ocurra una vez realizado el casamiento.

Esta teoría establece una diferencia muy marcada entre los hijos de los mismos padres.

Esquema:



Determinación de la filiación matrimonial por el hecho de la concepción

- Resúmen.- El requisito esencial es la concepción dentro del matrimonio.
En el cuadro reseñado tenemos que:
- 1. Es extramatrimonial
 - 2 - 3. Son matrimoniales

2.2. Teoría del nacimiento

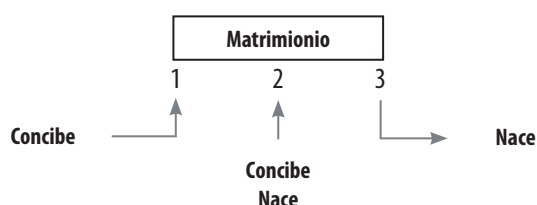
Serán hijos matrimoniales los nacidos en el momento en que los padres están casados no importando el momento en que hayan sido engendrados. Según ésta teoría los concebidos con anterioridad a la celebración de las nupcias serán matrimoniales si nacen cuando aquellas hayan sido ya contraídas, *contrario sensu* no lo serán los

nacidos después de la disolución del casamiento, a pesar que la procreación se produjo durante su vigencia.

Esta teoría hace depender de manera ventajosa la calidad de la filiación de tres hechos:

- La celebración del matrimonio
- El parto y,
- La disolución o anulación de aquél

Esquema:



*Determinación de la filiación
matrimonial por el hecho del nacimiento*

Resumen.-	El requisito básico es nacer dentro del matrimonio, de manera tal que en el caso:
1 - 2.	Son matrimoniales
3.	Es extramatrimonial

2.3. Teoría mixta

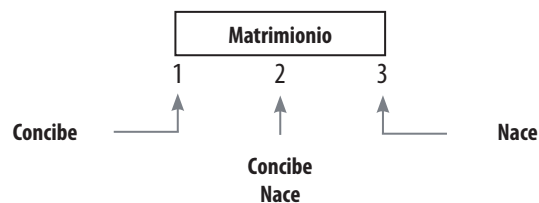
También denominada teoría del nacimiento-concepción se sustentando en los siguientes postulados:

- La vida humana se inicia con la concepción.
- El marido de la mujer se presume padre del hijo del ésta
- La no permisibilidad del matrimonio de la viuda en tanto no transcurran 300 días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz o que pruebe su estado de ingravidez, disposición que se amplía para la mujer divorciada.
- La facultad del marido de impugnar la paternidad del hijo de su mujer.
- Son hijos extramatrimoniales los concebidos y además nacidos fuera del matrimonio.

DETERMINACIÓN DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Es importante para atribuir una paternidad matrimonial tanto el hecho propio de la concepción como del nacimiento, siempre que se respeten los plazos legales determinados por la ley. Esta teoría es adoptada por el Código civil peruano (artículos 1, 243 inciso 3, 361 y 363 incisos 1 y 2, 386).

Esquema:



*Determinación de la filiación
matrimonial por el hecho de la concepción o nacimiento*

Resumen.- Nacer dentro del matrimonio, de manera tal que en el caso:
1, 2 y 3. Son matrimoniales

Por tanto, los presupuestos de filiación matrimonial son:

- Matrimonio de los progenitores.
- Maternidad acreditada.
- Identidad del hijo con el nacido de la esposa.
- Presunción legal de paternidad del marido.

En este sentido el cálculo de las probabilidades suple al cálculo exacto y, esto se haya sustentado en la teoría de la determinación de la etapa de la concepción, de la siguiente manera:

La maternidad: Indudable ante el hecho del parto y la identidad del hijo.

La paternidad: El marido de la madre es el padre de los hijos concebidos y nacidos de un matrimonio (*Pater est is quem justae nuptiae demonstrant*. DIGESTO, Ley 2, Título 4, Libro 5) siempre que el hijo nazca dentro de los términos indicados (*patre certo nasci*).

3. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido la filiación legítima de la ilegítima, determinando para aquella un trato privilegiado y degradando a ésta última. Sus antecedentes históricos los tenemos en el Derecho de la Roma Clásica donde se estimulaba la unión matrimonial dando fijeza, certidumbre y estabilidad a los derechos y obligaciones emergentes de la procreación y a las relaciones parentales derivadas de la unión matrimonial. La protección a las relaciones matrimoniales trajo como consecuencia la sanción de las uniones sexuales extramatrimoniales, de tal manera que constituían delito la unión sexual de dos personas libres (delito de estupro) o la unión de una persona libre con una que no lo fuese (delito de contubernio). En los casos antes mencionados el fruto de la concepción no era considerado ni siquiera como hijo natural: *enfamado es de fecho aquel que non nasce de casamiento derecho*^[3].

En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia. No existe el acto jurídico matrimonial que “garantice” --por así decirlo-- que la calidad de progenitor reside en el marido de la mujer. De allí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional (declaración judicial) son los únicos medios de establecerla.

4. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

La determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta a decir de Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida^[4].

4.1. Filiación matrimonial

Para los hijos matrimoniales la filiación se acredita conjuntamente respecto del padre y de la madre. Al demostrar la maternidad

[3] CORNEJO CHAVEZ, Héctor: *Derecho familiar peruano*, 6ta. edición, Lima, Librería Studium, t.II, 1987, p.90.

[4] LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 1982, p.606, No.327.

se manifiesta, propiamente y siempre, la paternidad del marido (principio de la indivisibilidad de la paternidad matrimonial), a pesar que luego pueda ser impugnada. Esta filiación sienta sus bases en la presunción *pater est* (artículo 361 del Código civil) y en la presunción reafirmatoria de paternidad (artículo 362: el hijo se presume del marido así la mujer niegue la paternidad de su cónyuge o esta sea condenada como adúltera) atribuyéndose legal o automáticamente el vínculo paternal (atribución de paternidad *ministerio legis* u *ope legis*).

El establecimiento de la paternidad matrimonial se sustenta en el denominado período de la concepción y gestación de manera tal que, legalmente, la gestación tiene una duración mínima de 180 días y máxima de 300, mientras que la concepción se produce dentro de los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento. Este es el postulado *omni meliore momento* por el cual la ley contempla una etapa de la fecundación y no el momento en que ésta se produce.

Esta presunción de paternidad si bien dispensa de probar el hecho biológico, no descansa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo^[5], tales como la fidelidad y la cohabitación (Mazeaud), que son los pilares de la unión monogámica o presunciones vitales (Josserand), de las que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción positiva de contacto (Puig Peña). En sentido concreto y práctico la presunción de paternidad descansa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, presentándose ésta última como su principal fundamento^[6].

[5] BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo: *Hijos legítimos*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p.246.

[6] Espín Cánovas indica que “la jurisprudencia ha limitado acertadamente el alcance de la intrascendencia del adulterio de la mujer para la determinación de la paternidad declarando que el art. 109 [362 en nuestro Código civil] sólo es aplicable cuando existe convivencia matrimonial, que es cuando rige la presunción del 108 [para nosotros artículo 361] (Sentencia 16 de abril de 1968)”.

4.2. Filiación extramatrimonial

Frecuentemente el hijo extramatrimonial goza de hecho de *status filii* pero no del *status familiae*, es decir tendrá un nombre pero que no le adjudica íntegramente sus relaciones familiares, salvo que esté reconocido voluntaria o judicialmente.

Cuando se trata de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, y a falta de emplazamiento, la filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna, sin que por establecer la una se induzca la existencia de la otra.

En sentido básico tenemos que los presupuestos de la filiación extramatrimonial son la maternidad y la paternidad de ambos hechos biológicos de los progenitores.

Actualmente, lo dispuesto por el numeral 386 ha quedado desfasado como consecuencia de las modernas técnicas de reproducción asistida, el congelamiento de material genético sexual y la crioconservación de embriones pues puede perfectamente concebirse un hijo dentro del matrimonio, crioconservarse y ser implantado luego de disuelto el vínculo, incluso luego de transcurrido en exceso el plazo de 300 días, de manera que estos denominados casos de implantación *post matrimonial* vienen alterando la calidad legal y el estado civil de los hijos.

La tendencia moderna en la doctrina es ya no diferenciar la filiación en matrimonial ni extramatrimonial. Máximo se hace una diferencia entre la filiación por sangre (la determinada por la procreación) y la filiación legal (establecida por un acto jurídico familiar). En esta corriente tenemos el Código civil de Québec que indica Artículo 522°.- Todos los menores cuya filiación esté establecida tienen los mismos derechos y obligaciones, sin importar las circunstancias de su nacimiento. Artículo 523°.- La filiación paterna y materna está dada por el nacimiento, sin importar las circunstancias de nacimiento del menor. También el Código civil de Brasil Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANTECEDENTES Y GENERALIDADES

1. ANTECEDENTES

Desde los orígenes del hombre, pasando por los estados fundamentales de la evolución humana (salvajismo, barbarie, civilización), primó un derecho materno. La descendencia de la mujer siempre fue identificable (clara, precisa), no así la del hombre^[1].

La ley buscó, sin mucho éxito, dar una respuesta a este tema mediante el establecimiento de reglas en materia de filiación. Se plantearon, a lo largo del tiempo, un sinnúmero de teorías llamadas a esclarecer los nexos parentales; pero la indefinición siguió latente en cuanto al padre, había que buscarle el sustento real, práctico y efectivo, situación nada fácil. La maternidad es un hecho; la paternidad una mera especulación. El compromiso natural de la mujer y la desaprensión personal del hombre fueron, y son, factores que fijan la relación parental. Así lo señala Lao Tse al decir: *“El padre y el hijo son dos. La madre y el hijo uno”*.

Cada cultura estableció su posición. Para los Bassari, tribu que vive apartada de la civilización en Fouta Jalon (entre Senegal y Guinea), el niño es exclusivamente “producido” por la madre; el varón solo deposita el esperma, no tiene ningún otro rol específico provocando un acontecimiento en el que, valgan verdades, no participa. Son los inicios de la *teoría ovista*.

^[1] ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, Perú Andino, Lima, 1988, pp. 17, 57, 70 y 104.

Hasta el siglo XVI, la generación de la vida estuvo llena de interrogantes, la incertidumbre y perplejidad reinaban, repercutiendo en la definición del parentesco, por obvias razones. A inicios del siglo XVI, Leonardo da Vinci trató en sus bocetos temas de anatomía femenina y masculina, y realizó una de las primeras representaciones gráficas del feto humano influenciando en el pensamiento científico renacentista. Luego, los *espermetistas* con su *homúnculo* –“pequeño hombrecito” dentro de cada esperma– sostuvieron que la única contribución de la hembra era proveer el ambiente para el desarrollo del espermatozoide. Es el hombre el que manda en la generación de la vida (tesis planteada antes por Platón, que atribuía la generación al macho; asimismo los griegos decían que hacer un hijo es como meter un pan dentro del horno).

En el siglo XVIII, las tesis de los *ovistas* y *espermistas* eran insostenibles; habían cumplido su función de ilustración, ocupándose solamente de los fines y etapas de la vida. Como vanguardia se presentó la teoría de la *pangénesis* (la cual planteaba que cada genitor colaboraba *en la descendencia*); que fue fortalecida por la teoría de la mezcla (*Blending theory*), en el siglo XIX, al considerar que la progenie era una mezcla (blend) de las características de los padres. Mendel, gracias a Dios, tuvo que dilucidar todo esto con el descubrimiento de la transmisibilidad de los caracteres de generación en generación y los inicios de la genética^[2].

Lo cultural y lo biológico, deben amalgamarse con lo jurídico, solo así se producirán cambios, aunque no sabemos si para bien. En Roma, la filiación biológica era vista de otro modo, como nos lo explicó Rabinovich^[3], no porque no se diera importancia al dato biológico, sino porque se creía que mediante los ritos de la adopción y la arrogación, se podía transmutar la sangre (aunque, siguiendo la teoría política de la familia republicana, en la línea de Bonafante, también puede plantearse que el factor biológico fuera realmente

[2] JACQUARD, Albert, *La leyenda de la vida*, La olla gigante, Lima, 1992, pp. 105-131.

[3] Comunicación por correo electrónico del 9 de julio de 2005. Reproducción autorizada por el autor. Para mayor referencia vide, RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Derecho romano*, Astrea, Buenos Aires, 2001.

irrelevante a este efecto). Otro tanto podría decirse del paradigma medieval, que se retroalimentaba del romano clásico.

Sin embargo, en la era posdarwiniana (y posmendeliana) lo biológico se vuelve supremo. El *nomen, tractus* y *fama* resultan incomprensibles, como restos del pasado. Su razón se debió a la falta de tecnología, cuando en realidad no las motivaba eso, sino la existencia de un paradigma predominantemente abiológico de la filiación. No existían, además, las herramientas y medios para su averiguación. Lo biológico quedaba en un segundo plano, siendo interpretado por un sistema presuncional en el que se reconoce al matrimonio y a la procreación como elementos claves (lo que la Iglesia llama amor unitivo). Así, la procreación legalmente está garantizada, mas no la fornicación.

2. GENERALIDADES

La procreación natural es un acto biológico tan humano que implica la participación conjunta (pro-crear). Son dos quienes engendran a uno. Ese “uno” necesita conocer a esos “dos”, o a uno de los dos. Mis orígenes, mis padres, mis raíces, nada como sentirse identificado con quienes nos dieron la vida.

Bosch ilustra esta posición y sostiene que: “La necesidad de conocer de manera precisa sus orígenes, estuvo siempre latente en el hombre, la búsqueda de quienes fueron sus ancestros era importante para consolidar el grupo. Hasta el siglo XIX la descendencia de los reyes no era un asunto que hacía a la intimidad. Se encontraba de por medio el trono, el destino del país”^[4]. Establecer los vínculos parentales deja de ser un tema personal, propio de cada quien, convirtiéndose en una situación de Estado^[5], en la que debía asegurarse la legitimidad del trono, la corona y el poder.

[4] BOSCH, Alejandro F., “La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas”, en *La Ley*, N° 39, Buenos Aires, 2003, p. 1.

[5] El mismo autor cita un interesante relato. En la biografía de María Antonieta, S. Zweig dice: “Como la capacidad de engendrar de un Borbón, en cuanto a la sucesión al trono, constituye un asunto de alta política, todas las cortes extranjeras se mezclan en el asunto del modo más insistente. En los informes de los embajadores de Prusia, Sajonia, Cerdeña se encuentran detalladas exposi-

La filiación es un tema recurrente. No faltará oportunidad para tratarlo ni para analizarlo. Es un problema cotidiano que va en aumento de una manera incontenible, más aún en estos tiempos donde la filiación es vista como una institución dirigida a la protección del hijo^[6], dejándose de lado su mero contenido de parentalidad.

La investigación de la paternidad tiene toda una evolución y aún no avizoramos su puerto final. Antiguamente, no solo fue vedada –desde el punto de vista social– sino que *de iure condendo* la legislación clásica, influenciada por la francesa, limitó y desterró el denominado reconocimiento forzado en aras del respeto al honor del varón y de la integridad de la familia matrimonial que éste conformaba^[7].

Es por todos conocida, la vergonzosa calificación de los hijos en legítimos e ilegítimos, en naturales y no naturales; y de la diversificación de estos últimos, hundía sus raíces en la limitación de los derechos de la descendencia no nacida bajo el manto matrimonial. Mientras más pecaminosa era la relación, la condición de los hijos se rebajaba, corriendo una suerte de *apartheid* legal, en palabras de nuestro historiador jurídico Ramos Núñez^[8].

Lo enredado de su probanza influenció sobremanera en el afianzamiento del sistema presuncional (vestigio romano imperecedero). Luego, la diferenciación va sensibilizándose y se liberalizan los procedimientos de investigación. Aunque algunos aún defienden el sistema dispar de la filiación, sobre todo los conservadores^[9], existe

ciones del delicado asunto, el más celoso de todos ellos, el embajador español, el Conde de Aranda, hasta llega a hacer examinar las sábanas del lecho real por criados sobornados, para seguir del modo más minucioso, la pista posible de todo suceso fisiológico[...]" (ZWEIG, citado por BOSCH, "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas", cit., p. 1).

[6] KRASNOW, Adriana Noemí, "La filiación y sus fuentes", en *La Ley*, Buenos Aires, T. 2005 A, Sec. Doctrina, p. 1459.

[7] MIRANDA PONTES DE MIRANDA, Francisco, *Tratado de Direito privado, Parte especial*, Bookseller, Campinas, 2000, T. IX, pp. 119 y 120.

[8] RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Historia del Derecho civil peruano*, PUCP, Lima, 2001, T. II, p. 288.

[9] Es el caso del criterio conservador del profesor chileno CORRAL TANCIANI, Hernán, *Derecho y derechos de familia*, Grijley, Lima, 2005, p. 206.

una fuerte y marcada tendencia a un tratamiento unívoco de la filiación que no distingue entre la matrimonial y la extramatrimonial^[10], como es el caso del sistema brasileiro (artículos 1591° y ss. del Código Civil) y el de Québec que expresamente señala que todos los menores con filiación establecida tienen los mismos derechos y obligaciones, sin importar las circunstancias de su nacimiento (artículo 522°), y que la filiación paterna y materna está dada por el nacimiento, sin importar las circunstancias de nacimiento del menor (artículo 523°).

A la fecha, el tema no es del todo claro por la indefinición de las normas. Mañana, tengámoslo por seguro, será la complejidad de las relaciones procreativas la que oriente una nueva formulación en los vínculos paterno filiales. La filiación es sinónimo de incertidumbre a pesar de que la genética nos brinda una solución para su esclarecimiento. Así, a diferencia de la filiación matrimonial en la que se atribuye la paternidad por el principio *pater est quem nuptia demonstrant* (elemento objetivo), en el caso de la filiación extramatrimonial no existe ningún elemento objetivo que permita atribuir la calidad de hijo, siendo necesario un acto de emplazamiento expreso al presunto padre, de forma tal que el vínculo biológico se traslade al plano jurídico^[11].

Tal como se presenta la relación filial, como institución esencial del Derecho de familia, su estudio tiene un corte crítico que busca la modernización de sus normas. Es difícil aceptarlo, pero la renovación del sistema no es fácil; implica remecer los cimientos de la familia tradicional, echar por la borda varios siglos de tradición jurídica, de doctrinas que en algún momento fueron vanguardistas –grandes obras de la mitología jurídica– y que hoy son historia.

Diversos factores impulsaron la reforma de la filiación en el Código Civil peruano. Lo normado en su oportunidad, más que obsoleto y mantenido por tanto tiempo vigente, representa una

[10] SESTA, Michele, “Derecho de familia italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?”, en *Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 56.

[11] AZPIRI, Jorge, *Derecho de familia*, 1ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 408.

muestra de lo poco efectivo y anacrónico de muchas instituciones privadas^[12].

Años de trabajo en la formulación de un sinnúmero de proyectos de ley en materia filial, la velada esperanza de que la jurisprudencia en familia tome un nuevo rumbo en pro de la filiación, los procesos de paternidad incrementándose día a día, sin encontrar solución, generaron como consecuencia lógica y necesaria que el 8 de enero de 2005 se dictara la Ley N° 28457, que aprueba un proceso especial para investigar la paternidad extramatrimonial. La nueva normativa va de la mano con la urgente actualización que requieren nuestras leyes en materia de procreática y genómica, descubrimientos que conducen a la necesidad de generar principios y preceptos jurídicos claros a las nuevas problemáticas^[13].

La filiación ameritaba ser analizada y regulada con un criterio real, con una tendencia vanguardista propia del pensamiento posmoderno^[14]. Debía validarse la realidad frente a la formalidad; claro, sin aplastar la esencia de su contenido. Lo que no podía seguir sucediendo es dar la espalda al tecnicismo, el cual es una herramienta maestra en los actuales problemas de orden filial, sobre todo los extramatrimoniales que entrañan “uno de los problemas más ardorosos en los más variados planos del pensamiento humano que impone la biología en la naturaleza humana”^[15].

[12] Refiere De Trazegnies: “[...] este Código [de 1984] que tenía a su cargo la regulación del tejido de las relaciones fundamentales entre los hombres, que constituía la trama de la vida social, tiende actualmente a quedar arrinconado y a tratar aspectos muy puntuales y casi domésticos” es más, como concluye, recientemente ha comenzado a perder vigencia incluso en estos aspectos. Vide DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El caso contra el Derecho civil: críticas, estrategias, perspectivas”, en *Homenaje a Max Arias Schreiber*, Academia Peruana de Derecho-Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 111.

[13] Al respecto Cfr. BETERO, Sergio Manuel, “El descubrimiento del genoma humano. Su impacto en el Derecho”, en *La Ley. Actualidad*, N° 131, Buenos Aires, 2005, p. 3.

[14] Mayor detalle y explicación de la estructura del posmodernismo jurídico y el impacto de la modernidad en las relaciones humanas y sociales vide GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes, *O pós-modernismo jurídico*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2005.

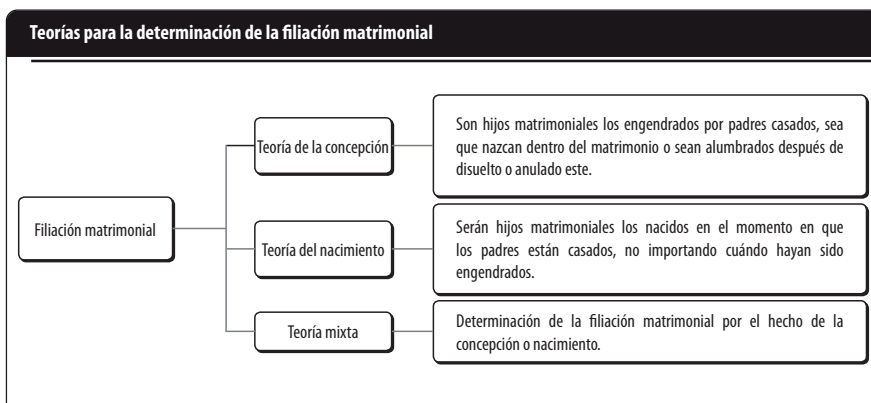
[15] Vide prólogo de Enrique Díaz de Guijarro a la obra de Roberto A. M. Terán Lomas, *Los hijos extramatrimoniales*, Tipografía Editora Argentina, Buenos

3. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

La determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta^[16].

Las dos clases de filiación: la matrimonial y la extramatrimonial, tienen sus antecedentes y deben su origen al Derecho romano. En Roma, el advenimiento de la prole se consideró como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba porque, con la perpetuación de la progenie, se procuraba la existencia de seres que rindiesen culto a sus antepasados^[17].

Una de las características esenciales del Derecho familiar romano era dividir a los hijos en aquellos habidos dentro del matrimonio y los habidos fuera de él, criterio que prevalece hasta nuestros días a efectos de la determinación filial, mas no para su jerarquía, la cual ha sido desplazada por el principio de igualdad (unidad de la filiación).



Aires, 1954, pp. XI y XII; MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México D. F., 1988, T. III, p. 459.

[16] LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 606.

[17] BUENO RINCÓN, Enrique Fabio, *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*, 2ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 1996, p. 36.

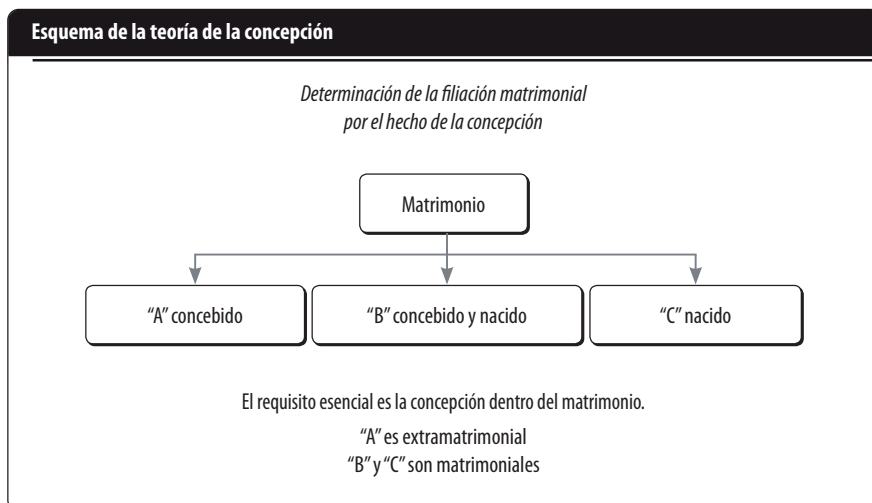
3.1. Filiación matrimonial

Denominada desde Roma como filiación legítima, era la derivada a efectos del matrimonio otorgando a los hijos, *ex iusto matrimonio*, la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos. Esta filiación se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo su causa esencial. Sin embargo, el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación, hecho por el cual han surgido diversas teorías que tratan de determinar qué hijos son matrimoniales y cuáles extramatrimoniales.

3.2.1. Teoría de la concepción

Son hijos matrimoniales los engendrados por padres casados, sea que nazcan dentro del matrimonio o sean alumbrados después de disuelto o anulado este. Así, los concebidos antes del matrimonio serán extramatrimoniales, aun cuando su nacimiento ocurra una vez realizado el casamiento.

Esta teoría establece una diferencia muy marcada entre los hijos de los mismos padres.



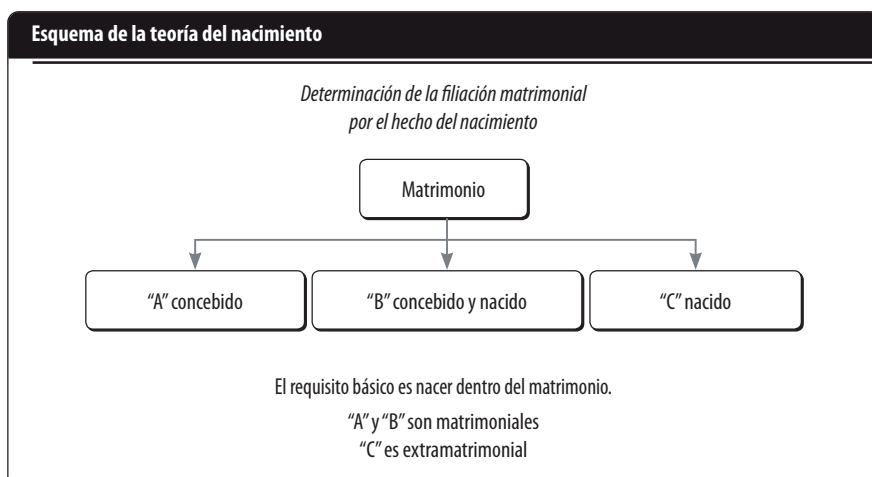
3.1.2. Teoría del nacimiento

Serán hijos matrimoniales los nacidos en el momento en que los padres están casados, no importando cuándo hayan sido engendrados. Según esta teoría, los concebidos con anterioridad a la

celebración de las nupcias serán matrimoniales si nacen cuando estas ya han sido contraídas; a *contrario sensu*, no lo serán los nacidos después de la disolución del casamiento, a pesar de que la procreación se haya producido durante su vigencia.

Esta teoría hace depender de manera ventajosa la calidad de la filiación de tres hechos:

- La celebración del matrimonio.
- El parto.
- La disolución o anulación de aquél.



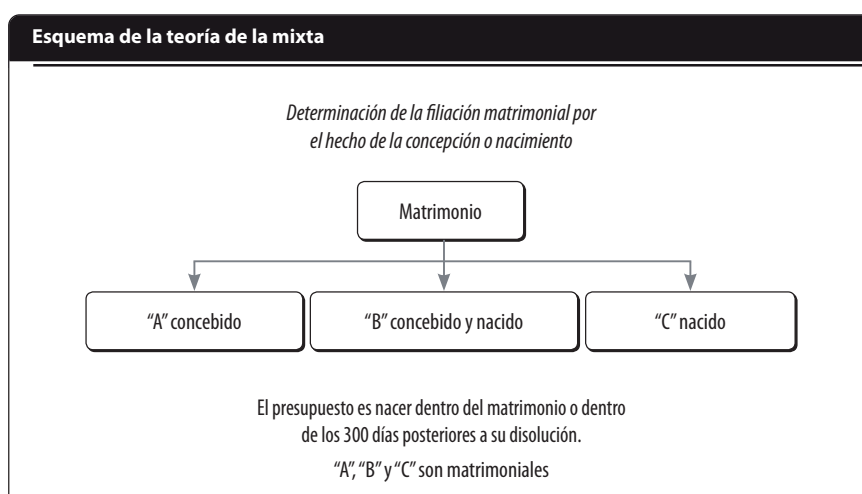
3.1.3. Teoría mixta

También denominada teoría del nacimiento-concepción, sustentada en los siguientes postulados:

- La vida humana se inicia con la concepción.
- El marido de la mujer se presume padre del hijo de ésta.
- La no permisibilidad del matrimonio de la viuda, en tanto no transcurran 300 días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz o que pruebe su estado de ingravidez, disposición que se amplía para la mujer divorciada.
- La facultad del marido de impugnar la paternidad del hijo de su mujer.

- Son hijos extramatrimoniales los concebidos y además nacidos fuera del matrimonio.

Es importante para atribuir una paternidad matrimonial tanto el hecho propio de la concepción como del nacimiento, siempre que se respeten los plazos legales determinados por la ley. Esta teoría es adoptada por el Código Civil peruano (artículos 1°, 243°, inciso 3, 361° y 363° incisos 1 y 2, y 386°).



Por lo tanto, los presupuestos de filiación matrimonial son:

- Matrimonio de los progenitores.
- Maternidad acreditada.
- Identidad del hijo con el nacido de la esposa.
- Presunción legal de paternidad del marido.

En este sentido, el cálculo de las probabilidades suple al cálculo exacto y esto se haya sustentado en la teoría de la determinación de la etapa de la concepción, de la siguiente manera:

La maternidad: indudable ante el hecho del parto y la identidad del hijo.

La paternidad: el marido de la madre es el padre de los hijos concebidos y nacidos de un matrimonio (*pater est is quem*

justae nuptia demonstrant. Digesto, Ley 2, Título 4, Libro 5) siempre que el hijo nazca dentro de los términos indicados (*pater certo nasci*).

Para los hijos matrimoniales, la filiación se acredita conjuntamente respecto al padre y a la madre. Al demostrar la maternidad, se manifiesta, propiamente y siempre, la paternidad del marido (principio de la indivisibilidad de la paternidad matrimonial), a pesar de que luego pueda ser impugnada. Esta filiación sienta sus bases en la presunción *pater est* (artículo 361º del Código Civil) y en la presunción reafirmatoria de paternidad (artículo 362º: el hijo se presume del marido, así la mujer niegue la paternidad de su cónyuge o sea condenada como adúltera) atribuyéndose legal o automáticamente el vínculo paternal (atribución de paternidad *ministerio legis* u *ope legis*).

El establecimiento de la paternidad matrimonial se sustenta en el denominado periodo de la concepción y gestación de manera tal que, legalmente, la gestación tiene una duración mínima de 180 días y máxima de 300, mientras que la concepción se produce dentro de los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento. Este es el postulado *omni meliore momento*, por el cual la ley contempla una etapa de la fecundación y no el momento en que ésta se produce.

Esta presunción de paternidad si bien dispensa de probar el hecho biológico, no descansa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo^[18], tales como la fidelidad y la cohabitación (Mazeaud), las cuales son los pilares de la unión monogámica o presunciones vitales (Josserand), de las que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción positiva de contacto (Puig Peña). En sentido concreto y práctico, la presunción de paternidad descansa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, presentándose ésta última como su principal fundamento.

[18] BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, *Hijos legítimos*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 246.

3.2. Filiación extramatrimonial

Como mencionamos, tradicionalmente la doctrina ha distinguido la filiación legítima de la ilegítima, determinando para aquella un trato privilegiado y degradando a ésta última. Sus antecedentes históricos los tenemos en el Derecho de la Roma clásica, donde se estimulaba la unión matrimonial dando fijeza, certidumbre y estabilidad a los derechos y obligaciones emergentes de la procreación y a las relaciones parentales derivadas de esta unión. La protección a las relaciones matrimoniales trajo como consecuencia la sanción de las uniones sexuales extramatrimoniales, de tal manera que constituían delitos la unión sexual de dos personas libres (delito de estupro) o la unión de una persona libre con una que no lo fuese (delito de contubernio). En los casos antes mencionados, el fruto de la concepción no era considerado ni siquiera como hijo natural: *enfamado es de fecho aquel que non nasce de casamiento derecho*^[19].

En la filiación extramatrimonial, el padre carece de un estado legal vinculante con respecto de su descendencia. No existe el acto jurídico matrimonial que garantice que la calidad de progenitor reside en el marido de la mujer. De allí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional (declaración judicial) son los únicos medios para establecerla.

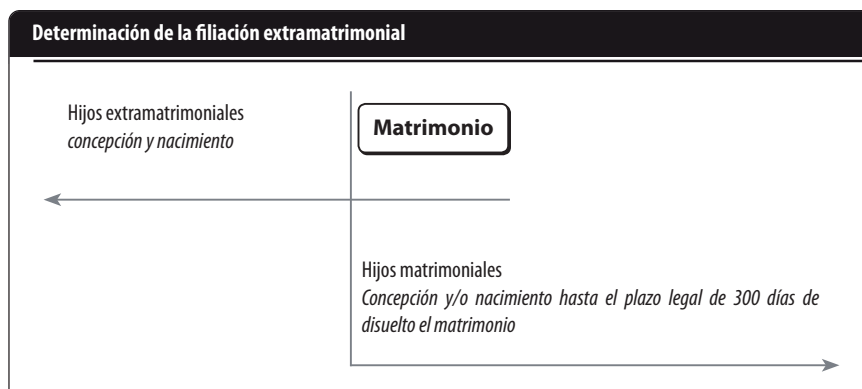
Frecuentemente, el hijo extramatrimonial goza de hecho del *status filii*, pero no del *status familiae*, es decir, tendrá un nombre que no le adjudica íntegramente sus relaciones familiares, salvo que esté reconocido voluntaria o judicialmente.

Cuando se trata de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, y a falta de emplazamiento, la filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna, sin que por establecer la primera se induzca la existencia de la segunda.

En sentido básico, tenemos que los presupuestos de la filiación extramatrimonial son la maternidad y la paternidad como hechos biológicos llevados a cabo por los progenitores. La calidad filial

[19] CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho familiar peruano*, 6ª ed., Studium, Lima, 1987, T. II, p. 90.

de hijo extramatrimonial se establece cuando la concepción y su inmediata consecuencia biológica, el nacimiento, se producen fuera del matrimonio. Esta es la regla que permite determinar qué hijos son extramatrimoniales y cuáles no.



El gráfico nos indica que los referidos hechos biológicos-jurídicos: concepción y nacimiento, generados fuera del matrimonio van a determinar la naturaleza de la filiación, es decir, extramatrimonial. En caso contrario, si los mismos se producen, individual o conjuntamente y de acuerdo con los plazos de ley dentro del matrimonio, serán matrimoniales.

El supuesto planteado en el artículo 386° del Código Civil: “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”, guarda relación con lo preceptuado en el artículo 361° en el sentido que son hijos matrimoniales los nacidos durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución. De esta manera, si no existe un matrimonio que consolide los hechos jurídicos biológicos de la concepción y del nacimiento, los hijos serán extramatrimoniales.

El artículo 386° ha quedado desfasado como consecuencia de las modernas técnicas de reproducción asistida, el congelamiento de material genético sexual y la crioconservación de embriones, pues puede perfectamente concebirse un hijo dentro del matrimonio, crioconservarse y ser implantado luego de disuelto el vínculo, incluso luego de transcurrido en exceso el plazo de 300 días, de manera que estos denominados casos de implantación *posmatrimonial* vienen alterando la calidad legal y el estado civil de los hijos. Debe tenerse presente que

el código de 1984 avanzó en el contenido del artículo 348° del Código de 1936, el cual establecía que: “Son hijos ilegítimos los nacidos fuera del matrimonio”. Dicha fórmula era inexacta o, por lo menos, equívoca; pues puede haber hijos legítimos nacidos fuera del matrimonio, como es el póstumo^[20], lo que desfavorecía a la filiación matrimonial.

4. UNIDAD DE LA FILIACIÓN

La tendencia moderna es no diferenciar la filiación en matrimonial ni extramatrimonial. A lo sumo se hace una diferencia entre la filiación por sangre (la determinada por la procreación) y la filiación legal (establecida por un acto jurídico familiar). El matrimonio es un acto jurídico celebrado entre los contrayentes a través del cual se convierten en cónyuges (el uno para el otro). Los compromisos que generan se dan entre sus partes, marido y mujer y, por ello, el matrimonio no puede presentarse como un medio para seguir determinando el origen de la descendencia. Esta es una, independientemente del momento en la que fue procreada. Haya o no casamiento, en la filiación debe primar el principio de unidad, no solo entendiendo que todos los hijos son iguales, sino consagrando una verdadera equidad en la determinación de sus orígenes.

Esta corriente la tenemos en el Código Civil de Québec, el cual indica en su artículo 522° que: “Todos los menores cuya filiación esté establecida tienen los mismos derechos y obligaciones, sin importar las circunstancias de su nacimiento”, así como también en su artículo 523°: “La filiación paterna y materna está dada por el nacimiento, sin importar las circunstancias de nacimiento del menor”. También el Código Civil de Brasil, que en su artículo 1596° señala que: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Más que determinar la forma como surge la filiación y el medio en la cual se produce, lo importante es otorgarle su verdadera esencia garantizándole que, como relación jurídica familiar, goza de un reconocimiento real, digno de la persona y al alcance de todos.

[20] *Ibidem*, p. 89.

CAPÍTULO TERCERO

DEL PROCESO DE FILIACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La declaración judicial de la filiación opera a falta de reconocimiento voluntario, sea por desconfianza en la certeza del vínculo, desconocimiento del procedimiento, existencia de errores que impiden el reconocimiento, actitud machista ante el nacimiento de una niña cuando se quiso un varón, mala fe, confusión, costos, descuido, etcétera^[1].

El perjudicado con la ingratitud paterna goza de la facultad de pedir que se practique la investigación y que se declare, en su momento, la relación jurídico-familiar, pudiendo incluso, con legítimo derecho, exigir la reparación civil por el daño causado al no haber cumplido el padre con la obligación moral de reconocerlo en su momento^[2].

[1] RÁDDA BARNEN, *Filiación. Programa Demuna. Manual para promover reconocimientos voluntarios*, Gráfica, Lima, 1997, p. 7.

[2] Al respecto, en el Derecho comparado tenemos fallos judiciales: i) “Configura un daño moral indemnizable el no reconocimiento del menor por el padre que lo ha engendrado, ya que se le priva de una pertenencia que es reclamada agudamente por el niño y que es condición de un crecimiento y desarrollo sin sobresaltos de su personalidad psicológica” (Cámara 1ª Civil y Comercial de San Nicolás, 22-12-94, en *Revista de Derecho privado y comunitario*, N° 11, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 339); ii) “La mera circunstancia de no realizar el reconocimiento espontáneo de filiación extramatrimonial constituye una ilicitud que ha generado en el menor un daño futuro y que debe resarcirse con independencia de su edad” (Cámara 1ª Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, 28-4-94, en *Revista de Derecho privado y comunitario*, N° 7, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 387) e incluso cabría citar iii) “el desconocimiento del padre y la

Ser padre, a decir de Lloveras^[3], es más que un derecho a generar descendencia, es un deber cuyo cumplimiento comienza con el reconocimiento legal del niño. Parafraseando a Descartes, podemos decir: “procreo, luego reconozco”, como consecuencia natural del acto de procreación.

La determinación de la 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^[4], lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público.

Los procesos de filiación han merecido criterios variados en cuanto a su trámite y contenido, sea consagrando legislativamente las pruebas genéticas o, en su caso, dejando al arbitrio del juez los resultados. Como era de esperarse, la pericia de paternidad ganó terreno: sus resultados marcaron una pauta precisa, indispensable, siendo la valoración del juez referencial al momento de emitir sentencia.

La moderna doctrina especializada considera que “el juicio de filiación hoy en día es netamente pericial”^[5], en virtud de que los lazos biológicos familiares que lo sustentan son irrefutables. En esta vertiente, Victoria Famá^[6] analiza que el principio de amplitud probatoria arraigado en los procesos de filiación se rezaga, dado que

negativa a someterse a pruebas biológicas generan un agravio moral, futuro y cierto en el niño, ya que la historiografía de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente, por lo que se constituye en un daño indemnizable” (Cámara Nacional Civil y Comercial de Junín, 22-9-95, en *Revista de Derecho privado y comunitario*, N° 12, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 418).

[3] LLOVERAS, Nora y ORLANDINI, Olga, “El derecho del niño a la identidad filiatoria y su reafirmación por la Corte Suprema del Perú”, en *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2007, p. 40.

[4] VERDERA SERVER, Rafael, *Determinación y acreditación de la filiación*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 16.

[5] MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, T. III, p. 124.

[6] FAMÁ, María Victoria, “Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial”, en *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2007, p. 54.

en la práctica la prueba por excelencia es la biológica, tanto así que algunos autores la definen como la *probatio probatissima*^[7].

Los procesos de filiación ameritan un estudio serio y pormenorizado en el que no puede faltar lo que se conoce comúnmente como el *test* biológico de rigor, en términos técnicos, la prueba científica.

Como señalamos anteriormente, el sector tradicional aclara que “este no es un juicio de peritos, sino una acción que el juez resolverá según las reglas de la sana crítica, valiéndose de esos peritajes como auxiliares de su labor. De lo contrario, sería más fácil, más rápido y económico dejar que los peritos dicten sentencias de filiación”^[8]. Dos criterios marcados, el primero no con la contundencia del caso pero sí en el fondo, asumido por la ley peruana en materia de paternidad extramatrimonial.

Siguiendo esta posición, la norma nos ofrece, justamente, un proceso sustentado en resultados –más que periciales– obtenidos por una prueba científica^[9] cuya fuerza, contundencia y exactitud generan una convicción plena en el juzgador. La jurisprudencia comparada reconoce, citamos una colombiana, que “cuando el dictamen pericial aparece fundado en principios científicos y técnicos inobjetables 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”^[10]. Siguiendo este

[7] Midón, citado por FAMÁ, “Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial”, cit., p. 54.

[8] DI LELLA, Pedro, *Paternidad y pruebas biológicas*, Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 46 y ss. Este argumento fue seguido por CASTRO, Verónica Adriana y DIANA, María José, “La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación”, en *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Rosario, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, T. II, pp. 82 y 83.

[9] “[Es] una pericia calificada por la idoneidad del experto que la practica y se caracteriza también por el uso de avances notorios y recientes en los campos de la ciencia y la tecnología [...] ejemplos de prueba científica son el test de ADN” (PEYRANO, Jorge W., “Sobre la prueba científica”, en *La Ley*, Año LXXI, Nº 85, Buenos Aires, jueves 3 de mayo de 2007, p. 1).

[10] BUENO RINCÓN, Fabio Enrique, *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*, 2ª ed., Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 204.

razonamiento, el proceso propuesto es ágil, moderno, sui géneris, creado para dar solución al problema social de la paternidad extramatrimonial, dejando para otros casos los juicios comunes, ventilados en procesos de conocimiento. Las características que presenta este proceso marcan la pauta de especialidad de cómo se enfrentará el problema social de la paternidad no reconocida, curiosamente se considera que se trata de un proceso de reconocimiento forzoso^[11] o reconocimiento provocado^[12] de la paternidad extramatrimonial. Lo que antes dependía de la voluntad del padre hoy se impone a fuerza de las evidencias biológicas.

Este proceso es un producto peruano. Es una creación del sistema, con algunas referencias en el Derecho comparado, en específico del proceso monitorio, que si bien trata de aspectos patrimoniales, la fuerza del compromiso entre las partes conlleva a que sea resuelto judicialmente (detalles más adelante). Se llega a crear *aliquid novum*, algo verdaderamente nuevo y original en materia procesal en defensa de uno de los derechos sustantivos más humanos que existen: la identidad.

Es un proceso especial *ex code*, no tratado en el Código Procesal Civil^[13]. Ninguno de los procesos del código cumplía con satisfacer adecuadamente la pretensión de paternidad y la fuerza probatoria del ADN. Este vacío legal fue subsanado mediante la promulgación de la ley analizada. Es decir, el legislador optó, preferentemente, por dictar una ley en vez de modificar el Código Procesal Civil,

[11] LLOVERAS, Nora, *La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú*, Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 305 y VELARDE BOLAÑOS, Rosa, “La verdad os hará libres. A propósito de *inaplicabilidad* de la Ley N° 28457”, en *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2007, p. 29.

[12] LLOVERAS, *La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú*, cit., p. 327.

[13] El Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el 21 de junio de 2005, acordó por unanimidad: “PRIMERO.- En tanto la Ley N° 28457 crea una forma especial de solicitar la filiación de paternidad extramatrimonial, debe cumplirse con la misma y en efecto tramitarse la filiación extramatrimonial, en este proceso especial, dado que el proceso que se ha diseñado por la Ley N° 28457 que modifica el artículo 402° del CC, es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Procesal Civil (...)” (las cursivas son nuestras).

produciéndose el denominado fenómeno de la descodificación. Esta situación no es mala política legislativa, por el contrario, se trata de leyes concebidas al margen del Código Procesal Civil y del Código Civil que cuentan con la misma sistemática, buscando complementar eficazmente sus deficiencias y vacíos.

El fundamento de este proceso de paternidad justifica su diseño procedimental especial, economizando al máximo la labor de las partes, dejando a la ciencia sustentar las pretensiones. Su fin es claro: declarar la paternidad, salvo prueba biológica en contrario^[14].

2. CARACTERÍSTICAS

El proceso, como queda expresado, es especial, sui géneris. Su singularidad está representada por un conjunto de características que lo connotan, otorgándole un nivel que lo diferencia de los demás procesos. Entre las características del nuevo proceso de paternidad extramatrimonial tenemos:

2.1. Juez competente

Es competente para conocer los procesos de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial el juez de paz letrado.

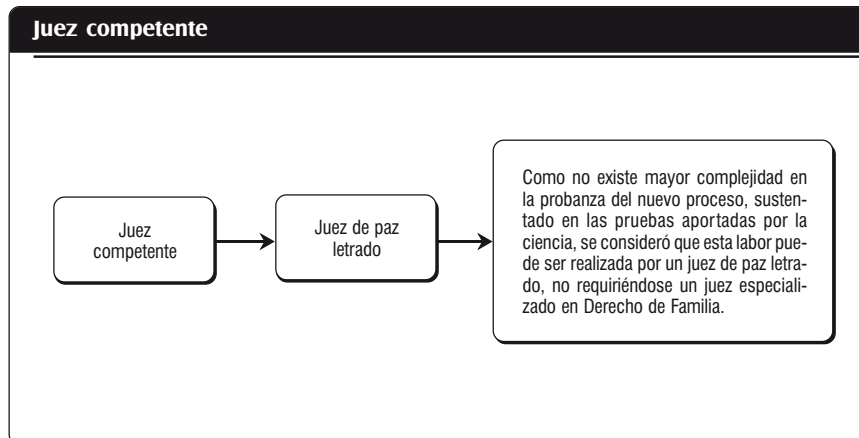
La propuesta se sustentó en que al no existir mayor complejidad en la probanza en el nuevo proceso, sino únicamente fallar sobre la base del resultado genético, la actividad del juez es mínima por lo que se consideró que esta labor podía ser realizada por el juez de paz letrado.

Un proceso de mero trámite no requiere ser visto por un juez especializado. Además, la competencia de paz es más accesible a los justiciables, tanto por razones geográficas como sociales e ideológicas. La filiación es un tema tan de la vida que este juez es el más idóneo para conocerlo. A través de este proceso y de su canalización en esta competencia se busca una cultura de paz en la medida que se

[14] LLOVERAS, *La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú*, cit., p. 327.

trata de prevenir conflictos personales y sociales, todos en general, desde sus orígenes^[15]. Finalmente, se logra descargar la labor de los jueces especializados en familia.

Como siempre, con su agudo y sustancioso análisis, la procesalista Ariano Deho precisa que “es muy probable que se le haya atribuido la competencia al juez de paz letrado por el noble argumento de ‘facilitar el acceso’ y el no tan noble de ‘evitar la casación’, es decir, para que el asunto muera en línea de tendencia ante el propio juez de paz letrado o, a lo más, ante el juez de familia (artículo 5º), sin perturbar ni un poco con estas cuestiones ni a las salas de la Corte Superior ni, por cierto, a las salas de la Corte Suprema. Ergo, por implícito, el legislador descarta que este tema pueda dar lugar a problemas de ‘nomofilaquia’ que precise de la intervención de la Corte Suprema. Lo que es todo decir”^[16]. La verdad, tiene razón, y en este caso bastan las palabras de la citada. La filiación como tal y con las pruebas aportadas por la ciencia pueden ser tratadas perfectamente por el juez de paz, además requieren de un proceso ágil y rápido.



[15] Vide el capítulo I de GUERRA CERRÓN, María Elena, *Hacia una justicia de paz. Un asunto de interés nacional*, Grijley, Lima, 2005, pp. 1-12.

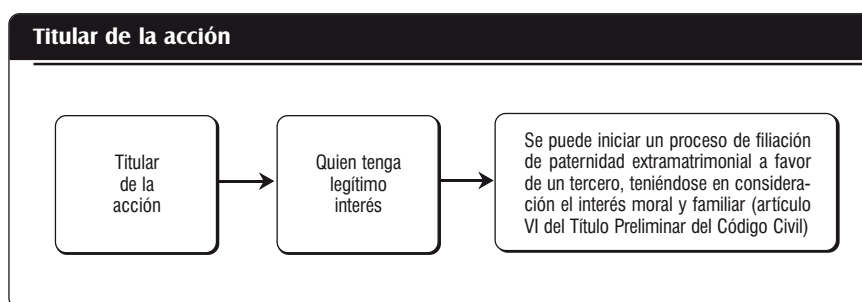
[16] ARIANO DEHO, Eugenia, “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”, en *Actualidad Jurídica* [suplemento mensual de Gaceta Jurídica], N° 134, Lima, 2005, p. 65.

2.2. Titular de la acción

La regla general que contempla el Código Civil es que las acciones de paternidad son personales. El artículo 407° establece que la acción judicial de paternidad extramatrimonial corresponde “solo” al hijo. Es este quien tiene la legitimidad para obrar^[17] pudiendo la madre actuar en su representación si el hijo fuera menor de edad. La nueva ley permite a “quien tenga legítimo interés” poder accionar el reconocimiento de paternidad a favor de un tercero.

Este es un cambio importante en el que se toma en cuenta el interés moral o familiar (artículo VI del Título Preliminar del Código Civil) para iniciar la acción. Puede aludirse que esto implica una intromisión en la intimidad de la persona al decidir en su nombre, y por ella, investigar su esencia filial pero, tratándose de una acción iniciada en defensa de los intereses del menor puede ser justificable, amparable en el sentido de que sus efectos repercutirán tanto en el aspecto personal y colectivo.

Por su parte, Nora Lloveras^[18] alega que esta excesiva amplitud en la legitimación activa puede incidir en la intimidad del padre, de la madre o del núcleo familiar, pero el objetivo de la ley es resguardar el interés superior del niño, que debe prevalecer sobre cualquier otro interés.



[17] Cfr. LASTARRIA RAMOS, Edgard, “Titulares de la acción”, en *Código civil comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, T. III, p. 48.

[18] LLOVERAS, *La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú*, cit., p. 334.

2.3. De los lineamientos del proceso

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

- **Modernidad.** Como hemos indicado, se trata de un proceso actualizado de acuerdo con la efectividad de los avances biocientíficos. Su justificación radica en el hecho de que tomando en cuenta el grado de certeza del ADN^[19] debiera existir un proceso que utilice y reconozca dicho resultado de manera directa y primaria (no en segundo plano), creando un trámite judicial especial, de por sí innovador.
- **Proceso sui géneris.** Algunos refieren que se trata de un proceso *especialísimo*^[20], otros de un proceso *monitorio*^[21] en

[19] El carácter científico, el grado de efectividad y certeza de la prueba de ADN es reconocida en la jurisprudencia local desde hace un buen tiempo: Expedientes N°s 316-88-Lima, 3114-96-Lima, 542-97-Lima, solo por citar tres casos, pero adviértase que no necesariamente son los más remotos.

[20] Vide SUÁREZ VARGAS, Luis, “El ‘especialísimo’ proceso de filiación”, en *Jurídica*, [suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*], Año 2, N° 33, martes 15 de febrero de 2005, p. 3.

[21] Martel Chang explica: “Para tramitar la pretensión de filiación por paternidad extramatrimonial se ha dejado el proceso ordinario (de conocimiento) y se ha adoptado el proceso monitorio puro, donde el dicho de la parte demandante es suficiente para obtener decisión favorable, salvo que el resultado de la prueba de ADN le resulte adverso” (MARTEL CHANG, Rolando, “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro”, en *Actualidad Jurídica*, N° 138, Lima, 2005, p. 70). En igual norte, Ariano Deho manifiesta que “el legislador, en aras de la “agilidad” procesal, ha optado por consagrar un sui géneris procedimiento con estructura monitoria, vale decir, un procedimiento cuya primera fase tiene la estructura invertida respecto a un normal proceso declarativo, en cuanto la promoción del contradictorio es dejada a la iniciativa del ‘emplazamiento’, el que, si quiere, podrá promoverlo justamente oponiéndose. Resulta (por decir lo menos) insólito que se haya establecido un procedimiento monitorio en relación a situaciones jurídicas indisponibles como son los estatus” (ARIANO DEHO, “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”, cit., p. 66). “Esta pretensión no puede generar un proceso monitorio pues la sola afirmación de una parte no puede ni debe constituir un título de ejecución aun cuando la ley le otorgue tal cualidad, pues aquello infringe el principio constitucional del contradictorio” (FURUKEN ZEGARRA, Carlos, “El (actual) proceso

el entendido que funciona, más que a manera de advertencia, de exigencia en la declaración de paternidad. La realidad es que este proceso cambia todas las reglas de investigación filial, presentando un modelo ejecutivo^[22] de averiguación del estado (decimos *ejecutivo* en un sentido netamente académico dado que no podemos equivalerlo^[23]).

- **Proceso basado en la efectividad del ADN.** Las pruebas científicas se edifican en las *ciencias duras* (la química, la biología y la genética lo han demostrado).

Con este sustento, el proceso de paternidad 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 padre ni gloria, vieron disminuidos sus derechos de entroncamiento familiar.

Esta tendencia es adoptada en la jurisprudencia comparada que plantea el carácter imprescindible de la prueba gené-

de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y el derecho a un debido proceso”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 108, Lima, 2007, p. 96).

Para mayor detalle del proceso monitorio, el español Hinojosa Segovia reseña que “El proceso monitorio se configura como un proceso especial particularmente rápido que tiene por objeto la creación de un título de ejecución” (HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1-3, Madrid, 2001, p. 301). En términos prácticos, este proceso se inicia con un sencillo escrito acompañado de un documento que contiene una deuda pero que carece de mérito ejecutivo. Su existencia es muy antigua (Italia, siglo XIV) y constituye un medio procesal eficaz para proteger el crédito y agilizar el tráfico mercantil.

[22] Con criterio similar, Rodríguez Domínguez dice: “Estando al texto de la norma, a este proceso, que por su naturaleza es de conocimiento, se le está dando el trámite de proceso ejecutivo”, (Cfr. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito, *Manual de Derecho procesal civil*, 6ª ed., Grijley, Lima, 2004, p. 402).

[23] “CUARTO.- Este proceso *no se equipara a un proceso ejecutivo*, ni a ningún proceso de los previstos en el Código Procesal Civil, por su naturaleza especial” (Acuerdo por unanimidad del *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua*, 21 de junio de 2005, las cursivas son nuestras).

tica en los procesos de filiación. Conforme lo sostiene el criterio judicial brasileño, “debe tomarse en cuenta que la identificación genética por ADN es un valiosísimo recurso para una administración de justicia rápida y justa, que posibilita una considerable economía de tiempo y dinero” (Ac. 1ª Câmara Cível. TJSC - Ap. Cív. N.º 36.643 - Anchieta - Relator Desembargador Napoleão Amarante - Pub. DJSC de 27.09.1991 - p. 12)^[24].

- **Acceso a la justicia.** Este proceso estimula la canalización de acciones de filiación tomando en cuenta la realidad existente sustentada en trámites judiciales farragosos que desalientan a los litigantes y sus pretensiones de tanta trascendencia. El acceso a la justicia es un derecho fundamental de todo ciudadano y un deber del Estado. Es el componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, con el que lograremos sociedades más justas y democráticas. Como se indica en su noción, “el acceso a la justicia requiere necesariamente mirar más allá de los tribunales”^[25], no basta que la ley sea efectiva: es necesario contar con un proceso eficiente que cumpla los objetivos de las normas, lo que logra al menos facilitar bastante esta nueva ley.

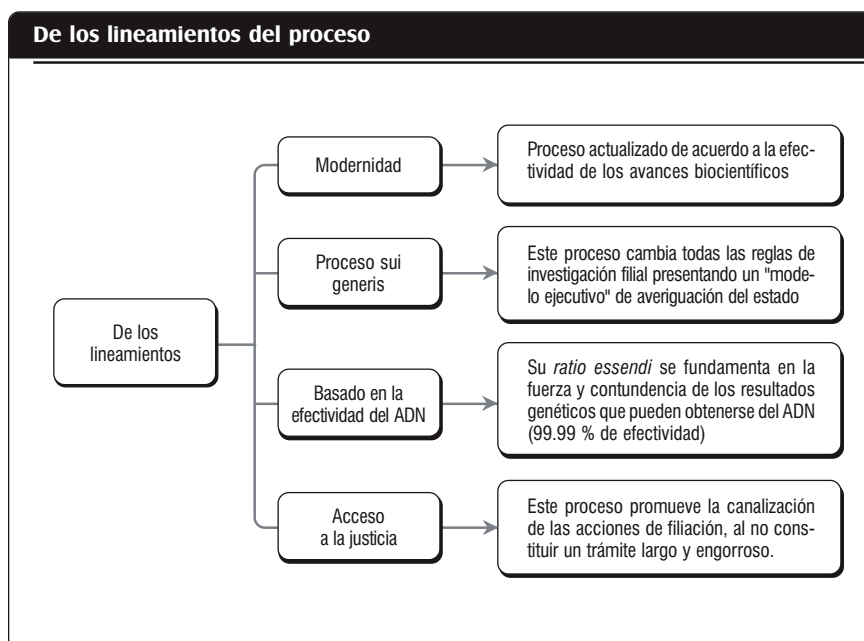
La ley y el proceso aprobado tratan de una acción de inquisición de paternidad, como la llaman en Venezuela^[26], tomando en consideración lo delicado de su probanza, la exigencia en su determinación. (Según el *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia, el término “inquisición” significa ‘indagar, averiguar o examinar cuidadosamente algo’, Así mismo, de una “acción intimatoria de paternidad”, denominación que preferimos asumir.

[24] BAHENA, citado por FONSECA, João Maurício Cavalcanti Gomes da, “Da possibilidade da coerção ao exame de DNA na investigação de paternidade”, en *Jus Navigandi*, N.º 112, 24 de octubre de 2003. Disponible en <http://www.jus.com.br>. Acceso el 30 de mayo de 2005.

[25] FERRANDINO, Álvaro, “Acceso a la justicia”, en PASARA, Luis (Compilador), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, Consorcio de Justicia Viva, Lima, 2004, p. 379.

[26] VELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti, *Lecciones de Derecho de familia*, 11ª ed. ampliada y puesta al día, Vadell Hermanos, Caracas, 2002, p. 389.

(Según el *Diccionario de la Lengua Española*, el término “intimar” significa 2requerir, exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad o fuerza para obligar a hacerlo’).

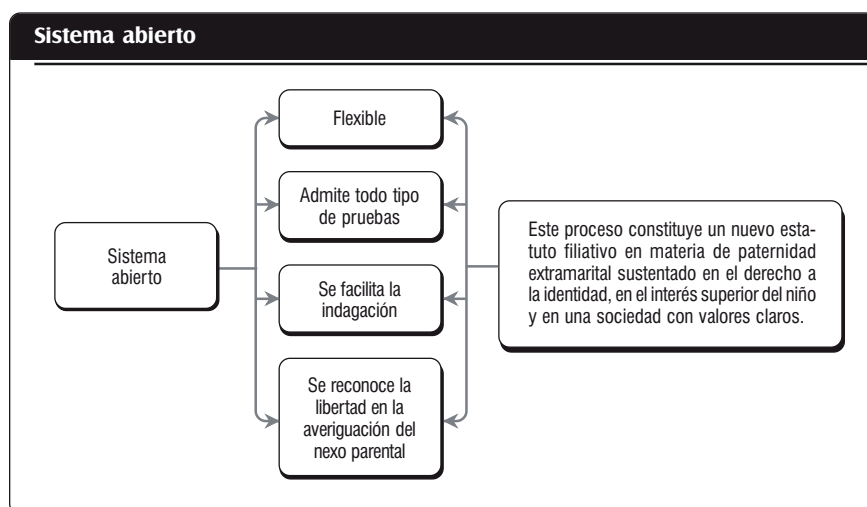


2.4. Sistema abierto

Todas las características detalladas nos llevan a sostener que el sistema de investigación de la paternidad extramatrimonial asumido es uno de tipo abierto. No solo porque es flexible y admite todo tipo de pruebas, sino porque, fundamentalmente, el aspecto biológico es el que marca el norte. Se facilita la indagación, se reconoce la libertad en la averiguación del nexo parental, sin restricciones. Descartadas las posiciones basadas en los desaires, ofensas y escándalos que con este accionar puedan producirse^[27]. Todo al más puro estilo

[27] Compartimos esto con Velez Sárfeld, quien sostuvo en 1858 su posición contraria a que la indagación de la paternidad sin restricciones podría desencadenar grandes escándalos, chantajes e incluso un atentado contra la moral. Al respecto, manifestó tajantemente que no se trata de descubrir un crimen sino simplemente (subrayamos *simplemente*) de determinar quién es el progenitor

minimalista, *menos es más*. ¡Qué duda cabe! Es una reacción frente al subjetivismo y emocionalismo que cede paso a la inmediatez. Marca la importancia por el fondo, no por la forma. La precisión es su carta de garantía. Queda atrás la apariencia, incertidumbre, frente a la seguridad. Se reduce al máximo, se condensa la relación paterno-filial con el único objetivo de alcanzar la realidad. Adiós a los barrocos juicios de paternidad.



Por lo pronto, tenemos un nuevo estatuto filiativo en materia de paternidad extramarital sustentado en el derecho a la identidad, en el interés superior del niño y en una sociedad con valores claros, que empiezan donde se inicia toda relación humana, en el seno de la familia con el sólido compromiso de los padres (“El que es bueno en familia, es también buen ciudadano”, dijo Sófocles). La falta de reconocimiento, negar el legítimo derecho de un niño a tener un padre es una forma de violencia familiar. ¡Qué duro debe ser sentirse negado por su padre! Es cuestión de vivirlo, ¿verdad?, de

o los progenitores de una persona, lo que de ninguna manera puede ser un escándalo, por el contrario, la prohibición de la indagación de la paternidad destruye las leyes que crean el orden familiar, lo que sí es un escándalo, de tremenda dimensión agregaríamos nosotros. (Vide PALMERO, Juan Carlos, “Vélez Sárfield y el derecho en Latinoamérica”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sárfield*, Academia Nacional de Córdoba, Córdoba, 2000, T. I, pp. 245 y 246.

sentirlo para saber en el fondo de qué se trata. “Humana cosa es tener compasión de los afligidos, y aunque a todos conviene sentirla, más propio es que la sientan aquellos que ya han tenido menester de consuelo y lo han encontrado en otros: entre los cuales, si hubo alguien de él necesitado o le fue querido o ya de él recibió el contento, me cuento yo” (Sólido inicio del *Decamerón*, de Giovanni BOCCACCIO). El fin del proceso se consigue, como manifestamos antes, con una cultura de paz que rechace la violencia, esta violencia familiar que pasa desapercibida.

Algunos siguen pensando de forma conservadora, y tienen derecho a hacerlo, y a todos beneficia, si no, no tendríamos con quién debatir. Uno de ellos es Plácido, quien afirma que el sistema del Código Civil, a pesar de todo, sigue siendo taxativo; es más, alega que esta nueva ley no ha variado el régimen restringido^[28] por lo que no procederían otros casos distintos a los contemplados en la ley. Concluye que esta última “causal” [sic], sustentada en la prueba de ADN, es posible que no sea aplicable a esos *otros casos*, comprobándose que “la previsión del legislador es siempre más pobre que la realidad”^[29].

Consideramos que no es así, por nuestros argumentos anteriores que de más está repetirlos por más deseos que tengamos. Dos cosas solo como *recordaris*. En primer lugar, la prueba de ADN no es una causal, es un medio efectivo para esclarecer la filiación. No hay en ella nada que probar, sirve para la demostración de lo alegado. Segundo, la jurisprudencia, desde 1992 viene orientándose sobre el criterio abierto para el establecimiento de la paternidad, admitiéndose esos *otros casos*:

“Si bien el artículo 402° del Código Civil no considera la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción, la

[28] PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex, “*Creditur virgini pregnant...*”, volviendo al *ancien droit*: A propósito de la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, en *Actualidad jurídica*, N° 134, Lima, 2005, p. 42.

[29] PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex, “La pretensión de alimentos del hijo extramatrimonial cuya paternidad no está determinada”, en *Actualidad Jurídica*, N° 139, Lima, 2005, p. 44.

omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica a una menor, pues ello importaría atentar contra su derecho de llevar el patronímico que le corresponde de ser reconocida como hija de quien la engendró”^[30].

Otro es Miranda Canales, quien sustenta el éxito de la prueba de ADN pero, temeroso, vaticina su éxito en los años venideros, “El futuro legislativo no puede ser otro que el de la prevalencia de filiación biológica, es decir, el de la introducción del sistema abierto de la determinación de la paternidad”^[31]. ¿Qué quiere decir? No nos lo imaginamos. Lo que sí vemos es que en su razonamiento ignora la Ley N° 28457 que, como manifestamos, nos lleva a sostener indefectiblemente que el sistema de investigación de la paternidad extramatrimonial asumido hoy en día es uno de tipo abierto.

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

La indefinición de la paternidad, la naturaleza de la mujer de ser “madre”, de haber parido y criado a la descendencia, hecho que no sucede con el hombre –aparte del machismo–, los largos senderos, trochas incluidas, para discutir el parentesco en fríos y estancos estrados judiciales fueron cuestiones adicionales que acompañaron la poca fortuna de los procesos filiales.

El tiempo, con su transcurso inmisericorde, generó la agudización del problema. Los perjudicados directos: el hijo y la madre. El primero, sin una identidad definida; la segunda, cargando toda la responsabilidad de formar una persona, un ciudadano. Las leyes en este tema no se adecuaron a la realidad. La mujer y su descendencia, que dicho sea de paso no solo es de ella sino de aquel que colaboró en el engendramiento, merecen todo el respeto y acción de la ley. El

^[30] Expediente N° 271-92-Lima, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 2, Trujillo, 1995, pp. 157-158. Mayor análisis al respecto, vide VARSÍ, Enrique, mi *Filiación, Derecho y GeNética*, Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica, Lima, 1999, pp. 225 y ss.

^[31] MIRANDA CANALES, Manuel Jesús, “ADN como prueba de filiación en el Código civil”, en *Jurídica* [suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*], Lima, 5 de febrero de 2008, p. 4.

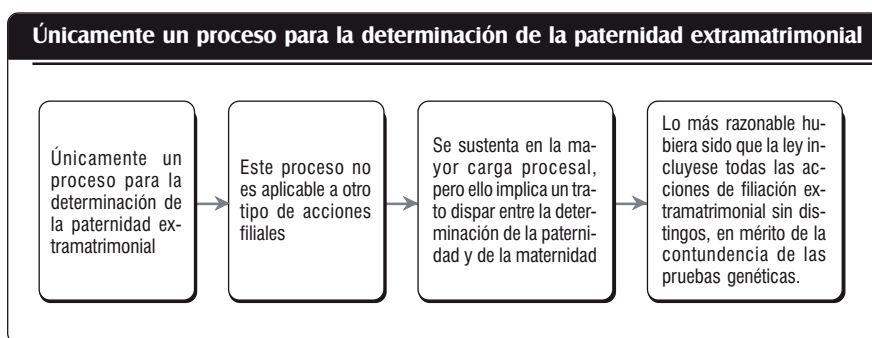
denominado, mal que bien, “culto a la mujer”, que implica rendirle un homenaje por su esencia, atributos, por su abnegada labor, por su ser, podemos verlo representado en esta ley, que promueve un cambio clave para superar el sexismo y la misoginia, y dignificar a la mujer, pasando *de la mentira presumida* a la *presunción de verdad*, ofreciendo el valor real a la palabra de la madre peruana, como reflexiona Liéis Thurler^[32]. Con la misma óptica, Ramírez Huaroto^[33] considera que el enfoque de género ayuda a determinar que tanto en el componente formal-normativo del Derecho como en las resoluciones judiciales es posible vislumbrar un sesgo androcéntrico. Las normas que regulan las relaciones paterno-filiales claramente se centran en los intereses del sujeto masculino concentrando indirectamente en la madre la responsabilidad sobre los hijos.

No está en discusión, qué duda cabe, la legalidad de las relaciones sexuales, estas escapan al contenido normativo. El sexo es una expresión humana, la más pura y natural en la que hombre y mujer se entregan, se hacen uno, él de ella (Marte rendido a los pies de Venus), ella de él (el escudo blandido por la filuda espada). Sexo y procreación, sexo y fornicación. Sexo como carne (apetito), sexo como espíritu (enaltecedor del ser). Por allí encontramos algunas diferencias o respuestas a muchas interrogantes. Hombre y mujer, la pareja, deben encontrarse y hallar finalmente sus destinos. No depende de uno ni de otro, depende de ellos, cada quien con su propia responsabilidad natural. “La próxima vez que estén con una mujer, busquen dentro de su corazón y pregúntense si son capaces de ver el sexo como algo místico, espiritual. Desafiense ustedes mismos para ver si son capaces de hallar esa chispa de divinidad que el hombre solo alcanza a través de la unión con la divinidad sagrada” (BROWN, Dan, *El Código Da Vinci*; trad. Juanjo Estrella, Barcelona, Umbriel, 2003).

[32] LIÉSI THURLER, Ana, “Un fenómeno latinoamericano en el siglo XXI: Intentos de inconstitucionalizar iniciativas legislativas dirigidas a la superación del sexismo”, en *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2007, p. 75.

[33] RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz May Ling, “¿Qué puedo hacer si el padre de mi hija o hijo no quiere reconocerlo? Análisis de la constitucionalidad de la Ley N° 28457 desde la perspectiva de género”, en www.derechovirtual.com, Año II, N° 4, junio 2007, p. 18.

El proceso aprobado sólo puede ser utilizado para la paternidad extramatrimonial. No es aplicable a otro tipo de acciones filiales. Se sustenta en la mayor carga procesal. 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 otras palabras, la materia procesal en este aspecto es reducida, por no decir inexistente, pero no por ello menos importante. Aunque puede presentarse ambos casos, sin padre, sin madre (“Cuando preguntó cuál de los curas era su papá, recibió un bofetón por insolente... Creo que en realidad nada sabía de sus progenitores”. Isabel Allende, *Eva Luna*) situación de los expósitos, abandonados, hospicianos, recogidos y albergados en inclusas. Sin familia, no hay pobreza peor.



La cantidad de procesos no es un lógico sostén. Al contrario, la ley distingue absurdamente la misma pretensión genérica canalizándola en un procedimiento distinto. Es como si teniendo que alimentar, por decir, a dos palomas lo hiciéramos solo con una, puesto que la otra, entendemos, puede conseguir su propio sustento. Dos sistemas procesales, de diverso género y trámite, uno para el padre y otro para la madre. No cabe justificación. Implica un trato dispar, diferencial, entre la determinación de la paternidad y la maternidad. Como dice la profesora argentina Estigarribia^[34], resulta discriminatoria en cuanto no permite el mismo tratamiento para quien pretenda reclamar la declaración de maternidad. En

[34] Maria Laura Estigarrabia Bieber, comunicación por correo electrónico del 16 de junio de 2005. Reproducción autorizada por la autora.

esta línea de pensamiento, atenta contra el derecho al acceso a la justicia, pues uno de los niveles de este derecho es que todas las personas puedan acceder a la justicia en igualdad de condiciones, sin distinciones de ningún tipo. Diferencias aparte, el tratamiento de la justicia amerita un trato paritario.

Aunque más sencillo sea el esclarecimiento de la maternidad, por el parto y porque no existen presunciones que alegar ni probar, no se le da preferencia –como debiera ser–, dejándola a expensas de un largo y trajinado proceso de conocimiento. Lo más razonable es que la ley hubiera incluido todas las acciones de filiación extramatrimonial sin distingos, aprovechando que la indefinición del parentesco y no habiendo matrimonio de por medio, pueden ser salvadas por las pruebas genéticas.

Al respecto se vienen planteando dos posiciones:

- No se puede aplicar por analogía a los procedimientos de declaración de maternidad extramatrimonial dado que las normas procesales son de orden público.
- Sobre la base del interés superior del niño puede demandarse a través del nuevo proceso^[35].

En la práctica se encuentra una limitación adicional. Aun tratándose del caso de una investigación de la paternidad extramatrimonial, no procedería para aquellas situaciones en las que falte la madre, el hijo o el padre (típico caso de la investigación post mórtem). La ley –curiosamente– exige la prueba a las tres partes, situación que técnicamente, como sabemos, no es necesaria. Es suficiente que se pruebe la existencia de genes compartidos entre padre e hijo para la fijación genética entre ambos.

2.6. Adecuación de los procesos en trámite

Una forma de aligerar la carga procesal existente y lograr la aplicación inmediata de la ley es adecuando los procesos de

^[35] *Diálogo con la jurisprudencia*, Año 11, N° 84, Lima, 2005, p. 14 (Consulta a cartas).

filiación en trámite, conforme lo establece la Cuarta disposición complementaria de la ley:

“Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley”.

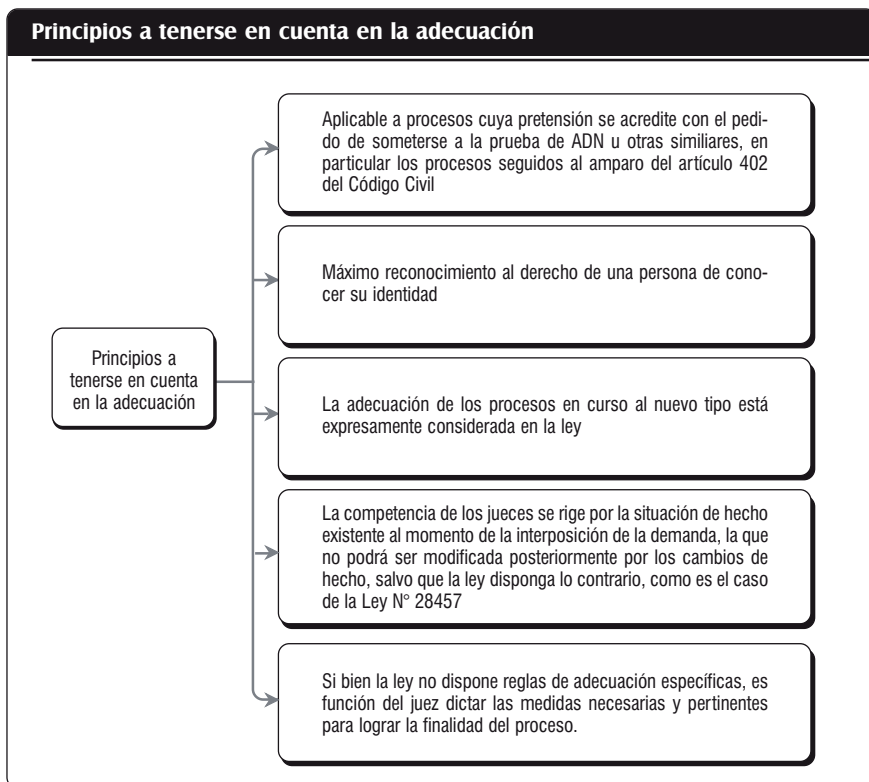
La complejidad de los procesos de conocimiento en los que se ventilan las acciones de estado paterno-filial se verá simplificada por la nueva ordenación procedimental aprobada. Pueden presentarse inconvenientes como, por ejemplo, que las argumentaciones planteadas en las demandas o contestaciones sean contrarias a la finalidad buscada con la nueva ley, en las que prime el nexo biológico frente a los fundamentos de hecho, últimos estos que abundan en los procesos en trámite.

El criterio adoptado por un juzgado de familia es el siguiente:

“**Primero:** Puesto a Despacho, y atendiendo: Que, el día ocho de enero del año en curso se ha publicado la Ley N° 28457, en relación a los procesos de filiación regidos por el artículo 402°, inciso 6 del Código Civil, es decir, aquellos cuya pretensión se acredita con el pedido de someterse a la prueba de ADN u otras similares; siendo de atender al derecho de toda persona a conocer su identidad; **Segundo:** Que, en relación a los procesos en trámite la referida ley, en su disposición cuarta, indica que los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la ley; **Tercero:** Que, a los efectos de determinar la competencia el artículo 8° del Código Procesal Civil señala que la competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda y no podrá ser modificado por los cambios de hecho posteriormente, salvo que la Ley exponga expresando lo contrario, norma que en concordancia con la segunda disposición final del Código Procesal Civil, que dispone: “Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior las reglas de competencia, los medios impugnatorios...”, manteniendo este órgano jurisdiccional la competencia de los procesos en trámite, por lo que procediéndose a la adecuación es de atender a que la ley en mención no dispone reglas de adecuación establecida; y siendo que la Ley N° 28457, en su artículo 1° dispone que: El que tiene legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede acudir

a un juez de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada; si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad; y en su artículo 2º la oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante. Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad; **Cuarto:** Que, siendo así, es de atender que la demanda se adecue como demanda, la contestación se adecue como oposición y si el proceso se encontrara en etapa de la realización de la prueba de ADN, se dictará el auto de filiación, el mismo que estará a los resultados de la prueba procediéndose de conformidad con el artículo 3º y artículo 4º, de la Ley N° 28457”^[36].

^[36] Expediente N° 183518-2004-00067, 18º Juzgado de Familia, Corte Superior de Lima (26/1/2005).



Al analizar la resolución citada podemos apreciar los siguientes principios a tenerse en cuenta en la adecuación:

- Es aplicable a los procesos cuya pretensión se acredita con el pedido de someterse a la prueba de ADN u otras similares, en particular los seguidos en amparo del artículo 402°, inciso 6 del Código Civil.
- Máximo reconocimiento al derecho de toda persona a conocer su identidad.
- La adecuación de los procesos en curso al nuevo tipo está expresamente considerada en la ley.
- La competencia de los jueces es por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda, la que no podrá ser modificada posteriormente por los

cambios de hecho, salvo que la ley disponga lo contrario como es el caso materia de análisis.

- Corresponde a los órganos jurisdiccionales que vienen ventilando los procesos de filiación la competencia de los procesos que tienen en trámite.
- Si bien la ley no dispone reglas de adecuación específicas, es función del juez dictar las medidas necesarias y pertinentes para lograr la finalidad del proceso.
- La adecuación se realiza:
 - La demanda se adecua como demanda.
 - La contestación se adecua como oposición.
 - Si el proceso se encuentra en etapa de la realización de la prueba de ADN, se dictará el auto de filiación, el mismo que se atenderá a los resultados de la prueba procediéndose de conformidad con los artículos 3º y 4º de la Ley N° 28457.

Sin embargo, esto altera toda la estructura técnica y lógica del proceso por lo que la sala de familia, recurrida que fuera la resolución en comentario, falló de la siguiente manera:

Quinto: Que, [...] el a quo ha expedido la resolución apelada adecuando todos los actos procesales realizados en autos y confundiendo de esta manera, el trámite establecido en la norma citada conforme se advierte en tercer y cuarto considerando de la apelada [...] **Séptimo:** Que, el debido proceso exige garantías que posibiliten una administración de justicia eficiente y tal eficiencia implica agilidad, intermediación y apertura para escuchar a todos los interesados por el derecho que les asiste respecto a la tutela jurisdiccional efectiva [...]; por lo que, al expedirse la recurrida con los defectos anotados, se ha incurrido en nulidad insalvable por causal prevista en el artículo 171^[37] del Código Procesal Civil; máxime si se tiene presente

[37] **Código Procesal Civil**

“Artículo 171º.- Principio de legalidad y trascendencia de la nulidad

La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad

que la omisión de los trámites procesales no puede ser materia de convalidación.

[...]

DECLARARON NULA la sentencia apelada que declara la paternidad e insubsistente lo actuado^[38].

Comentarios por cuenta de cada quien. Lo que sí podemos decir es que la praxis generará una mejor aplicación de las reglas de adecuación de los procesos. En efecto, a propósito de un caso de reclamación de paternidad, nuestra Corte Suprema^[39] ha conocido un caso por el cual se cuestionaba en el recurso de casación la contravención a las normas del debido proceso por la no aplicación de la prueba de ADN, aun cuando la madre reclamante contaba con auxilio judicial, en tanto que la Corte Superior de Justicia de Ica sostuvo que “no se ha regulado aún la situación jurídica de exoneración de pago para verificar la prueba de ADN para aquellas personas que gozan de auxilio judicial –según los alcances previstos en la Ley N° 27048, artículo 4”. En atención a ello, nuestra Corte Suprema, sin estar admitiendo la casación para los casos seguidos al amparo de la nueva Ley N° 28457, ha precisado que “al advertirse que la decisión adoptada por las instancias de mérito contravienen normas que garantizan el derecho a un debido proceso, esta Sala considera que los presentes autos deben ser devueltos al juez de primera instancia y este debe tramitar la causa de conformidad con la mencionada Ley N° 28457, corriendo traslado de la demanda de filiación y luego, de no producirse oposición, declarar judicialmente la paternidad”. Es cuestión de coordinación entre los magistrados para conseguir la plena aplicación de estos principios y de las normas materia de declaración paternal. Téngase en cuenta que se trata, en cuanto a la disposición complementaria dedicada a la

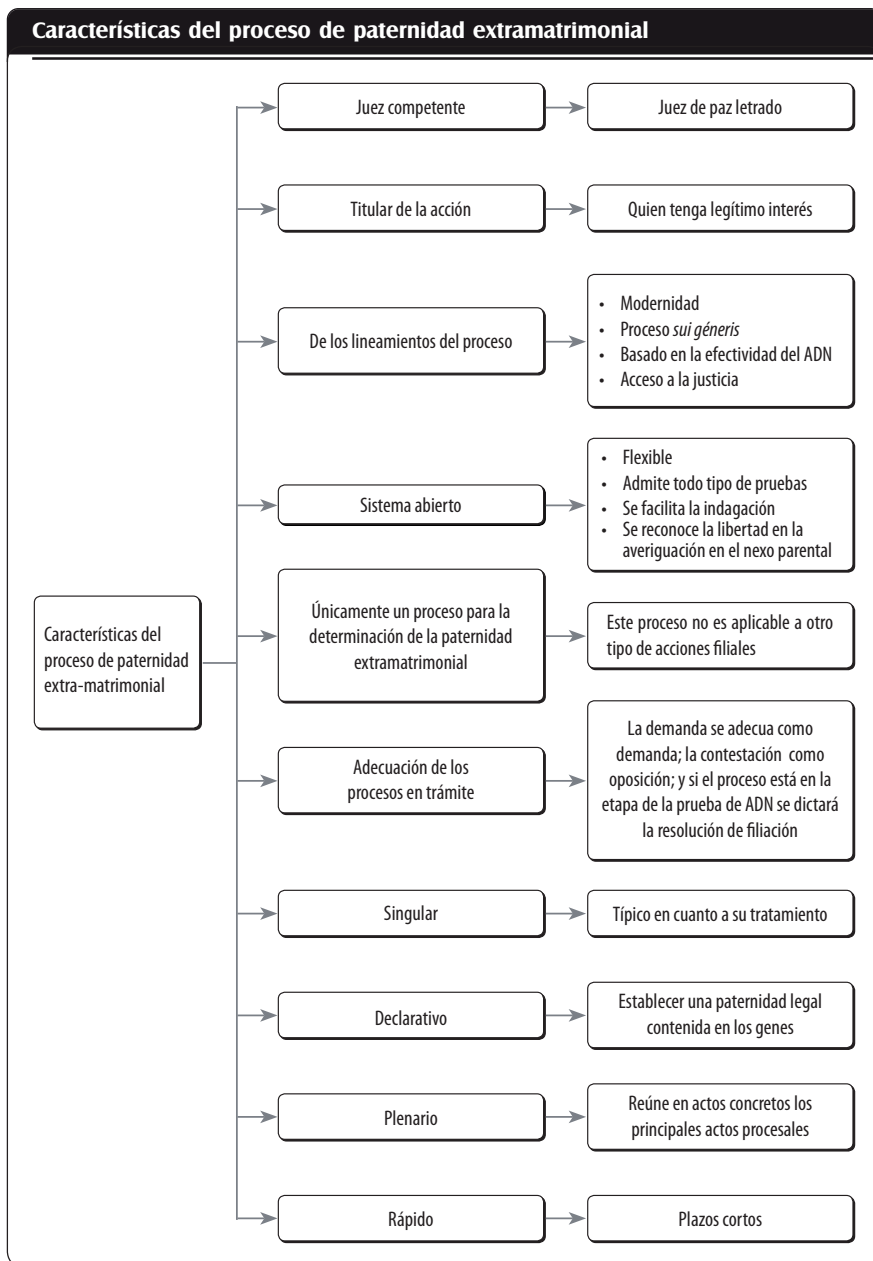
Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito”.

[38] Expediente N° 821-2005, Corte Superior de Lima, Sala Especializada de Familia (12 de septiembre de 2005).

[39] Casación N° 3066-2005 ICA, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (26 de junio de 2006).

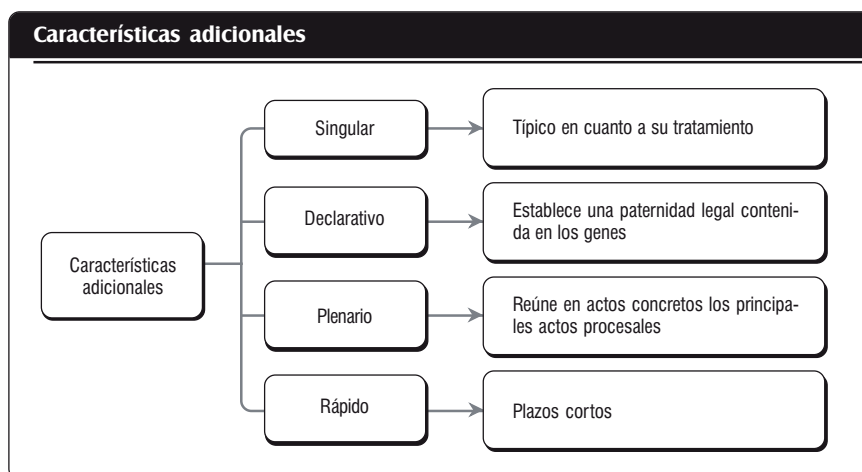
adecuación, de una norma de aplicación temporal, es decir, que su objetivo no es permanencia en el tiempo sino, por el contrario, lograr únicamente que todos los procesos se rijan por las nuevas disposiciones. Ariano Deho^[40] observa un matiz de inconstitucionalidad en las normas de adecuación, sobre la base del principio del “juez natural” con la tesis de que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley (inciso 3 del artículo 139° de la Constitución) y por el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, consagrado en la segunda disposición final del Código Procesal Civil.

[40] ARIANO DEHO, “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”, cit., p. 68.



A manera de colofón en este punto, podemos decir, adicionalmente en cuanto a las características se refiere, que el proceso es *singular*, típico en cuanto a su tratamiento; *declarativo*, busca

establecer legalmente una paternidad contenida en los genes; *plenario*, reúne en actos concretos los principales actos procesales y, por sobre todo, *rápido*.



3. DEL TRÁMITE

Con Jorge Peyrano^[41], reconocemos que la razón de ser del creciente interés existente por la prueba científica en el seno del proceso civil en general obedece, en buena medida, a la revalorización del proceso civil como marco apto para descubrir (o por lo menos acercarse) a la verdad material histórica u objetiva, lo cual no es exclusividad –hoy en día– del proceso penal.

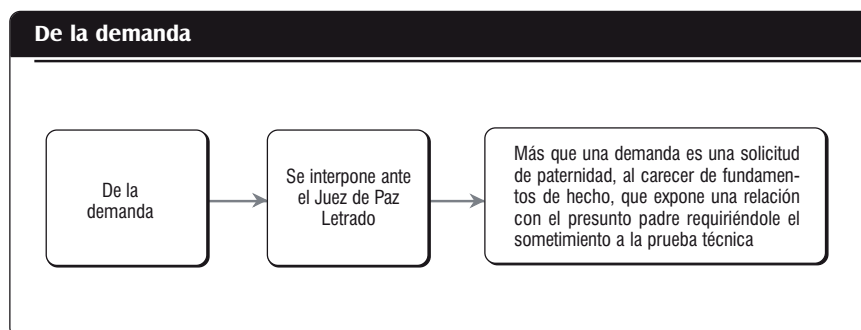
La diferencia con el proceso de conocimiento, por el que se regía anteriormente esta filiación, es abismal. Por decir lo menos, se da un giro de 180 grados, que lo hace incomparable con la gestión procesal anterior y con otra existente en razón de su singularidad. Se reducen etapas, actos y plazos.

Cuenta con un trámite que podemos esquematizar de la siguiente forma:

[41] PEYRANO, Jorge W., “Sobre la prueba científica”, en *La Ley*, N° 85, Buenos Aires, jueves 3 de mayo de 2007, p. 1.

3.1. De la demanda

El proceso se sintetiza en la presentación de una demanda ante el juez de paz letrado que, a pedido de parte interesada, expedirá una resolución declarando la paternidad. Se discute con razón el hecho de que más que una demanda sea una solicitud de paternidad al poder carecer en su contenido de fundamentos de hecho. En esencia, es una solicitud que expone una relación con el presunto padre requiriéndolo al sometimiento a la prueba técnica.



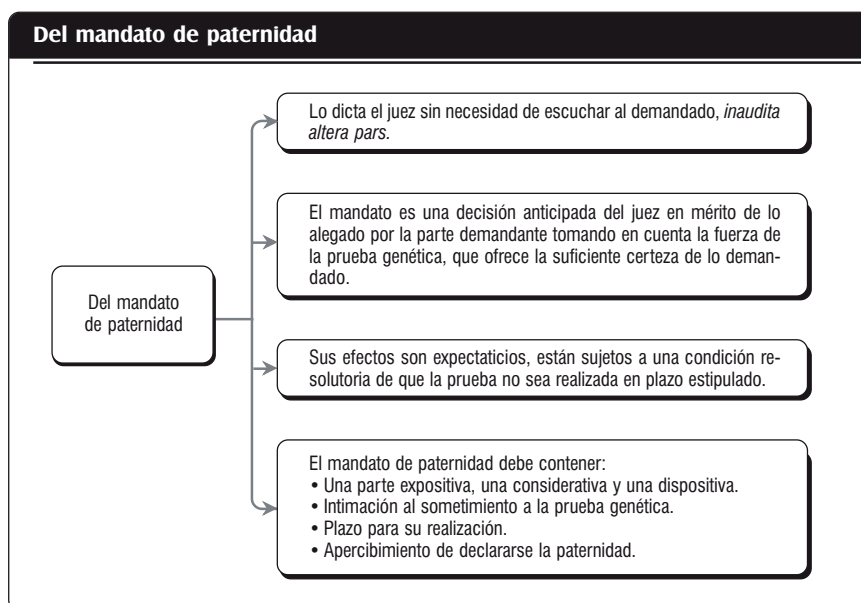
3.2. El mandato de paternidad

Este es el acto más importante del proceso, además de ser el primero que dicta el juez sin necesidad de escuchar al demandado, *inaudita altera pars*, “de esta forma el juez, si bien resuelve oyendo a una sola de las partes, lo hará no solo sobre la base del relato fáctico, sino [sobre la base de] las pruebas aportadas. Y si el emplazado no formula oposición alguna, la cosa juzgada material no solo es consecuencia de su conducta procesal, el silencio o falta de oposición, sino del relato del demandante y los medios probatorios que aportó para sustentarlo”^[42].

Es importante llegar a comprender la esencia del mandato de paternidad. Podemos sostener que más que un requerimiento a reconocer la pretensión de la parte, el mandato es una decisión

^[42] MARTEL CHANG, “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro”, cit., p. 69.

anticipada del juez en mérito de lo alegado por la parte demandante tomando en cuenta la fuerza de la prueba genética, que ofrece la suficiente certeza de lo demandado.



Tal como sucede en el proceso ejecutivo, el mandato de paternidad es una resolución judicial compleja^[43]. Es un auto que al notificarse da inicio al proceso. No es un acto de ejecución forzada de la prueba de ADN, todo lo contrario: es una forma de coerción, pues el mandato conlleva una exhortación al sometimiento a la prueba biológica; de no realizarse en el plazo indicado, se decretará la paternidad. Sus efectos son expectaticios, están sujetos a una condición suspensiva de que la prueba no sea realizada en un plazo estipulado.

Como acto procesal, el mandato de paternidad debe contener:

- Una parte expositiva, una considerativa y la dispositiva.

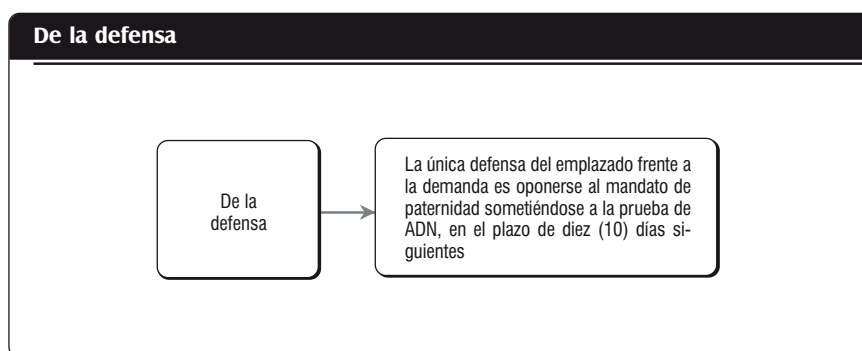
[43] Término utilizado por Herrera Navarro refiriéndose al mandato ejecutivo. Vide HERRERA NAVARRO, Santiago, *Proceso de ejecución*, Normas Legales, Trujillo, 2002, p. 29.

- Intimación al sometimiento a la prueba genética.
- Plazo para su realización.
- Apercibimiento de declararse la paternidad.

3.3. De la defensa y oposición

3.3.1. De la defensa

La única defensa del emplazado frente a la demanda es oponerse al mandato de paternidad sometiéndose a la prueba de ADN, en el plazo de diez días siguientes. No cabe otro tipo de sustento que la oposición en sí misma (salvo una excepción como veremos luego). Son impertinentes las tachas, los fundamentos de hecho en un escrito de contestación o cualquier otro argumento tendente a desnaturalizar la efectividad del proceso.



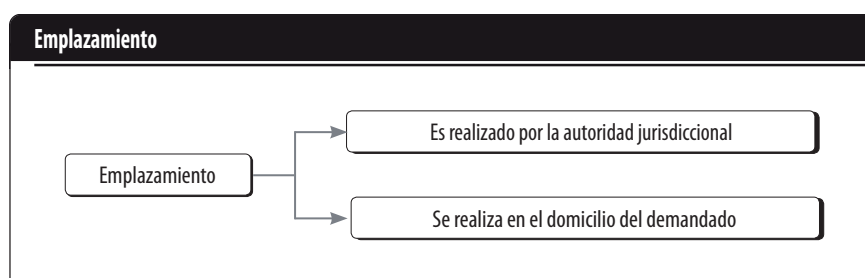
3.3.1.1. Emplazamiento

Se trata de un requerimiento realizado por autoridad jurisdiccional al demandado, a fin de que comparezca dentro de un plazo y participe como sujeto procesal.

El requerimiento debe ser en el domicilio del requerido en paternidad para que sea eficaz. Solo con una adecuada notificación de la demanda, como precisa Beltrán Pacheco^[44], salvaguardarán

[44] BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet, “Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial. Análisis de la sentencia emitida por la Sala Constitu-

los derechos de demandado, debiéndose tener en cuenta que en la práctica han surgido casos en los que no se le notificó conforme a las formalidades legales debido a una incorrecta y distorsionada información proporcionada por la parte accionante, en muchas de las cuales la mala fe es la regla.



3.3.1.2. Excepciones

Como medio de defensa del demandado, el proceso no admite expresamente plantear excepciones, lo que no implica que esté prohibido, lo contrario significaría legitimar un defecto de forma en el proceso (incompetencia, incapacidad, pleito pendiente, cosa juzgada, por mencionar algunas), resultando incoherente y no ajustado a derecho. Consideramos que sí son viables las excepciones o si se quiere, por utilizar otra terminología, las defensas previas. El tema es discutible.

Hagamos un símil con el proceso de ejecución de garantía el que, como bien es sabido, deja de lado a las excepciones. Con este matiz, el artículo 722° del Código Procesal Civil trata sobre la contradicción restringiendo su admisibilidad a cinco causales (nulidad del título, inexigibilidad, cancelación, extinción o prescripción)^[45]. En

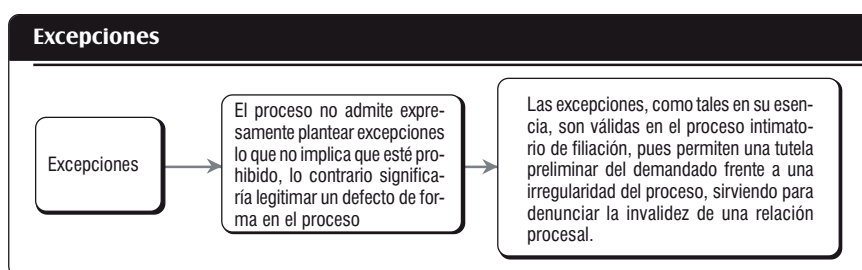
cional y Social en torno a la Ley N° 28457”, en *JuS- Jurisprudencia*, N° 6, 2007, p. 26.

[45] **Código Procesal Civil**

“Artículo 722.- Contradicción

El ejecutado, en el mismo plazo que tiene para pagar, puede contradecir alegando solamente la nulidad formal del título, inexigibilidad de la obligación o que la misma ya ha sido pagada o ha quedado extinguida de otro modo, o que se encuentra prescrita. La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo.

opinión de Hinostroza^[46], “nada obsta para que el ejecutado pueda plantear excepciones o defensas previas (sobre todo las primeras)”. Si bien la normativa no contempla la posibilidad de plantear tales instrumentos, tampoco lo prohíbe expresamente siendo valor entendido, entonces, su admisibilidad. Los derechos de la persona solo pueden ser restringidos expresamente, concluye el autor. Continúa diciendo que la limitación de causales no se hace extensiva a las excepciones o cuestiones previas dado que estas son defensas de forma, mientras que las causales de contradicción son defensas de fondo^[47]. Compartimos la posición de Hinostroza.



La Corte Suprema asume otro criterio respecto de la admisibilidad de las excepciones en los procesos de ejecución de garantía, teniendo:

- “A diferencia del proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero, que en su artículo 700° del código acotado [CPC] permite al ejecutado proponer excepciones o defensas previas, en el trámite de la ejecución de garantía no existe dicha posibilidad”^[48].
- “De acuerdo al artículo 722° del Código Procesal Civil y a diferencia del artículo 700° del mismo cuerpo de leyes,

Para la contradicción solo es admisible la prueba de documentos. Previo traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá ordenando el remate o declarando fundada la contradicción. El auto que resuelve la contradicción es apelable con efecto suspensivo”.

[46] HINOSTROZA MINGUÉS, Alberto, *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, T. II, p. 1398.

[47] *Ibidem*, p. 1399.

[48] Casación N° 2542-99-Lima, *El Peruano*, 18 de diciembre de 1999, p. 4357.

referido al proceso ejecutivo, no se prevé la formulación de excepciones y defensas previas, debido a que su naturaleza es sustancialmente especialísima, esto implica que se ha procurado establecer una vía procesal más expeditiva que la del proceso ejecutivo en razón a que lo requerido judicialmente es un título de ejecución”^[49].

- “La resolución de vista, al confirmar la resolución que declara improcedente su excepción, no contraviene su derecho a la defensa, toda vez que la norma procesal le permite al recurrente hacer uso de las causales para contradecir el mandato de ejecución, debiendo el recurrente circunscribirse exclusivamente a ellas”^[50].

Un criterio opuesto que afianza nuestra posición:

- No obstante que el artículo 722° del Código Procesal Civil no señala la admisibilidad de las excepciones, cabe proponerlas porque no hay disposición que lo prohíba.

El no permitir oponer dichos medios de defensa supone que en todos los casos son válidos por sí mismos, lo cual es una ficción^[51].

Las excepciones, como tales en su esencia, son válidas en el proceso intimatorio de filiación, pues permiten una tutela preliminar del demandado frente a una irregularidad del proceso, sirviendo para denunciar la invalidez de una relación procesal.

La jurisprudencia tiene nuevamente la palabra dejando sentado verdaderos precedentes^[52].

[49] Casación N° 3115-99-Lima, *El Peruano*, 19 de febrero 2000, p. 4646.

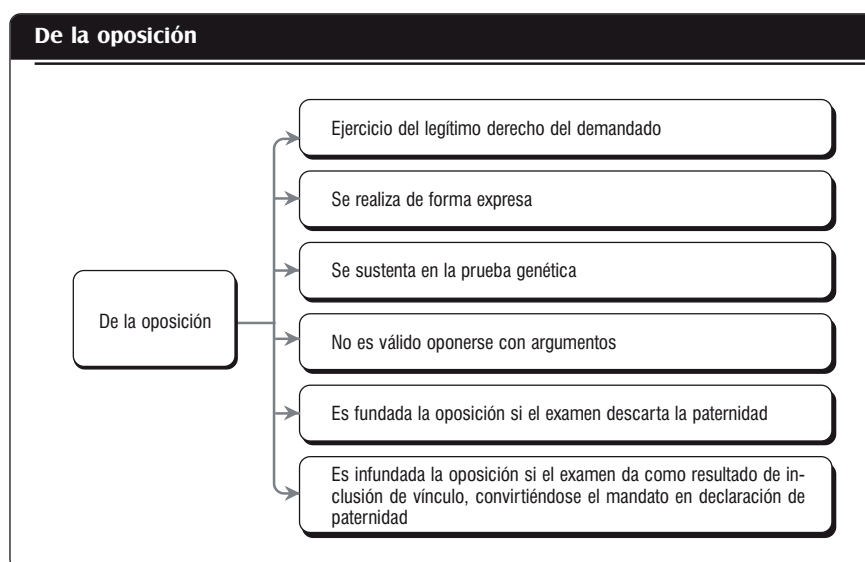
[50] Casación N° 3115-99-Lima, *El Peruano*, 19 de febrero 2000, p. 4646.

[51] Expediente N° 1339-94, 4ª Sala, Ejecutoria de 12 diciembre de 1994. Vide LEDESMA NARVAÉZ, Marianella, *Ejecutorias*, Cultural Cusco, Lima, 1995, T. I, pp. 156-157.

[52] Claramente en un ensayo publicado se dice acerca del precedente “La doctrina el precedente en el *common law* tiene dos dimensiones, que llamaremos *stare decisis* horizontal y *stare decisis* vertical, la primera se refiere a la obligación de los tribunales de seguir sus propios precedentes, la segunda alude a la obligación de los tribunales de seguir los precedentes de sus superiores jerárquicos”.

3.3.2. De la oposición

La oposición es el ejercicio del legítimo derecho de defensa del demandado. Se realiza de forma expresa y la prueba genética es un requisito para su procedencia. No vale oponerse con argumentos, en todo caso, estos deben ser confrontados con la prueba. La calificación de la oposición depende del resultado de la bioprueba, declarándose fundada si el examen descarta la paternidad e infundada si produjera un resultado de inclusión del vínculo, convirtiéndose el mandato en declaración de paternidad.



3.3.3. Costo de la prueba

La norma indica de manera expresa que el costo de la prueba debe ser asumido por la parte demandante que, como sabemos, en la mayoría de los casos es la madre.

A una madre soltera que trabaja, cría, educa, mantiene el hogar y a la que no le sobra el dinero –por el contrario, sus ingresos están a la par que sus gastos– no parece justo cargarla con tremendo gasto.

LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César (h), "Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'", en *La Ley*, N° 211, Buenos Aires, 31 de octubre de 2005, p. 1.

Un proceso judicial implica un costo y a este se suma la realización de la experticia, nada barata. En casos especiales, deberá pedir auxilio judicial^[53] para la defensa de sus intereses, situación que poco puede ayudarla, pues debe sufragar la prueba en caso de oposición ¿Acaso se tiene la intención de que el Estado asuma el valor en casos de indigencia? No es la idea, al menos, no la de esta ley.

La solución planteada a través de este proceso especialísimo puede verse truncada por la imposibilidad económica de la parte demandante. Por eso, nos preguntamos por qué no la paga el que se opondrá. Al final de cuentas, es quien está haciendo uso del derecho de defensa a través de la oposición, aquel que se defiende y alega lo contrario debe probarlo asumiendo el costo de su defensa.

En la praxis, esto se viene dando. Beltrán Pacheco detecta esta situación en la que “muchos jueces a fin de contar con esta prueba fehaciente y con la única motivación de tener la posibilidad de determinar la verdad biológica en torno al menor, están ordenando al demandado que asuma la cancelación de los honorarios de los laboratoristas que realizan las pruebas genéticas, fundamentando su decisión en normas procesales, en cuanto la normativa vigente prescribe que *quien alega un hecho, debe probarlo* por lo que, al señalar el demandado que no es el padre y que se opondrá a la demanda, se observa que algunos jueces inmediatamente les ordenan asumir y afrontar la prueba genética basándose en que su dicho debe acreditarse fehacientemente”^[54].

Punto interesante: la demanda de paternidad implicaría un precio al demandado que sería reembolsado en caso de que la prueba

[53] “SEGUNDO.- Es posible que dentro de este proceso especial se solicite el *auxilio judicial* y bajo el principio de trascendencia dado el carecer especial del proceso no se formará cuaderno aparte, y en caso de concederse el auxilio, es el Estado el que deberá correr con los gastos de realización de la prueba de ADN”. Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005 (las cursivas son nuestras).

[54] BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet, “Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial. Análisis de la sentencia emitida por la Sala Constitucional y Social en torno a la Ley N° 28457”, en *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2007, p. 25.

genética lo descarte. Este tópico fue tratado en su oportunidad por el presidente de la Corte Superior de Apurímac, quien señaló que

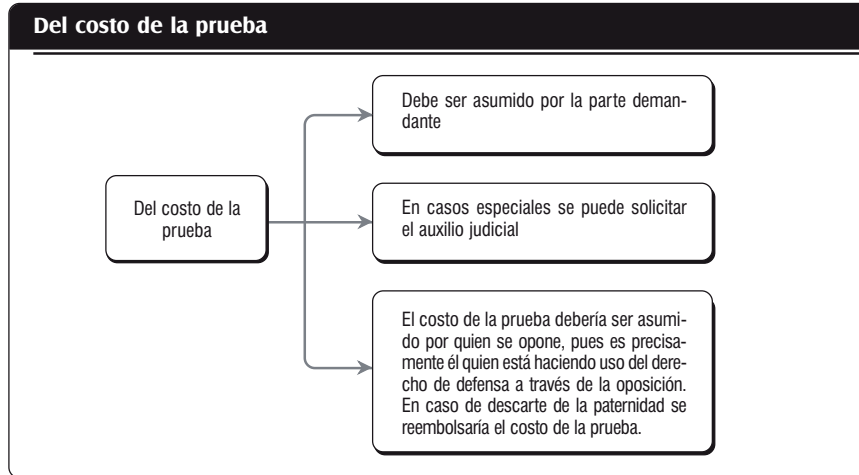
El magistrado puede disponer que el demandado abone dicho pago, siempre que la demandante por su condición de indigente intervenga en el proceso con auxilio judicial y no pueda abonarla, lo que constituirá suficiente fundamento para disponer que el demandado abone el costo de la prueba genética del ADN, de lo contrario se estaría poniendo en estado de indefensión a la demandante, y como consecuencia, en peligro su subsistencia y la de quienes de ella dependan; vale decir, afectando sus derechos constitucionales. Por estas razones, el juez –aplicando el control difuso– prefería la norma constitucional ante una norma legal, según el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política, en este contexto hay que interpretar los alcances del artículo 2° de la Ley N° 28457, para evitar la aplicación literal de que el costo de la prueba de ADN sea abonado en exclusiva por el demandante. Importa recordar que el magistrado no es mero aplicador de la Ley, si no un verdadero creador del derecho a resolver un determinado caso^[55].

Es más, el citado formula una modificación a la ley a efectos de que se disponga que sea el demandado el que costee la prueba, dado que es el se opone a la pretensión.

Consideramos que por la trascendencia de los procesos de filiación estos deberían ser gratuitos como en Argentina, país en que una de las características principales de los procesos de filiación es la gratuidad, incluso dentro de este beneficio se incluyen las pruebas biológicas a través de los entes estatales capacitados para su realización^[56].

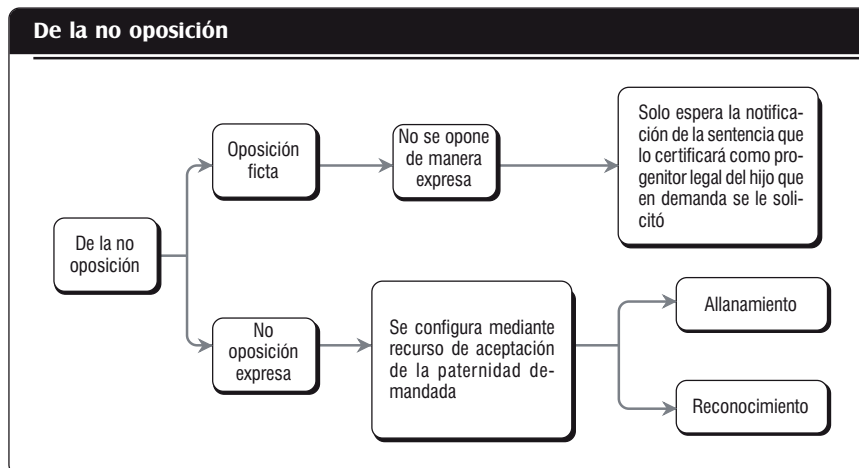
[55] OLMOS HUALLPA, René, “Derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales. ¿Realidad o ilusión?”, en *Jurídica*, [Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*], N° 64, Lima, martes 20 de septiembre de 2005, p. 7.

[56] AZPIRI, Jorge, *Juicios de filiación y patria potestad*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 136.



3.3.4. La no oposición

El demandado puede abstenerse del derecho de defensa: No se opone, restándole solo esperar la notificación de la sentencia que lo certificará como progenitor legal del hijo que en demanda se lo solicitó, en este caso se trata de una oposición *ficta*. Sigamos. La falta de oposición puede ser *expresa*, mediante recurso de aceptación de la paternidad demandada, formulando allanamiento o reconocimiento de la demanda, sencillamente una forma de terminar un proceso que tiene como respaldo una prueba cuya génesis solo la conocen las partes.



Sobre el allanamiento y reconocimiento, como variables de no oposición, “revelan que en esta ley especial la pretensión de filiación es disponible, a diferencia de lo que ocurre con todas las pretensiones relativas a derechos indisponibles (incluida la filiación en los demás supuestos del artículo 402° del Código Civil) y de lo que ocurría con el tratamiento legal previsto en el inciso 6 del artículo 402°, antes de su modificatoria por esta ley especial”^[57]. Aclaremos. Nada impide –entiéndase con claridad– que en los procesos de filiación la parte demandada pueda allanarse a la demanda, pues lo que se busca es fijar un vínculo que consagre un derecho a la identidad, por lo que no se aplica el límite de improcedencia entendido por el citado autor.

3.3.5. *Inversión de la carga de la prueba*

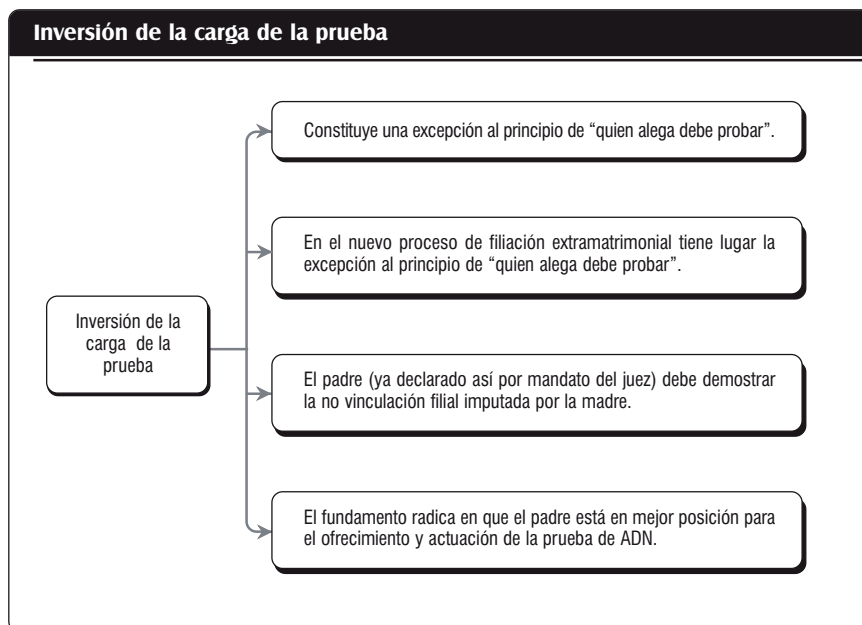
La inversión de la carga de la prueba constituye una excepción al principio “quien alega, debe probar”, contemplado en el artículo 196° del código adjetivo. Si bien lo común es que quien alegue un hecho debe probarlo, se ha previsto la posibilidad del traslado de la carga de la prueba al demandado por disposición *ex lege*, lo que obedece a un fin práctico que facilite a quien alegue un hecho demostrar la verdad o falsedad de este, sin tener la carga procesal de probarlo, en mérito de factores razonables, en este caso la efectividad de la prueba genética, el interés del niño.

Las reglas de la carga de la prueba se resumen en tres principios jurídicos fundamentales:

- *Onus probandi incumbit actori*: el demandante debe probar los hechos que fundan su pretensión.
- *Reus, in excipiendo, fit actor*: el demandado que excepciona simula ser actor debiendo probar los hechos de su defensa.
- *Actore non probante, reus absolvitur*: el demandado será absuelto si el demandante prueba los hechos fundamento de su pretensión.

[57] MARTEL CHANG, “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro”, cit., p. 70.

Para nuestro estudio, nos interesa el primero y el último.



En el nuevo proceso de filiación extramatrimonial, tiene lugar la excepción al principio "quien alega, debe probar", y por ello es el padre (ya declarado así por mandato del juez) el que deberá demostrar la no vinculación filial imputada por la madre.

En principio, la carga de la prueba le correspondería a la madre e hijo, pero por disposición de la Ley N° 28457 se invierte y es trasladada al padre.

Nos preguntamos: ¿cuál es el fundamento por el cual el legislador ha previsto tal inversión de la carga probatoria? La razón no es otra que la ya tan mencionada contundencia de la prueba de ADN. El resultado de la prueba de ADN constituye una verdad biológica que escapa a las presunciones y las debilita. Quien está en mejor posición para el ofrecimiento y actuación de la prueba de ADN es el padre. Sobre ello no cabe la menor duda. Por una cuestión lógica, fáctica, es claro que el hijo se encuentra en una situación de desventaja para probar la relación paterno-filial. ¿Cómo demostrar que es su padre sin recurrir a

presunciones y de manera certera? Hoy, la prueba de ADN le da la respuesta, pero para ello es necesario el sometimiento del padre a dicho examen.

La carga de la prueba implica una regla de conducta tanto para el juez como para la parte sobre la que pesa la carga. Para el juez, en razón de que le indica cómo fallar a pesar de no tener pruebas sobre los hechos respecto de los que tenga que fundamentar su decisión debido a la inactividad probatoria de una de las partes –en nuestro caso, del padre–, permitiéndosele un pronunciamiento sobre el fondo. Para la parte sobre la que pesa la carga de la prueba, en tanto le impone los hechos que le compete probar; caso contrario, soportará las consecuencias de su inactividad probatoria o de su actividad probatoria deficiente.

En este proceso de filiación, corresponde al demandado la incumbencia de probar su no paternidad, *mutatis mutandis*, desde la pretensión de filiación extramatrimonial que le es demandada en torno a un sustento probatorio definitivamente categórico que debe ser usado en su defensa. En efecto, en caso de que el demandado incumpla someterse a la prueba de ADN, el mandato del juez se convertirá en declaración judicial de paternidad. El demandado deberá soportar las consecuencias de su inactividad probatoria.

Téngase presente que hasta antes de este nuevo proceso se vino aplicando indirectamente en los procesos de filiación la tan discutida “teoría procesal de las cargas probatorias dinámicas”^[58]: prueba el que está en mejores condiciones de hacerlo. “Como te niegas

[58] Prima facie, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196° del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando esta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC.

a la prueba sabiéndote padre y puedes demostrar lo contrario, te declaro como tal”. Este era el estribillo que leíamos entre líneas en las sentencias. Hasta que, finalmente, en el proceso seguido contra Diego Armando Maradona, se declara su paternidad bajo el sustento que “nada hay de inconstitucional en sostener que cada litigante no debe limitarse a una escueta negativa de lo afirmado, sino también que es su carga la de allegar las pruebas que desbaraten los acertos de la contraria”^[59].

3.3.6. Diferencias entre la negativa y la oposición

Las diferencias de la oposición y de la negativa al sometimiento de la prueba biológica que se regulaba en el Código Civil, en el artículo 402º, son saltantes. Sin duda, amerita sobre el particular esbozar las diferencias entre la actual oposición y la negativa a la bioprueba la que, hasta la entrada en vigencia de la ley analizada, eran aplicables a los procesos de paternidad extramatrimonial.

[59] “Tarjeta roja: el fallo contra Maradona”, en www.diariojudicial.com.ar (12/09/2007).

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

Cuadro de diferencias		
	Negativa	Oposición
Aplicable	Acciones de estado filial	Proceso de filiación de la paternidad extramatrimonial
Partes	El padre, madre, hijo o tercero	El padre
Finalidad	Evitar la realización de la prueba	Controvertir los efectos del mandato de paternidad
Calidad	Facultativa. Puede ser fundamentada por diversidad de criterios	Facultativa. Pero la ley impone que se fundamente en el aspecto biológico
Como prueba	Las partes la pueden utilizar como prueba de su pretensión o defensa	Medio de defensa del requerido en paternidad
Sustento	Justificación razonable	Exclusivamente la prueba de ADN
Plazo	Inmediatamente después de decretada la realización	Diez días siguientes al mandato de paternidad
Efectos	Negativa justificada.- No se realiza la prueba.	Oposición fundada.- Si la prueba fuera negativa la oposición será declarada fundada, condenándose al demandante a las costas y costos.
	Negativa injustificada.- Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará la negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista.	Oposición infundada.- Si la prueba fuera positiva, la oposición será declarada infundada, convirtiéndose el mandato en declaración judicial de paternidad y el emplazado condenado en costas y costos.
		Oposición improcedente.- Si a los diez días de vencido el plazo el oponente no se realiza la prueba, por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente, convirtiéndose el mandato en declaración judicial de paternidad.

Para Céspedes Suzuki, la sola negativa al sometimiento a la prueba de ADN no probaría la paternidad, siendo necesario otros medios probatorios que la acrediten. La negativa, sostiene, sería una prueba tasada, toda vez que no se admiten otros tipos de prueba, lo que sería ilegal por atentar contra el principio de valoración conjunta de la prueba e inconstitucional, pues afectaría el derecho

a la prueba como garantía del ejercicio efectivo de la función jurisdiccional^[60].

3.3.7. La negativa como sucedáneo, es una presunción

No compartimos la opinión de esta autora. Teniendo como sustento criterios procesales afirmamos, en primer lugar, que la negativa a la prueba genética no constituye un medio probatorio. La negativa es una presunción *iure et de iure* (artículo 278° del Código Procesal Civil) que se encuadra dentro de la categoría de los sucedáneos de los medios probatorios previstos por nuestra normativa procesal (artículo 275° y ss. del Código Procesal Civil). Antes de la modificación legal, esta negativa era un indicio. Hoy, la negativa, considerada como presunción, sustituye el valor de la prueba de ADN cuando no es practicada por decisión del requerido. No es una prueba, insistimos, es un sucedáneo; es una presunción que no admite prueba en contrario.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta lo que señala Hinostroza sobre la presunción *iure et de iure* en general: “es de destacar que resulta inadmisibles la prueba en contrario del hecho presumido, pero no de aquella dirigida a acreditar la inexistencia del hecho que constituye el presupuesto para la aplicación de la presunción legal absoluta, esto es el hecho que le sirve de base”^[61]. Aplicado a nuestro caso, quiere decir que la única forma para que se desvirtúe la presunción *iure et de iure* de paternidad por la negativa del requerido sería necesario que este se someta a la prueba de ADN.

[60] CÉSPEDES SUZUKI, Erika, “Deficiencias de la Ley N° 28457”, en *Jurídica*, [Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*], N° 57, martes 2 de agosto de 2005, p. 7.

[61] HINOSTROZA MINGUES, Alberto, *La prueba en el proceso civil. Doctrina y Jurisprudencia*, 3ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 264.



Muy a pesar de ello, Céspedes Suzuki nos dice expresamente que “La Ley N° 28457 [...] ha buscado [...] darle a la negativa a la práctica de la prueba de ADN un carácter tasado superior y excluyente, toda vez que lleva al juez a declarar de inmediato la paternidad sin considerar otras pruebas. El juez se abstrae de la inexistencia absoluta de prueba, y se centra en la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica, de manera que la sola negativa implica paternidad, lo cual es un claro atentado contra el principio de valoración conjunta de la prueba recogido en el artículo 197° del Código Procesal Civil que sí fue recogido por la Ley N° 27048”^[62]. La posición de la autora citada es discutible. La autora, al confundir prueba con presunción, concluye que se trata de una prueba tasada y por ello ilegal, toda vez que impide la apreciación conjunta de la prueba. Insistimos: la presunción de paternidad por la negativa en sí no es una prueba, mucho menos tasada, sino que es consecuencia de la conducta del demandante de no hacer valer su derecho a la defensa –como lo hemos visto– sometiéndose a la prueba genética. Como ya hemos referido, la negativa constituye una presunción de tipo *iuris et de iure*, un sucedáneo que sustituye el valor de la prueba de ADN por la no práctica de esta por el emplazado a efectos de desvirtuar su paternidad de modo tajante, en razón de la certeza de la prueba de ADN. Valgan verdades, pero actualmente la negativa carece de sentido, no cabe hacer uso de ello, por lo que no es necesario el apercibimiento^[63], advertencia,

[62] CÉSPEDES SUZUKI, “Deficiencias de la Ley N° 28457”, cit., p. 7.

[63] El apercibimiento es un requerimiento hecho por el juez para que uno ejecute lo que manda o tiene mandado, o para que proceda como debe, conminándole con multa, pena o castigo si no lo hiciera (CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Heliasta, Buenos Aires, 1974, T. I, p. 762). En la *Enciclope-*

ni exhortación a la realización de actos, como lo era antes. La ley busca de manera directa lo que ayer establecía de manera indirecta. Además, y a ver si queda clara nuestra posición, también se llega a sentenciar paternidad por la no oposición al mandato de paternidad lo que, utilizando el mismo razonamiento de la autora, implicaría que tanto el allanamiento y el reconocimiento sean considerados pruebas tasadas. Y esto, qué duda cabe, no es así; al menos hasta donde sé, no queriendo saber más.

En todo caso, compartiríamos el criterio de Ariano. Sí, escribe ella que “estamos pues ante una nueva fase en la historia del derecho probatorio peruano: regresamos a la prueba plena legal. Ergo, ya no más apreciación conjunta y razonada de la prueba, ya no más motivación de por qué se resuelve en un sentido o en otro, pues quien decide es el laboratorio”^[64]. Un poco extremista para nuestro gusto, pero resulta sustentable.

3.4. Declaración de paternidad. Sentencia

Las sentencias en estos procesos pueden tener varios tipos de fallos.

Declara la paternidad:

- En mérito a los resultados positivos de la prueba genética. En esta sentencia, la verdad real coincide con la verdad formal. El ADN contribuye eficazmente en el establecimiento de la relación parental.

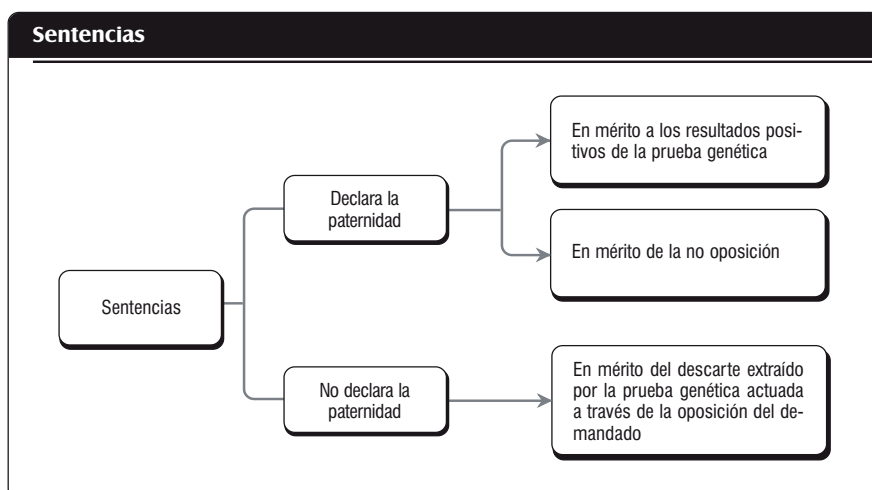
dia Jurídica Omeba, se señala que el apercibimiento constituye una prevención especial porque se concreta en una advertencia conminatoria, respecto de una sanción también especial. En ese sentido, el apercibimiento, dado por una autoridad con facultades para ello, tiene por finalidad exigir el cumplimiento de una conducta determinada y aplicar una pena en caso de desobediencia” (*Enciclopedia Jurídica Omeba*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, T. I, p. 1033).

[64] ARIANO DEHO, “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”, cit., p. 67. Agrega que “hemos, pues, entrado en una nueva era. Una era en la que bajo la máscara de la infalibilidad de la ‘prueba de ADN’ se ha regresado a una suerte de prueba ordálica, en donde el juicio de Dios es reemplazado por el juicio de más terrenal (y ‘científico’) laboratorista” (*Ibidem.*, p. 68).

- En mérito de la no oposición. Transcurrido el plazo y no habiéndose opuesto y llevado a cabo la pericia por causa injustificada, el mandato se convierte en declaración de filiación. Sin certeza de paternidad, solo por la no realización de la bioprueba se dicta sentencia. Parece un fallo sin contenido, pero no es así. Es la sanción por no colaborar con la verdad. La filiación en estos casos se establece no por el ADN, sino por una presunción legal. Se elimina la certeza científica que proporciona la prueba genética, subsistiendo la incertidumbre, como dice Martel Chang^[65].

No declara la paternidad

- En mérito del descarte extraído por la prueba genética actuada a través de la oposición del demandado.



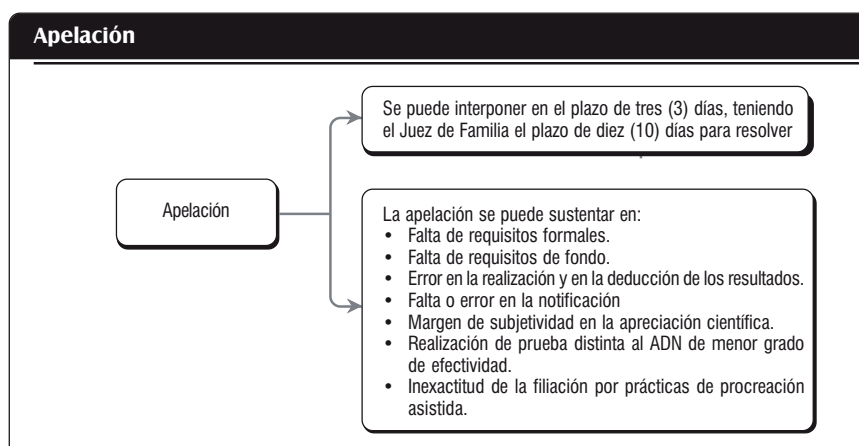
Por otro lado, la sentencia declara el nexo filial, teniendo como sustento el aspecto biológico, la esencia genética que se encuentra fundamentada en la prueba de ADN, la que, habiéndose o no realizado, es la razón de ser de este nuevo proceso. La motivación de estos fallos no debe ser exhaustiva ni referirse a hechos, que pueden existir, solo debe merituar los resultados de la pericia y

[65] MARTEL CHANG, "Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro", cit., p. 70.

fallar la paternidad. La discreción del magistrado se transforma en convicción. El grado de efectividad de la pericia genética es reconocido unánimemente incluso en los sistemas más tradicionales o conservadores como el boliviano, cuando refiere que las pruebas biológicas representan un “elemento probatorio que otorga al juzgador una convicción plena para dirimir la pretensión y la controversia jurídica de paternidad”^[66].

3.5. Apelación

En mérito de la pluralidad de instancia^[67], cabe la apelación respecto de la declaración de paternidad en el plazo de tres días, teniendo el juez de familia diez días para resolver.



Como está redactada la norma, la apelación es una facultad expresa reconocida al demandado a efectos de contradecir la senten-

[66] PAZ ESPINOZA, Félix, *Derecho de familia y sus instituciones*, 2ª ed., G.G. Gráfica, La Paz, 2002, p. 340.

[67] “TERCERO.- En el proceso de reconocimiento de filiación de paternidad extramatrimonial se cumple con el *principio de pluralidad de instancias* con el pronunciamiento del juez de primera instancia respecto a la resolución pronunciada por el juzgado de paz letrado”. Acuerdo por unanimidad del *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua*, 21 de junio de 2005.

cia que lo declara padre, contrario sensu es inapelable la sentencia que rechaza la declaración de paternidad.

¿Qué sucede cuando la sentencia es adversa a la parte demandante? En otras palabras, cuando la oposición se declara fundada, ¿cómo queda el principio de doble instancia? Cabría decir que la sentencia que descarta la paternidad (aquella que declara fundada la oposición) es inapelable o es que la contundencia de la prueba genética elimina el derecho de defensa. ¿El resultado ADN fulminaría el recurso? ¿Sí o no?

Ariano Deho plantea que “el legislador, en un arranque de ‘garantismo’, establece que la declaración judicial de filiación es apelable, pero es ‘garantismo’ a medias, pues [se] olvida de la resolución que declara fundada la oposición. ¿Será [esta] también apelable?”^[68]. Sin duda que sí –lo afirmamos tajantemente–, en razón de que, como recurso impugnatorio, se tiene un legítimo derecho al mismo; el hecho es encontrarle el fundamento para su procedencia.

Varias preguntas saltan a la vista: ¿qué puede alegarse en este tipo de apelación?

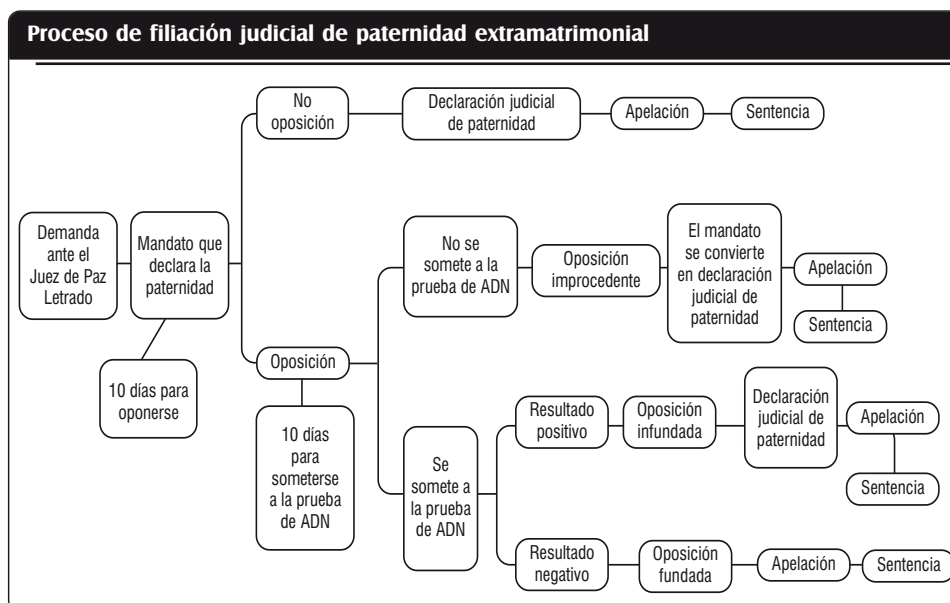
Pueden ser varias las razones:

- Falta de requisitos formales.
- Falta de requisitos de fondo.
- Error en la realización y en la deducción de los resultados.
- Falta o error en la notificación
- Margen de subjetividad en la apreciación científica.
- Realización de prueba distinta al ADN de menor grado de efectividad.
- Inexactitud de la filiación por prácticas de procreación asistida.

[68] ARIANO DEHO, “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”, *cit.*, p. 68.

4. PROCEDIMIENTO. RESUMEN

El proceso y sus actos se pueden resumir de la siguiente manera:



El proceso es sencillo, por demás escueto y de fácil realización. Implica la simplificación de procesos en aquellas pretensiones que ameritan ser defendidas de forma eficaz, cuando exista un medio de probanza de garantía.

CAPÍTULO CUARTO

ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL NUEVO PROCESO DE FILIACIÓN

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La inquietud por la modernización y remozamiento de la filiación fue preocupación de siempre. El Código Civil de 1984 no previó los avances biocientíficos, regulándose un sistema desfasado con la realidad. Perduró durante los años sin hacer caso de las necesidades poblacionales, llevando a un estado de fosilización al derecho de la filiación. La reforma, aunque no integral ni la más deseable, demoró 21 años. Tiempo más que suficiente para analizar todo lo escrito y disertado al respecto; incluso, gran parte fue producto de una labor académica y jurisdiccional a la que se suma el espíritu de los plenos jurisdiccionales de derecho de familia.

Es en el verano del 2004 que, mediante una iniciativa legal en las propuestas de la Ceriajus, Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia –Ceriajus–^[1], se proyecta la necesidad y se desarrolla un texto normativo que detallaba el proceso especial de filiación.

^[1] Creada por Ley N° 28083. La finalidad de esta comisión fue elaborar el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. Como indica el artículo 1º, este plan debía contener una propuesta global y concertada de reforma.

El fundamento fue:

La propuesta procura enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más graves y extendidos en el país. Casi un millón y medio de personas tienen directa o indirectamente problemas de filiación extramatrimonial. La idea ha sido contar con un procedimiento propio que respetando los derechos de los involucrados, pero utilizando medios coercitivos y eficaces, permita alcanzar justicia de manera oportuna^[2].

La filiación es un problema muy sensible, humano de por sí, que el Estado debe asumir con responsabilidad regulando legalmente la formalización del nexo filial de las personas, en especial los lazos de paternidad^[3], brindando una protección integral a la infancia, como un derecho colectivo en el marco de un Estado constitucional de Derecho que afiance la plena vigencia de los derechos humanos^[4]. La cifra es abrumadora, de un millón de niños sin un padre que los haya reconocido. Niños sin identidad plena, con vivencias y experiencias compartidas solo en una línea familiar, la materna. En estos casos nada conoce de su padre, menos de sus ascendientes paternos. “Fuera de mi madre [...], no tengo noticia de ninguno de mis ascendientes, si no es de Adán, cuyo parentesco me parece indiscutible” (*Trafalgar*, Benito Pérez Galdós). Futuros ciudadanos que crecerán con un estigma, con una herida que el

[2] Documento político de la Ceriajus. Se consideró un plazo: 2004-2005, el que como puede verse, se cumplió.

[3] En un tribunal argentino se argumentó: “negar la realización de la prueba importaría desconocer lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, circunstancia que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, toda vez que la prueba ordenada aparece como medio para poner pronta y eficaz solución a la situación del menor”. CSJN, 4-12-95. (Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho de familia en la República Argentina del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”, en *Revista de derecho comparado*, N° 10 [*Derecho de familia*], Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p.33.

[4] FAMÁ, Victoria y HERRERA, Marisa, “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, en *Anales de la legislación argentina*, Boletín Informativo, N° 29, T. LXV-E, Buenos Aires, 2005, p. XIII.

ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL NUEVO PROCESO DE FILIACIÓN

Estado no supo curar en el momento adecuado, en la niñez. La paternidad es una exigencia, debe ser asumida de forma instantánea, casi conjuntamente con el nacimiento, no tiene por qué aguardar. La vida no espera, continúa.

En el planeamiento estratégico de Ceriajus se desarrolló una ficha matriz para esta materia con el siguiente contenido:

Proceso especial de filiación	
Breve descripción del problema a ser afrontado	Las acciones de filiación se tramitan vía proceso de conocimiento, lo que implica que sea un proceso demasiado largo y engorroso para garantizar las pretensiones alegadas. Las partes pueden valerse de un sin número de recursos para dilatar el proceso, sumando el hecho de que los plazos establecidos por el Código son los más amplios que se preveen. No se ha considerado legalmente la validez de la prueba de ADN, la que debe ser actuada necesariamente en este tipo de procesos.
Propuesta y objetivos	Hacer más expeditivo y aligerar la duración en el trámite de los procesos de filiación proponiendo su tramitación vía proceso especial. Este proceso se caracteriza por tener un rápido resultado. Sus actos procesales son: demanda, oposición (fundada, infundada), sentencia, apelación.
Resultados esperados	<ul style="list-style-type: none"> - Defensa del derecho a la identidad - Efectividad y resultados - Descarga en los procesos de conocimiento
Instituciones involucradas	Congreso de la República Poder Judicial
Actividades / Plazo de acción	Reforma del Código Procesal Civil Reforma del Código Civil

Esta propuesta normativa es asumida luego como proyecto legislativo^[5] por varios congresistas, plasmada recién el 8 de enero de 2005, en la Ley N° 28457^[6].

[5] Proyecto N° 10772/2003-CR, 9/6/2004, *Paternidad extramatrimonial / Proceso de filiación*, Sumilla: Propone regular el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial, proponente: Alcides Chamorro; Proyecto N° 10919/2003-CR, junio 2004, *Código de los niños y adolescentes*: 182 / Proceso de filiación de paternidad, sumilla: Propone modificar el artículo 182° del Código del Niño y Adolescente, referente a la vía procesal especial para filiación, proponente: Yonhy Lescano Ancieta tomando como base lo aprobado por la Ceriajus; Proyecto N° 11536/2004-CR, 23/09/2004, *Filiación extramatrimonial*, sumilla: Propone la ley que establece el proceso de filiación extramatrimonial, proponente: Fausto Alvarado Doder. Los tres congresistas fueron miembros de Ce-

Es importante tener en cuenta tres cosas:

Primera.- Junto con la propuesta de proceso especial previamente se había discutido la posibilidad de sumarizar el proceso. Sobre el particular presentamos una que se basaba en que los procesos de filiación extramatrimonial debían seguirse en la vía sumaria para lo cual diseñamos y propusimos el siguiente texto modificatorio del Código Procesal Civil:

riajus. El segundo gran impulsor de esta ley, el último dio el do de pecho en el proyecto de reforma del sistema de justicia.

Asimismo, otros proyectos buscaron sumarizar el proceso de filiación: proyecto N° 10312, 7/4/2004, *Filiación extramatrimonial / Sumariza el proceso*, Sumilla: Propone sumarizar el proceso de filiación extramatrimonial; Proyecto 7471, 3/7/2003, *Código procesal civil: 546,547/ Proceso sumarísimo filiación extramatrimonial*, sumilla: Propone modificar los artículos 546° y 547° del Código Procesal Civil, referente a que es procedente tramitar como proceso sumarísimo la filiación extramatrimonial; Proyecto 5781, 3/3/2003, *Código Procesal Civil: 546,547/ Trámite sumarísimo/ Filiación extramatrimonial*, Sumilla: Propone modificar los artículos 546° y 547° del Código Procesal Civil, e incorpora al trámite sumarísimo a la filiación extramatrimonial.

[6] Curiosamente, esta ley no fue promulgada por el Presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique, lo que determinó que el Congreso ordenara su publicación y cumplimiento. Parece absurdo que una ley con tanta trascendencia no haya contado ni con la aprobación o, al menos, observación alguna del primer mandatario. Puede presumirse que el caso judicial seguido en su contra sobre declaración judicial de paternidad, que terminó en una transacción reconociendo a Zarai Toledo Orozco, dejó una huella en él. Mayor referencia del caso Vide *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 8, N° 40, Lima, 2002.

Propuesta de legislación

TÍTULO III
PROCESO SUMARÍSIMO
CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 546º.- PROCEDENCIA.-

Se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos:

[...]

9. La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial

10. Los que señale la ley

Artículo 547º.- COMPETENCIA.-

[...]

En los casos del inciso 9 son competentes los jueces de familia

[...]

SUBCAPÍTULO 7
RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Artículo 607º-A.- APLICACIÓN SUPLETORIA.

La pretensión de reclamación de la filiación extramatrimonial se sujeta a las disposiciones del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este subcapítulo.

A criterio del juez, y según la complejidad del asunto, el proceso de filiación podrá ser tramitado vía proceso abreviado lo que será decretado en resolución debidamente motivada, la misma que se expedirá sin citación del demandado y no admitirá recurso alguno.

Artículo 607º-B.- COMPETENCIA.

Las acciones de reclamación de la filiación extramatrimonial se tramitan ante el juez de familia.

Corresponde el conocimiento del proceso al juez del domicilio del demandante o del demandado a elección de este.

El juez rechazará de plano cualquier cuestionamiento a la competencia por cuestión de territorio.

Artículo 607º-C.- INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este subcapítulo, y, como tal no emite dictamen.

Artículo 607º-D.- ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.

Se puede demandar acumulativamente la rectificación de nombre y la indemnización por daños.

Artículo 607º-E.- PARTES EN EL PROCESO.

En las acciones de reclamación de la filiación extramatrimonial:

1. Deben ser demandadas las personas cuya filiación sea reclamada. En caso de fallecimiento la acción se dirige contra los herederos.

2. La acción que corresponde a una persona podrá ser ejercida por sus herederos en la medida que hubiera fallecido.

En ambos casos los herederos pueden continuar la acción iniciada.

Artículo 607º-F.- POSESIÓN DE ESTADO Y LEGITIMACIÓN ACTIVA

La posesión constante de estado faculta a aquel que tenga legítimo interés a iniciar la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial.

En todo caso, la acción solo corresponde al hijo, a la madre o al padre.

La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial puede ser ejercida antes del nacimiento.

Artículo 607º-G.- MEDIDAS CAUTELARES

El juez puede adoptar las medidas cautelares pertinentes sobre la persona y los bienes de las partes.

Artículo 607º-H.- MEDIOS DE PRUEBA, ADMISIÓN Y ACTUACIÓN

En las acciones de reclamación de la filiación extramatrimonial se admitirá toda clase de pruebas, incluso las biológicas o de marcadores genéticos, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte.

En el auto admisorio el juez ordenará la actuación de la prueba genética.

La parte que ofrece la prueba debe cubrir el costo de la misma, valor que será reembolsado por el condenado en filiación.

Artículo 607º-I.- EFECTOS DE LA NEGATIVA INJUSTIFICADA

La negativa injustificada al sometimiento a la prueba genética será apreciada por el juez de acuerdo a la calidad de quien se resista, tomando en cuenta las pruebas presentadas y la conducta procesal de la parte.

Segunda.- En el informe final de la Ceriajus se presentó, además del proyecto de reforma constitucional del capítulo de justicia, 52 propuestas normativas de las que aproximadamente 24 se acompañaron con los respectivos proyectos de ley^[7]. El Congreso de la República priorizó el debate habiendo emitido a la fecha 13 leyes en total, de las cuales 11 corresponden a las 52 propuestas indicadas y dos son parte del paquete de medidas urgentes propuestas por la Ceriajus^[8].

Tercero.- Finalmente se aprobó el proceso especial que fuera esbozado, preparado y sustentado por el profesor Juan Monroy Gálvez bajo la siguiente estructura:

Propuesta legislativa

Artículo 1. Demanda.- Quien tenga interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días, el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad.

Artículo 2.- Oposición.- La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba de biológica o de marcadores genéticos dentro de los diez días siguientes a la fecha en que el demandante preste garantía por el costo de la prueba. Si transcurridos los diez días desde la notificación de la prestación de garantía, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad.

Artículo 3.- Oposición fundada.- Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada, se ordenará que el oponente se haga cobro de la prueba con la garantía respectiva y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso.

Artículo 4.- Oposición infundada.- Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad, se ordenará la devolución de la garantía al demandante y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso.

Artículo 5.- Apelación.- En este procedimiento sólo es apelable el auto que resuelve la oposición. El recurso será concedido sin efecto suspensivo.

[7] Como lo recuerda LA ROSA CALLE, Javier, “¿Y cómo va la reforma de la justicia promovida desde Ceriajus?”, en *Justicia Viva Mail*, Instituto de Defensa legal, N° 179, 11 de abril de 2005.

[8] Congreso de la República, Comisión Especial de Estudio del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia: *Informe Preliminar*, octubre 2004-abril 2005, presidente Fausto Alvarado Dodero.

ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL NUEVO PROCESO DE FILIACIÓN

Prestándose la atención debida vemos que la propuesta presentada por la CERIAJUS difiere de la ley dictada en:

Cuadro comparativo		
	Propuesta de la CERIAJUS	Ley Nº 28457
Notificación	-----	Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de 10 días de haber [sido] notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad
Costo de la prueba	El demandante presta garantía por el costo de la prueba	El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar auxilio judicial
La prueba	Prueba biológica o de marcadores genéticos	Se restringe la prueba exclusivamente al ADN
Apelación	Solo es apelable el auto que resuelve la oposición	Establece plazos para interponer y resolver la apelación
Realización del ADN	-----	El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo
Disposiciones complementarias	-----	Incorpora 4 disposiciones complementarias: - Modifica el Código Civil - Modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial - Modificación o derogación de las disposiciones que se opongan - Adecuación de los procesos en trámite

2. JUSTIFICACIÓN DEL PROCESO

Lo decimos una vez más, la justificación para la formulación y aprobación de este proceso fue la contundencia de la prueba de ADN. Los resultados efectivos que de ella pueden obtenerse para establecer quién es el padre no merecen mayor discusión. Si existe certeza en la prueba de la pretensión a invocarse, el proceso debe ser ágil, de prontitud y eficacia en mérito de lo reclamado. Aseveramos, para lo escrito y dicho, que el ADN es una pericia de autoridad. Su alta confiabilidad resultará incrementada por el prestigio del perito interviniente.

Con esta base, y en virtud al *bonum filii*^[9], se buscó dar solución al incremento cada vez mayor de madres solteras, la irresponsabi-

^[9] Se ha mencionado con solvencia que el interés del niño tiene tanta importancia que ha sido adjetivado como “superior”, “exclusivo”, “prevalente”, “objeto

lidad de los progenitores, lo dificultoso de los procesos de paternidad (largos, costosos, tanto más que la angustia de los litigantes) y a la gran cantidad de niños sin padre (por encima del millón). A pesar de las evidencias fácticas no se sabía el desenlace en los tribunales, se esperaba sin pena ni gloria sea cual fuera el resultado (Si sale con barbas, San Antón, si no la Purísima Concepción). Niños sin sonrisa, quizá con una que otra arrancada de momentos. Con mejillas surcadas por lágrimas saladas, tristes, dolorosas por no tener un padre. Su ternura olvidada, resquebrajada en parte de su ser. La vida de un niño sin padre se transforma en un retrato difícil de definir (“Jamás he realizado un retrato que esté riendo o llorando, estos son elementos pasajeros. La ternura no, la ternura es una forma estructural del ser”, Guayasamín, Oswaldo, *Volti rostros*, Editalia, Quito, 1998).

Más que un problema legal –como lo he querido dejar en claro al final del párrafo anterior–, la filiación es un drama social que echa sus raíces en la comunidad, mereciendo ser afrontado con prontitud y rectitud por la ley tomando en cuenta el interés familiar, y sobre todo del niño. Es responsabilidad del Estado tender con una política efectiva a su establecimiento. En la determinación de la paternidad no solo existen intereses privados, no es una cuestión individual, es también social. Existe el interés público. El compromiso social y responsabilidad del Estado de facilitar el legítimo derecho a conocer

de primaria consideración” (POCAR, Valerio y RONFANI, Paola, *La famiglia e il diritto*, Editori Laterza, Roma, 2003, p. 157). Con la misma opinión el magistrado ecuatoriano Márquez Matamoros nos da a entender que el interés superior del niño aporta dos lecturas: una *individual* (protegiéndole a él) y otra *colectiva* (lograr la paz social))MARQUEZ MATAMOROS, Arturo, *Legislación internacional sobre derechos de los niños. Aplicación y obligatoriedad en el Ecuador*, Abya-Yala, Quito, 2000, p. XVIII). Como principio, resulta un as con doble cara, en beneficio de uno y en perjuicio de otro. Como diría Kemelmajer, el interés superior del niño es prácticamente “un cheque en blanco” que permite un libre y casi absoluto accionar en defensa de la niñez. (Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho de familia en la República Argentina del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”, en *Revista de Derecho Comparado (Derecho de Familia)*, N° 10, Buenos Aires, 2004, p. 9.

nuestro origen^[10]. Con claridad, Montoya Chávez escribe que “el interés del niño debe ser concebido como una exigencia para que las autoridades no se queden en el dictado de normas o políticas gubernamentales en abstracto, sino que deben velar porque el estricto cumplimiento de ellas redunde en los niños y adolescentes, responsabilidad también aplicable a la comunidad”^[11]. La jurisprudencia local a mediados de los noventa entendió la realidad del problema y consideró la necesaria aplicación de la prueba del ADN, es decir, que sea decretada por el juez bajo nulidad de lo actuado, en los siguientes términos:

La prueba de ADN, permitida por el artículo 413° del Código Civil, elimina cualquier duda sobre la paternidad; que habiendo aceptado el demandado la realización de esta prueba científica, debió ordenarse de oficio a cuenta y costo de dicho demandado; que por economía procesal la Corte Superior puede ordenar la realización de dicho medio probatorio^[12].

Razonamiento que establece la nulidad de la sentencia de vista, disponiendo que la Corte Superior expida nuevo fallo, ordenando previamente la realización de la prueba de ADN. Igual tendencia se sigue a fines de los noventa en Brasil, bajo el argumento que no se admite un juzgamiento de la investigación de paternidad sin agotar la posibilidad de confirmar la filiación por el ADN^[13]. Todo lo demás se explica por sí solo.

[10] En este sentido, vide GROSMAN, Cecilia y ARIANNA, Carlos, “Los efectos a de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, en *La Ley*, 1992-B, p. 1193. (MAZZINGHI, Jorge, “Negativa a colaborar con la investigación de la paternidad y la indignidad sucesoria”, en *La Ley*, 1996-B, p. 546).

[11] MONTOYA CHAVEZ, Víctorhugo, “La tutela constitucional de los menores en abandono”, en *Actualidad Jurídica*, N° 138, 2005, p. 150.

[12] Expediente N° 34-96/Lima, Corte Suprema de Justicia. Vide “La prueba de ADN”, en *Cuadernos jurisprudenciales* [suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia], año 4, N° 37, 2004, pp. 43 y 44.

[13] Cfr. SILVIO RODRÍGUEZ, *Direito civil. Direito de familia*, 27ª ed. actualizada por Francisco José Cahali, volumen 6, Sao Paulo, Saravia, 2002, p. 374.

3. IMPORTANCIA DE LA NORMA

Como mencionáramos en su oportunidad^[14], este proceso especial de filiación acaba con todo, restringiendo –por otro lado– aquellos actos procesales dilatorios como las excepciones, tachas a las pruebas, farragosas contestaciones de demanda, sin mencionar la falta de audiencia^[15]. Acaba en sí con la negativa a no someterse a la prueba (siempre se encontraba alguna excusa), apercibimientos, alegatos, informes orales, incluso no procede la casación (al iniciarse el proceso ante juez de paz letrado y concluir ante el especializado). Todo esto se acabó. En fin, es toda una revolución procesal que debe ser entendida en la dimensión del problema que busca afrontar. La suerte o albur a la que muchos demandados en paternidad encomendaban su defensa queda de lado para hacer frente a una investigación objetiva, directa.

La pretensión de filiación baja al llano gracias al ADN. Un futuro prometedor: todos los hijos con un padre, como debe de ser, como la naturaleza lo exige. Sin entrar en un estudio teogenético, al estilo de José Saramago (*El evangelio según Jesucristo*), salvando las distancias y como referencia, recordemos que solo Adán y Cristo carecieron de padres terrenales, como nos lo recuerdan las

[14] VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre”, en *Jurídica* [Suplemento de análisis legal de *El Peruano*], Año 2, N° 30, Lima, martes 25 de enero de 2005, p. 8; “En el nombre del padre. El ADN: un tsunami genético que arrasó con el formulismo procesal”, en *El Comercio*, Lima, A. 5; Asimismo, en *La Ley*, sábado 26 de febrero de 2005, Buenos Aires, miércoles 16 de marzo de 2005, Año LXIX, N° 53, pp.1 y 2.

[15] “QUINTO.- *No es necesaria la realización de una audiencia por cuanto se desnaturalizaría el trámite.* Debe tenerse en cuenta que la naturaleza de la prueba científica es irrefutable, por tanto no es necesaria la explicación del dictamen pericial en audiencia”. Acuerdo por unanimidad del *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua*, 21 de junio de 2005. Cierta sector de jueces opina lo contrario dada la importancia del proceso: “Si en el proceso se produce la prueba pericial de ADN, debe debatirse dicha pericia en una audiencia, para garantizar el debido proceso. El trámite establecido para estos casos transgrede el derecho constitucional al debido proceso en lo referido a la garantía de que todo fallo judicial debe ser suficientemente motivado”. Motivos no acogidos por el *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua*, 21 de junio de 2005 (las cursivas son nuestras).

Sagradas Escrituras. El hombre, con su ciencia, trae a la realidad estos relatos bíblicos con matices biotecnológicos como la clonación, la partenogénesis, en fin. No es lo óptimo, pero a eso vamos. Un niño sin padre, aunque científicamente sea posible, socialmente es inaceptable. La ley de filiación –esta que analizamos– nos ofrece una solución que no hace más que reconocer la fuerza de los genes por sobre el formulismo legal. El criterio normativista, la rigurosidad y apego a los principios jurídicos ceden frente al imperio de la protección inmediata de una persona para contar con un padre. Lo contrario implica desconocer un escenario que está frente a nosotros y al lado de la verdad. Todos, biológicamente hablando, tenemos un padre y una madre, no existe justificación para carecer de uno o de otro. Ningún hijo es del viento o de la aurora^[16], todos tenemos un anclaje, unas raíces. Más allá de la ley, de su imperio, habría que buscar sensibilizar las relaciones humanas encontrando el espíritu de la norma, padres de ley sin compromiso moral tampoco es lo que buscamos.

Al menos la ley dictada y el procedimiento aprobado buscan solucionar el problema de la paternidad. Es una solución de fondo y también de forma. Se declara una paternidad a falta de voluntad expresa, reconociéndose exclusivamente la verdad biológica, aunque no coincida con la socioafectiva. Esto último es, qué duda cabe, discutible, y a la par riesgoso, porque en el fondo las relaciones humanas representan un elemento que no puede ser desconocido al momento de fallar una paternidad. Con esta corriente se manifiesta que “se estima hoy insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación, y en este sentido son discutibles las posturas biologists extremas que han esbozado algunos autores. Con dichas tesis, quiérase o no, se degrada la naturaleza del hombre a su sola esencia animal, desconociendo que la criatura humana representa fundamentalmente un ser cultural y social”^[17]. Sin duda que este planteamiento merece una reflexión seria en la que se pueda conjugar con un verdadero “interés” la identidad genética (los genes) y la identidad dinámica

[16] VALLE, Gabriel, *Ética e direito*, Síntese, Porto Alegre, 1999, p. 28.

[17] MIZRAHI, Mauricio Luis, “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, en *La Ley*, T. 2004 E, Sección Doctrina, p. 1198.

(la vida) de la persona, trayendo a colación la vieja pregunta: ¿Cabe colocar en la balanza la verdad biológica con la verdad sociológica? La doctrina brasileira^[18] lo discute ampliamente y fija una posición por la verdad cultural y social, además de ser reconocido por su moderno Código Civil^[19].

4. (SIGUE) DE SUS OPOSITORES Y LOS SUPUESTOS DERECHOS VIOLADOS

Como de costumbre, no faltan opositores a la ley de intimación de paternidad. Sostienen, como es el caso de Plácido Vilcachagua, con un personal razonamiento amparado en el derecho constitucional, que los medios propuestos por la ley resultan *restricciones gravosas de los derechos a la intimidad y a la integridad* del presunto progenitor dado que, prácticamente, con el dicho de la parte demandante, se declarará una paternidad y se impone una obligatoria actuación de la prueba de ADN para oponerse al mandato de paternidad^[20], lo que vulnera el derecho a la defensa, y por ello es inconstitucional^[21].

[18] La discusión en la teoría brasileira, por demás interesante, menciona que “O uso do exame de D.N.A em caráter determinante para o reconhecimento de filiação peca no sentido de tornar a filiação simples laço biológico desprovido de emoções e sensações”. Cfr. GRUNWALD, Astried Brettas, “Laços de família: critérios identificadores da filiação”, en *Jus Navigandi*, N° 112, 24/10/2003. Disponible en: www.jus.com.br. Acceso el 30/5/2005. Asimismo, CAMBI, Eduardo, “O paradoxo da vedade biológica e sócio-afetiva na acção negatoria de paternidade, surgido com o examen de DNA, na hipótese de *adoção à brasileira*”, en *Revista de Direito Privado*, N° 13, 2003, pp. 85 y ss. ZENO VELOSO, “A sacralização do DNA na investigação da paternidade”, en *Grandes temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação* (Coord. Eduardo Oliveira Leite), p. 388, citado por PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, 14ª ed., Vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 370.

[19] En Brasil se viene admitiendo la disociación entre la paternidad y la ascendencia genética reconocido a nivel del Código Civil “artículo 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou adoção”.

[20] PLÁCIDO VILCACHAGUA, “*Creditur virgini pregnant...* volviendo al *ancien droit*: a propósito de la Ley N° 28457, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, cit., p. 33.

[21] PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex, “Es inconstitucional obligar al demandado a someterse a la prueba de ADN”, en *Legal Express*, Año 5, enero, N° 49, Lima, 2005, p. 19.

Céspedes Suzuki, en la misma corriente, alega que “la realización de la prueba pericial de ADN puede implicar la vulneración de derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad (intimidad genética), el derecho a la integridad incluso física, el derecho a la libertad personal, puesto que todo individuo tiene derecho a oponerse a la ejecución de todo aquello que no le venga impuesto por la ley, ya que carecemos en nuestro ordenamiento de norma específica que obligue al sometimiento a este tipo de pruebas”^[22]. Pero, Rodríguez Ávalos considera que a la luz de nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente posible obligar al demandado a someterse a la prueba de ADN, pues no presenta ningún conflicto entre los derechos del presunto padre y del menor^[23].

Con un similar razonamiento a Plácido y Céspedes, tratan el tema Suárez Vargas^[24] y Rodríguez Domínguez^[25], quien además alega que es inconstitucional porque atenta contra la presunción de inocencia (consagrada en el artículo 2º, inciso 24, literal e de la Constitución), lo que resulta al extremo desatinado, como veremos luego.

Otros, que no faltan, siguiendo la cómoda tendencia ecléctica dicen que no todo el texto de la norma merece reproche constitucional, solo una parte –mejor dicho no toda la ley es mala–, solo dos artículos, el 1º (en su segundo párrafo) y el 2º, disposiciones estas “que no admiten su adecuación constitucional porque infringen el derecho al debido proceso”^[26].

[22] CÉSPEDES SUZUKI, “Deficiencias de la Ley N° 28457”, cit., p.7.

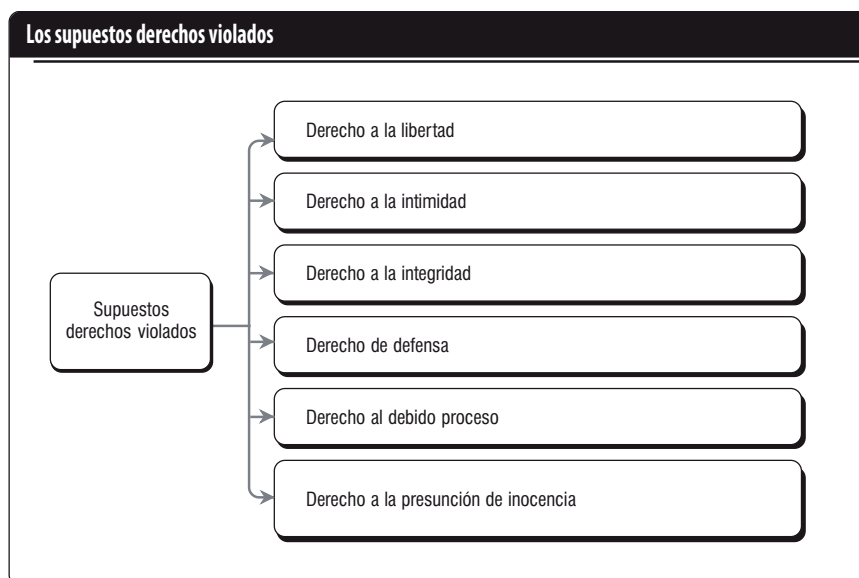
[23] RODRÍGUEZ ÁVALOS, Yovar Osven, “Modernos lineamientos de la filiación biológica y la ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial”, en *Actualidad Jurídica*, N° 169, Lima, 2007, p. 42.

[24] Este autor con críticas no del todo fundamentadas presume “la sana y buena intención del legislador de eliminar el ritual habitual en los procesos de esta naturaleza por el asfixiante problema social que generan estos casos y en atención al principio del interés superior del niño y adolescente respecto a su derecho a no contar con la paternidad natural y deseada. Sin embargo, ello no puede ser motivo para estar alejado de la tutela efectiva prevista como garantía constitucional”. (SUÁREZ VARGAS, “El ‘especialísimo’ proceso de filiación”, cit., p. 3).

[25] RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., p. 402.

[26] FURUKEN ZEGARRA, Carlos, “El (actual) proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y el derecho a un debido proceso”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 13, N° 108, Lima, 2007, p. 94.

Vayamos por partes.



4.1. Derecho a la libertad

La libertad es la facultad de hacer o dejar de hacer aquello que el orden jurídico permita. La prerrogativa que tiene la persona de realizar –sin obstáculos– sus actividades en el mundo de las relaciones^[27]. La única limitación para el ejercicio de este derecho es el no transgredir ni violar el derecho de las demás personas (*hominis ad hominem proportio*^[28]), parámetro asumido por la ley tomando como base al *principio de reserva de la ley* y al *principio de legalidad*. (Mi derecho termina donde empieza el derecho de los

[27] BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da personalidade*, 6ª ed., actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forense Universitária, Río de Janeiro, 2003, p.105.

[28] Dante Alighieri anotó “*Jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem; corrupta, corrumpit*”. Esto es entendido en el sentido de que el derecho es una proporción real y personal, del hombre para el hombre que, conservada, conserva la sociedad; corrompida, la corrompe, implica establecer un orden entre los seres que viven juntos.

otros). Entonces, es la ley aquella que precisa lo que una persona está obligada a *hacer*, o en todo caso a *no hacer*^[29].

Considero, no de ahora sino desde tiempo atrás, que el sometimiento a las pruebas genéticas para investigar la paternidad es una *colaboración obligatoria* que de ningún modo atenta contra la libertad individual, en razón de que las técnicas de averiguación de la paternidad son sencillas y no implican una violación al derecho a la autodeterminación del individuo: quien alegue tal restricción comete un abuso de derecho^[30]. Entiéndase claramente que el abuso de derecho es una conducta que se sustenta en un derecho subjetivo que se convierte en antisocial al transgredir un deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad^[31]. Liése Thurler^[32] reflexiona que una prohibición al abuso de derecho simboliza un cambio de una concepción individualista a una concepción socializante del derecho. Esto encaja de manera precisa a nuestra posición. Mejor aún, como lo hemos tratado, la jurisprudencia española (tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional) sienta como criterio –compartido– que la imposición coercitiva, forzada de la prueba genética, viola derechos personales extensamente la libertad individual^[33].

Ciertamente, la libertad se trasgrede *ex officio* con la imposición directa. Al haber sido decretada *ex lege*, la bioprueba sería perfectamente realizable. El derecho a la libertad del individuo –por más presunto que sea– no puede sobreponerse con el derecho a la identidad requerido –de aquel que le falta filiación. Dicho sea el paso, no es la única ley que impone la realización de exámenes

[29] VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “El principio de libertad personal y el principio de legalidad”, en *Suplemento Actualidad. La Ley*, Buenos Aires, 28 junio de 2005, Año LXIX, N° 124, p. 2.

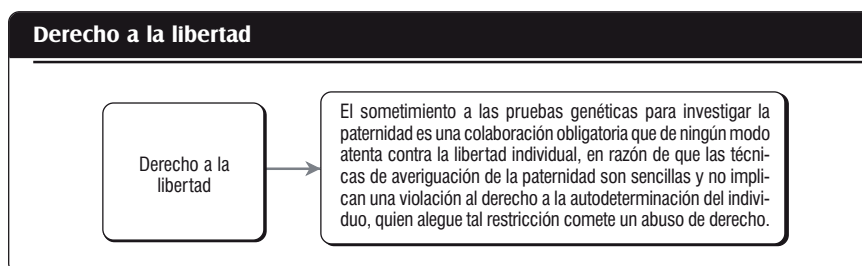
[30] VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Filiación, Derecho y GeNética*, Lima, Universidad de Lima FCE, Lima, 1999, p. 186.

[31] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 178.

[32] LIÉSI THURLER, Ana, “Un fenómeno latinoamericano en el siglo XXI: intentos de inconstitucionalizar iniciativas legislativas dirigidas a la superación del sexismo”, en *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2007, p. 77.

[33] VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Filiación, Derecho y GeNética*, cit., p. 191.

in corporis^[34] (anotamos esto último por si acaso la idea no queda del todo clara).



Criterios encontrados los hay, incluso a nivel jurisdiccional uno de los primeros fallos de la justicia de paz dice:

“**Décimo.**- Con respecto a la vulneración del derecho a la libertad cabe precisar que el segundo artículo de la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete conmina indirectamente al demandado a efectuarse la prueba de ADN dentro de los diez días de notificado como única posibilidad para que se suspenda el mandado [sic.], lo que se traduce en una aparente obligación propia del demandado cuando realmente su decisión es consecuencia de la presión del poder estatal a través de la norma en mención que indirectamente lo conmina a someterse a una única prueba para que su oposición al mandato se pueda hacer efectiva, negándosele la posibilidad de que en ejercicio de su propia libertad pueda negarse a someterse a la misma. Aplicar

[34] Una persona puede legítimamente negarse por razones justificadas a una práctica médica alegando su derecho de no acción a efectos de impedir la intervención sobre su estructura biológica. Sin embargo, la ley puede establecer la obligatoriedad a determinadas prácticas sustentando razones de orden público de manera que la autonomía privada y por tanto, el consentimiento de la persona queda limitado. Tal es el caso de las medidas aplicadas en materia poblacional (vacunación, certificado prematrimonial, examen médico para el servicio militar, internación de enfermos mentales, ingreso a determinadas zonas del país, entre otros casos), o para efectos de establecer la comisión de ilícitos civiles (dosaje étílico) y para casos especiales, como la cesión y transfusión de sangre (descarte del sida), o en materia laboral. En estos ejemplos prima el interés social frente al individual. (Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho médico peruano*, Lima, Grijley, 2006, p. 170).

la ley en mención en este extremo se traduce en una coacción del demandado, vulnerándose su libertad, la que está consagrada como derecho en los artículos dos inciso veinticuatro de nuestra Carta Magna, tres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y siete inciso primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos^[35].

Nuestra posición no se ajusta al considerando citado. Es todo lo contrario, a la inversa del pensamiento tratado.

Somos partícipes de la legitimidad de la ley y de la defensa de los derechos de las partes intervinientes. El derecho a la libertad es reconocido y protegido, al igual que otros derechos, su aplicabilidad puede ser restringida por causa justificada, situación que aplica estrictamente la ley que regula el proceso en análisis.

Parte de esta posición es asumida en la Resolución de la Corte Suprema de Justicia del 13 de agosto de 2007, la cual declara que la Ley N° 28457 no afecta ningún derecho del demandado:

“DÉCIMO TERCERO.- [...] la referida ley no obliga al demandado a someterse a la prueba de sangre, ni que se le conduzca de grado o fuerza, por el contrario, la norma señala en el tercer párrafo del artículo 2°, que si después de transcurridos diez días de vencido el plazo, el emplazado no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, su oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad. Significa que el demandado es libre de decidir si concurre a la toma de las muestras para la prueba de ADN, más aún, al formular la oposición se obliga a asistir, empero, en caso que no asista injustificadamente, como en el caso de autos, el Magistrado deberá pronunciarse por la improcedencia de la oposición y declarar judicialmente la paternidad. Lo que se evalúa es su conducta ante un medio probatorio que resulta determinante, y que daría solución a la litis, y con ello se busca proteger el derecho fundamental a la identidad y al nombre

[35] Expediente N° 180-05, Resolución N° 7 (8/09/2005), Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, Primer Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón.

de la persona, en este caso el menor cuyo reconocimiento de paternidad se pide. Si bien es cierto el derecho a la libertad es fundamental y debe ser protegido, este al igual que todos los derechos puede ser regulado, y pueden ser materia de restricciones en tanto se opongan o relacionen con otros derechos, más allá que, como se ha explicado en el motivo anterior, no existe vulneración alguna a dicho derecho^[36].

La Ley N° 28457 no exige someterse a la prueba para el análisis de ADN, ni requiere la conducción de grado o fuerza, de forma tal que hay garantías, pudiendo perfectamente haber decretado la coerción expresa (den gracias a que no lo hace). Echando más leña al fuego: no puede señalarse que la aplicación de la ley implica una coacción... eso no es así. Coaccionar –jurídicamente hablando– es “obligar” a alguien a realizar lo no querido ¿Acaso esta ley obliga? No.

La ley no obliga. Solo establece como requisito de procedibilidad a la oposición el sometimiento a la prueba de ADN. Si el demandado está seguro de su no paternidad debe ser el primero en querer la realización de la prueba a fin de librarse de la imputación hecha^[37]. Por último, “no hay que tenerle miedo a la obtención compulsiva cuando, en última instancia, pretende satisfacer o restituir derechos humanos”^[38].

Mi libertad es un derecho que debo realizarlo, pero no puedo sobrejerarlo ni forzarlo a límites de mi individualidad, de mi provecho personal, o es que estamos dando paso al “súperhombre” de Nietzsche, que inventa sus valores, contraría la verdad, el bien

[36] Expediente N° 1699-2007-Lima Norte. Consulta. Corte Suprema de Justicia de la Republica Sala de Derecho Constitucional y Social.

[37] Para Berenice Días y Chaves se trata de una presunción *iuris tantum* de paternidad. El STJ brasilero consideró que en la acción investigativa la negativa del supuesto padre en someterse al examen de ADN induce a presunción *iuris tantum* de paternidad. Vide BERENICE DÍAS, María y CHAVES, Marianna, “El predominio del derecho a la identidad. Sobre la constitucionalidad de la Ley N° 28457 de 8/1/2005”, en *JuS-Jurisprudencia*, N° 7, Lima, 2007, p. 44.

[38] HERRERA, Marisa, “La identidad en serio. Un debate inconcluso sobre la compulsión de las pruebas biológicas en los juicios de filiación”, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 2, Lima, 2007, p.119.

común, atenta contra el “ser” humano y sus ideales, creyéndose irreverentemente un pequeño dios. La simple decisión de un hombre puede importar el destino de los demás, en estos casos más aún.

El demandado es totalmente libre de decidir la forma y el medio, el qué y el cómo, los efectos y sus resultados. Eligirá libremente entre no contestar, contestar, allanarse, oponerse o someterse, gestionando de propio derecho la sanción impuesta^[39].

En todo caso, jueguen con las diversas opciones de respuesta frente a la pregunta de Arias de Ronchietto^[40]: ¿la libertad de quién se afecta? Concluirán conmigo –espero no equivocarme– que la más afectada es la libertad del hijo de saber su fuente paternal.

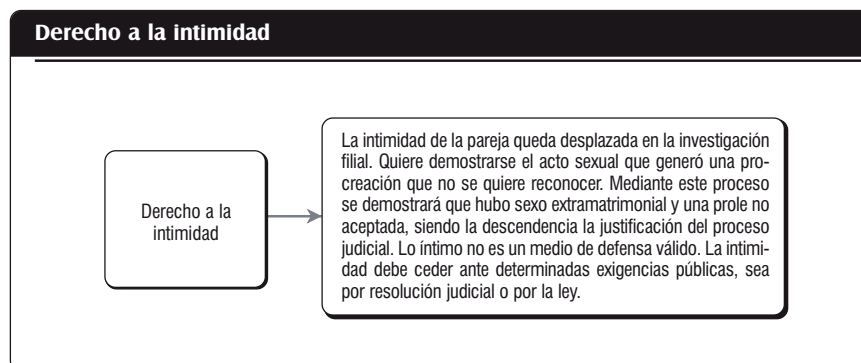
4.2. Derecho a la intimidad

La filiación natural es producto de la procreación que deriva del acto sexual, sin descartar los distintos medios procreáticos. El acto sexual se desarrolla en lo más íntimo de la vida de las personas, no es un acto público, es lo más privado y reservado del ser humano. En él los amantes expresan *su* lenguaje corporal, integrándose, dándose entre sí, *haciendo el amor*. La entrega de dos está limitada a ellos, son quienes engendrarán un nuevo ser. Como dice Krasnow, “la *procreación biológica* nace de una relación entre un hombre y una mujer en el ámbito de lo privado, sin intervención de terceras personas, creándose una vida nueva, resultado de la fusión de la historia biológica de sus padres”^[41].

[39] VELARDE BOLAÑOS, Rosa, “La verdad os hará libres. A propósito de *inaplicabilidad* de la Ley N° 28457”, en *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2007, p. 33.

[40] ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, “Una ley inteligente: La Ley peruana N° 28457 de 2006”, en *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2007, p. 46.

[41] KRASNOW, Adriana Noemí, “La filiación y sus fuentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, T. 2005 A, Sec. Doctrina, p. 1461.



El acto íntimo generador de vida no puede ser esgrimido como medio de defensa para objetar la pesquisa filial. Mizrahi con claridad se encuadra dentro de este razonamiento, señalando que: “El derecho del hijo a obtener su filiación no se inscribe en la esfera de privacidad del presunto progenitor, pues media un *interés social* en que aquel obtenga el emplazamiento que le corresponda, lo cual conlleva a observar una actitud de respeto a los posibles vínculos familiares. Por lo demás, y esto nos parece fundamental, es verdad que el propio accionado dejó de lado su propia intimidad, al transportar fuera de sí su propio material genético”^[42]. Por el contrario, es el medio más directo para escudriñar el origen parental que es

[42] MIZRAHI, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, cit., p. 99. En esta posición cita el autor jurisprudencia y doctrina Tribunal Constitucional de España, Sala I, 17/1/94, ED, pp.157 a 259; CS Sfe, 19/9/91, LL, 1992-D536; TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, 4/5/00, “NN. Recurso directo”, LLC, 2001-22; SC Mendoza, Sala I, 29/8/95-B-546; CNCiv, Sala I, 21/6/01, ED, 194-54; MÉNDEZ COSTA, *Encuadre constitucional del derecho a la identidad*, LL, 1992-D-536; GÓMEZ, “Compromiso del derecho a la intimidad del demandado en la producción de la prueba biológica en la especie, de la genética ofrecida por el actor en proceso por su filiación”, en *Derecho de Familia*, N° 11, p. 67; MODESTA/SÁENZ, “Algo más sobre el derecho a la identidad”, LL, 1995-A-377; GROSMAN/ARIANNA, “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, LL, 1992-B-1193; MEDINA, “Filiación: negativa a realizar pruebas biogenéticas”, JA, 1995-IV-340; ALVAREZ, “Alcances de la negativa del padre a someterse a la prueba hematológica en las acciones de reclamación de filiación extramatrimonial”, ED, 124-710; BOSCH (h), “La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas”, LL, 2003-B-1116.

lo que más debe interesar al Estado. Esta idea la sostiene la profesora Hernández Díaz-Ambrona al considerar que “debe prevalecer el interés social y el orden público inherente a las pruebas sobre el derecho a la intimidad del presunto progenitor y porque entra en juego los derechos de los alimentos y sucesorios”^[43]. Comparte esta razón Adriana Krasnow cuando escribe que “en las acciones de filiación, estamos frente a un interés social que trasciende el interés de las parte en litigio”^[44].

La intimidad de la pareja queda desplazada en la investigación filial. Lo que quiere demostrarse es el acto sexual que generó una procreación que no se quiere reconocer. Mediante este proceso se demostrará que hubo sexo extramatrimonial y una prole no aceptada, siendo la descendencia la justificación del proceso judicial. Lo íntimo no es un medio de defensa válido, y como queda dicho en más de una oportunidad que la intimidad debe ceder ante determinadas exigencias públicas^[45], sea por resolución judicial o por la ley. Este es un típico caso. El derecho a conocer el propio origen biológico del hijo tiene una primacía sobre el derecho a la intimidad de los padres^[46], no puede uno de los progenitores (y menos dos) quedar indeterminado(s) en abusivo ejercicio del derecho a la intimidad personal^[47]: la dignidad de la persona, del hijo, lo impide de forma natural.

[43] HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, María Dolores, “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 2005, p.51.

[44] KRASNOW, Adriana Noemí, *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 56.

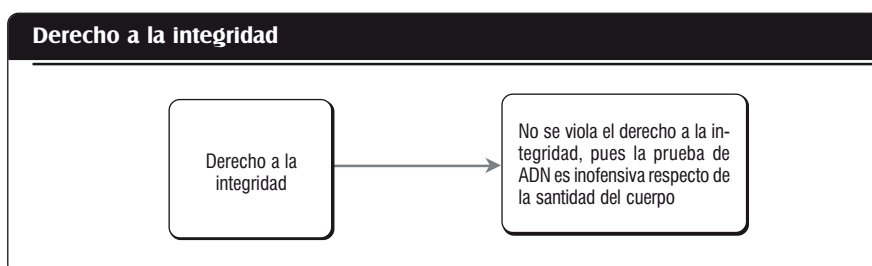
[45] RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan, *Genoma humano y Constitución*, Civitas, Madrid, 2002, p. 125.

[46] MORAN DE VICENZI, Claudia, *El concepto de filiación en la fecundación extracorpórea*, ARA y Universidad de Piura, Lima, 2004, pp. 58 y 60 (nota 79).

[47] ARIAS DE RONCHIETTO, cit., p. 45.

4.3. Derecho a la integridad

¿Qué integridad puede violarse si la prueba de ADN es inofensiva respecto de la santidad del cuerpo? No requiere de una *inspectio corporis* exhaustiva, no es necesario pinchazo alguno, las muestras de sangre están descartadas. Técnicamente se necesitan solo fluidos, secreciones corporales, cabello, mucosa bucal, simplemente eso por lo que basta con un hisopo. La prueba, con lo expuesto, es mucho menos invasiva en el cuerpo de la persona –a diferencia de lo que sucedía con las otras pruebas heredobiológicas– por lo que no puede calificarse de traumática^[48].



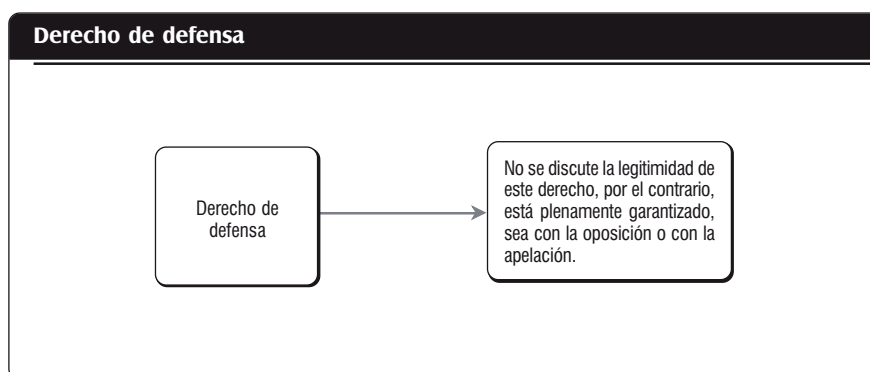
La más reciente doctrina sustenta que en la disciplina del derecho de familia el cuerpo es a veces objeto de derechos a pesar de que en principio la corporeidad es intangible al proteger intereses privados. (Nada más íntimo que el propio cuerpo). En ciertos casos debe ceder, vale decir, garantizar otros derechos como es el derecho a la identidad, que salvaguarda, en última instancia, no solo intereses individuales, sino también públicos y sociales. Es bien común que cada niño tenga un padre. Con esta premisa, y en vista de la importancia de la investigación de paternidad, es que, por ejemplo, el legislador de Brasil permite la investigación de oficio de la paternidad^[49].

[48] MIZRAHI, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, cit., p. 68.

[49] Vide RIZZARDO, Arnaldo, *Direito de família*, 2ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2004, p. 494. En esta obra se analiza la Ley N° 8560, del 29 de diciembre de 1992, que regula la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales.

4.4. Derecho de defensa

No se discute la legitimidad de este derecho, por el contrario, está plenamente garantizado. La razón de las partes no está en discusión, sino que la fuerza de la decisión estará fundamentada en el resultado del ADN. La estructura del proceso va en ese sentido. Los hechos poco importan –ojo, digo poco, no nada–; es el mérito del documento pericial el que decidirá el proceso. Nora Lloveras^[50] plantea que pueden presentarse casos en los que no exista ningún sustento fáctico en la demanda, pudiéndose llegar a declarar padres a quienes no lo son, sin embargo, este proceso se estructura con el fin del sometimiento a la prueba técnica, quienes creen no ser padres no tendría inconveniente alguno de realizarse la experticia.



Con un criterio adverso, se sostiene que la norma reguladora de este proceso encierra un procedimiento destinado a obtener la *verdad biológica* sobre la base de: i) una sola prueba (ADN), ii) única defensa del demandado y iii) constituye título ficto de declaración judicial todo lo cual lleva a considerar su no constitucionalidad al restringir severamente el derecho de defensa del emplazado^[51].

[50] LLOVERAS, Nora, *La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 329.

[51] FURUKEN ZEGARRA, Carlos, “El (actual) proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y el derecho a un debido proceso”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 13, N° 108, 2007, p. 85.

Los derechos del demandado van de acuerdo al principio constitucional del debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículo 139º, inciso 3 de la Constitución). La defensa del emplazado está amparada con el derecho al recurso efectivo^[52], sea con la oposición o apelación, en fin con todos los medios que la ley admite. Como se mencionó, este procedimiento está sustentado en el principio de la tutela jurisdiccional, el cual “es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se obstruya, impida o disuada irrazonablemente”^[53].

4.4.1. Derecho al debido proceso, prueba y derecho de defensa

El debido proceso es un derecho fundamental. Se materializa en aquellas garantías mínimas e ineludibles que permiten el resultado justo, equitativo e imparcial en un proceso, lo que se conoce como la tutela jurisdiccional efectiva. Por ejemplo, ser oído, tener un abogado, ofrecer pruebas, un juez predeterminado, una sentencia motivada y oportuna, la doble instancia. No caben los procesos indebidos o procesos no debidos; estos son descalificados por la ley.

Es un reconocimiento al derecho a la igualdad que tienen las partes y el órgano jurisdiccional de utilizar la ley para su defensa y para el correcto juzgamiento. Ni uno más ni otro menos. Su finalidad es lograr el máximo respeto de los derechos fundamentales de la persona que afronta un proceso. A través de él, se logra la plena satisfacción de los intereses individuales de las partes y permite una adecuada justicia social. Como derecho, el debido proceso

[52] “Toda persona tiene derecho a un *recurso efectivo*, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”. Conforme al segundo, “Toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención” Expediente N° 015-2001-AI/TC, Expediente N° 016-2001-AI/TC, Expediente N° 004-2002-AI/TC.

[53] STC recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC.

no admite excepciones y corresponde a todo tipo de causas, sean públicas o privadas.

Toda persona tiene el derecho de defensa. Una facultad de accionar por la custodia de sus intereses. Un proceso, independiente de toda su formalidad y parafernalia, no puede ser un engaño, ni una comedia. Debe desarrollarse como un legítimo instrumento a favor del ciudadano que lo único que aspira de quien administra justicia es alcanzar la paz social.

Se viene discutiendo el proceso de paternidad extramatrimonial en sí, respecto del modo de actuarse las pruebas y en cuanto si estas limitan a la parte demandada, no así a la demandante que basta su dicho, o mejor, su escrito de requerimiento de paternidad para que se ponga en movimiento el aparato judicial en defensa de sus intereses. Queda una duda sobre que la pretensión podría carecer no solo de fundamento sino de base probatoria, y que la exigencia de la prueba implicaría una afectación al demandado.

En esta línea se ha planteado una resolución judicial:

“Undécimo.- Con respecto al derecho al debido proceso, hay que señalar que el hecho [de] que con solo presentar una demanda de filiación sin mayor exigencia de la presentación de medio probatorio alguno que pruebe lo afirmado, el juez, sin que se haya pasado a una etapa probatoria exigida para procesos igual de complejos y trascendentes como lo es uno de las características del que nos ocupa, deba emitir una resolución declarando la filiación demandada, atenta contra el debido proceso en perjuicio del demandado pues el órgano jurisdiccional no exige la presentación de medio probatorio alguno a la demandante [...] no califica ni actúa medio probatorio previo a la emisión de la declaración de filiación que corrobore la sindicación de la demandada, efectuada en su primer escrito presentado ante el órgano jurisdiccional respecto a la paternidad de su hijo cuya declaración de filiación demanda, lo que ocasiona la expedición de una resolución que declara la filiación demandada, que de modo alguno es justa para el demandado pues las partes están en desigualdad de condiciones al momento de recurrir al órgano jurisdiccional. Otro aspecto atentatorio contra el debido proceso es el hecho que se limita el uso de medios probatorios por el

demandado pues la única prueba admitida en estos procesos es la prueba de ADN”^[54].

Hemos sostenido que el fin de este proceso de paternidad justifica su diseño procedimental especial, economizando al máximo la labor de las partes, tecnificando la faena del juez y dejando a la ciencia sustentar las pretensiones bajo la convicción que no hay nada más seguro que la experticia de ADN para indagar el origen familiar. La situación que se presente la demanda con “simples” invocaciones no le resta contenido a que como fundamentos de hecho sean despreciados, desconsiderados. Y es que toda demanda debe tener una explicación, una parte que exponga lo sucedido. La demanda que dé inicio a este proceso debe, necesariamente, exponer lo acontecido en sólidos fundamentos de hecho, para que tenga la calidad de pretensión y cumpla con el requisito de ley (artículo 424º, inciso 6) bajo sanción de su inadmisibilidad (artículo 426º, inciso 1).

Claro, a pesar de ello quedan algunas situaciones por discutirse. El proceso para muchos no es el más adecuado ni pertinente, dada la importancia de la pretensión, como se ha sostenido, “tratándose de un derecho tan importante como es la filiación, que además va a significar la imputación de una paternidad que va a generar obligaciones para el padre y del que van a nacer derechos para el hijo, el proceso adoptado por la norma *no parece ser el más adecuado*”^[55].

¿Quién se encargará de determina si “es” o “no es” adecuado? O acaso no sería preferible, como abogados que somos, interrogarnos si “es” o “no es” legal el proceso de paternidad extramatrimonial. Dos preguntas total y absolutamente distintas.

La respuesta directa y clara a esta última pregunta –acerca de la legalidad– la dictaminó la antes citada Resolución de la Corte

[54] Expediente N° 180-05, Resolución N° 7 (8 de septiembre de 2005). Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Primer Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón. Jueza Clara Mosquera.

[55] Acuerdo por unanimidad del *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua*, 21 de junio de 2005.

Suprema de Justicia la cual declara que la Ley N° 28457 no afecta ningún derecho del demandado. ¿Como así? Léanlo ustedes:

“**DÉCIMO CUARTO:** En cuanto al debido proceso, no se aprecia su afectación, toda vez que el demandado tiene la posibilidad de oponerse a dicho mandato y someterse a la prueba del ADN para demostrar su negativa, en este caso, que no es el padre del menor. El hecho que el proceso se base en la prueba del ADN se ampara en que dicho medio probatorio, como ya se ha señalado, es considerado científicamente determinante para dilucidar el caso materia de la demanda, en la medida que otros medios probatorios, no asegurarían el caso con la certeza que ofrece dicha prueba biológica”^[56].

La ley, ni en su conjunto ni en parte de ella, afecta el derecho al debido proceso. El padre o demandado, como quiera llamársele, tiene la facultad de oponerse sometiéndose al examen de ADN para demostrar su calidad de NO-PROGENITOR. La oposición es la defensa, que no se quiera ejercer es otro cantar, lo que no evidencia buena fe en el proceso.

Esta ley reglamenta un bien pensado proceso puesto al servicio del hijo sin padre determinado, esta es la conclusión de Arias de Ronchietto^[57]. La compartimos a plenitud.

4.5. Derecho a la presunción de inocencia

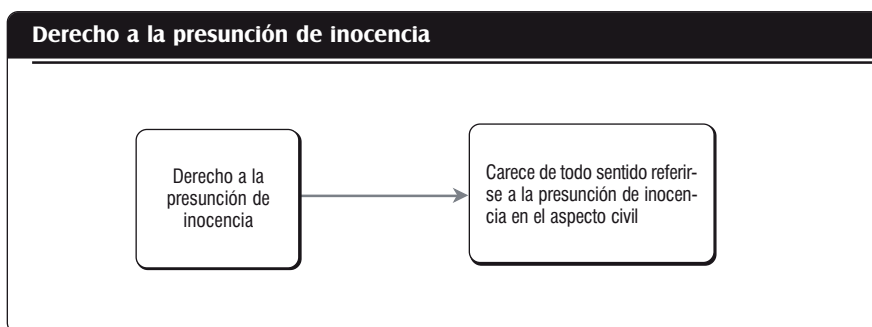
Referirnos a la presunción de inocencia en el aspecto civil carece de todo sentido. Se trata de un principio rector del derecho penal que funciona como una presunción iuris tantum que requiere de una “actividad probatoria dirigida expresamente a acreditar que la persona procesada es responsable del delito que se le imputa”^[58]. Su contenido es penal, del que se deriva, a mayor

[56] Expediente N° 1699-2007, Lima Norte. Consulta. Corte Suprema de Justicia de la Republica Sala de Derecho Constitucional y Social.

[57] ARIAS DE RONCHIETTO, cit., pp. 45 y ss.

[58] HERRERA VELARDE, Eduardo, “Presunción de inocencia, duda y certeza”, en *Jurídica* [Suplemento de análisis legal de *El Peruano*], Año 2, N° 58, martes 9 de agosto de 2005, p. 9.

abundamiento, el principio in dubio pro reo. Es clara la posición del Tribunal Constitucional cuando dice: “La presunción de inocencia se mantiene viva en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla”^[59]. Está demás invocar la violación del principio de presunción de inocencia, en todo caso, existe el legítimo derecho del demandante en estas causas de orden parental de hacer valer su pretensión en la vía judicial. La paternidad no es un tema de culpa, es materia de compromiso, aunque no podemos negar que desconocerla linda con lo antijurídico, no es una conducta típica ni culpable, en términos penales.



Si de extremos se trata, llevando al límite lo indiscutible, el ADN no solo condena también libera^[60]. Libera al hijo de la ausencia de identidad biológico paterna, lo redime de la inopia, para enterarse, al fin, de sus orígenes. El desconocimiento de identidad paterna debe ceder el paso a la verdad, conocida (al menos por regla general) por sus progenitores.

El Tribunal Constitucional deja indicado que el derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea san-

[59] STC recaída en el expediente N° 2915-2004-HC/TC, Lima.

[60] Una jueza de Miami ordenó que el convicto, un hombre de 67 años acusado a cadena perpetua por múltiples casos de violación, fuese absuelto de todos los delitos. La prueba determinante fue una pericia de ADN. Cfr. “Recupera la libertad por una prueba de ADN”, en www.diariojudicial.com. Accesos el 04/08/2005.

cionada si no existe prueba plena que acredite su responsabilidad administrativa o judicial de los cargos atribuidos^[61], situación que no se da en los procesos filiales.

4.6. La prueba en el proceso de filiación

Teniendo a la teoría y la praxis como sustento, pienso que el test genético dejó de tener el carácter de prueba de parte. La propia ley considera su aplicación a efectos del establecimiento real del vínculo filial. En este sentido, no cabe discusión alguna acerca de la libertad probatoria de las partes^[62], la prueba procede por imperio de la ley en virtud de una necesidad social y un problema vivo que afecta la identidad personal.

Ninguno de los derechos del demandado se ven afectados. Su aplicación está en estricta relación con la pretensión. El objeto de la prueba es establecer una relación personal de orden familiar, aquellas relaciones íntimas cuyo “producto” es negado. La prueba sirve para fundar lo demandado, legítimo derecho del accionante.

4.7. Criterio opuesto al proceso

La profesora y magistrada Mosquera Vásquez^[63] muestra una posición más radical, fundamentada en su experiencia práctica y teórica, diciéndonos al respecto:

- a. Considero que es irresponsable que un tema tan delicado como el de la filiación esté en manos de los jueces de paz letrados pues estos no tienen la experiencia suficiente en el trámite de procesos en los que se discutan derechos de los niños y adolescentes, y sobre todo, en procesos de tanta

[61] STC recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico N° 21.

[62] MONROY GALVEZ, Juan, “Los límites ético de la actividad probatoria”, en *La formación del proceso civil peruano*, 2ª ed. aumentada, Palestra, Lima, 2004, pp. 550-557.

[63] Comunicación por correo electrónico del 16 de junio del 2005. Reproducción autorizada por la autora. Además, estas opiniones se publicaron en “La Ley N° 28457 y los nuevos procesos de filiación”, en *Legal Express*, Lima, año 5, junio 2005, N° 54, p. 5.

trascendencia como lo es uno de filiación, pues su actuación como jueces se circunscribe a procesos menos complejos en todas las áreas que conocen. Basta con revisar la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los jueces de familia son los capacitados y los que tienen experiencia en temas vinculados a niños y adolescentes.

- b. Es peligroso expedir una resolución que declare la paternidad de un niño por el simple hecho de haber presentado la demanda, y más peligroso aún que ella sea considerada un mandato al no existir contradicción a la misma. Esto puede suceder en países donde existe transparencia en la ciudadanía y no en el nuestro. Me explico: me ha pasado varias veces en que se indica un falso domicilio del demandado^[64], supuestamente están bien notificados pero no es así, y esto se torna más peligroso aún en un proceso en el cual no existe actuación de medios probatorios. En caso se notifique al demandado y este no formule oposición porque se notificó en un lugar distinto, sin más discusión la ley señala que la primera resolución se convertirá en un mandato. Corresponde plantearnos algunas preguntas:
- ¿El juez emite un auto o una sentencia? Parece ser lo primero, pues la ley no es clara.
 - ¿Qué puede hacer el demandado si se le pasó el plazo de apelación?
 - Primero no puede retirar su nombre del acta de nacimiento y segundo no puede ni siquiera iniciar una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta porque no se sabe si es un proceso contencioso o no contencioso, ni tampoco se señala con claridad si lo que se emite es una sentencia o un auto.

[64] Esto es del todo cierto y me parece oportuno lo propuesto “Se debe solicitar a la RENIEC u otro organismo estatal como la SUNAT, la información sobre el domicilio del demandado, a fin de evitar la vulneración de su derecho de defensa en caso de domicilio dudoso o desconocido”. Lástima que no haya sido acogido por el *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua*, 21 de junio de 2005.

- ¿Y qué pasa con el niño?
 - Supongamos que tenga 10 años. Expedida la resolución indicando el nombre del padre, y en el caso que proceda (situación que dudo) la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta se le quitarán los apellidos? Cómo le explicas aproximadamente 2 años después (teniendo en cuenta la duración de un proceso de ese tipo) que el señor que aparecía en su acta de nacimiento no es su padre, lo mismo que nada, además con daño psicológico para la criatura.
 - ¿Funciona el tema del auxilio judicial? ¿Podrá el Estado costear todas las solicitudes que impliquen la realización de las pruebas de ADN? La respuesta es obvia.
- c. La forma como está hecha la ley no brinda ninguna seguridad. Por tratarse de un tema tan delicado debió establecerse una etapa probatoria donde –inclusive– se dé el derecho al emplazado de impugnar los resultados de la prueba, pues se le está limitando su derecho a la defensa, dándose por ciertos los resultados de las pruebas de ADN sin que se pongan en el caso de que los resultados hayan sido manipulados o contaminados, lo que sabemos ha sucedido en otros países. Tenemos a un demandado indefenso. Me atrevería a afirmar, incluso, que se vulnera su derecho a la defensa.
- d. Debe definirse si se trata de un proceso contencioso o no contencioso, pues es un híbrido jurídico.
- e. Establecer una etapa probatoria obligatoria, por seguridad jurídica y para evitar daños psicológicos a los niños y adolescentes.

No tenemos el mismo criterio, y nos llama poderosamente la atención cómo la citada autora, apasionada por los temas del Derecho genético, por la irreversibilidad de los avances biotecnológicos y la defensa de los derechos de la mujer haya asumido tan fundamentalista posición, desconociendo –no estoy seguro si de conciencia– los efectos de la prueba por el mero formulismo procedimental. En pocas palabras, Mosquera añora el viejo proceso de paternidad que

tantas veces combatió y abandona su otrora defensa. Antes a favor, hoy en contra, ¡quién te ha visto y quién te ve!

“La importancia de la filiación deriva de la gran responsabilidad que implica haber engendrado a un hijo al cual hay que proteger, formar y garantizar que llegue a la edad adulta con capacidad para desenvolverse en el mundo”^[65], sobre este esquema es que debemos trabajar. Ser padre es más que un derecho de generar descendencia, es un deber. Empieza asumiendo legalmente tal calidad reconociendo, se robustece con el ejemplo que va formando los valores, educando al nuevo ser. La paternidad es una actitud, una forma de ser, de comportarse. Si bien inmiscuye al padre con el hijo, sus raíces trascienden el aspecto meramente personal, trasladando sus efectos al ámbito social. La comunidad, el Estado, la democracia se benefician de una relación paterno filial consolidada. La Constitución y los tratados internacionales favorecen el establecimiento de la familia siendo valor entendido que la filiación es la forma más común de formarla. Estos, Constitución y tratados, además de convenciones no “pueden ser invocados para negarse a rendir una prueba biológica, pues tal conducta implica desconocer hipócritamente los derechos que emanan de esas mismas normas”^[66], negarse a la prueba la prueba biológica conculca el deber que impone la Constitución a todos de velar por sus hijos menores eludiendo una (gran) responsabilidad^[67]. Resulta lógico, pues, el nuevo proceso de veracidad de la paternidad. Actitudes desaprensivas respecto del reconocimiento generan inestabilidad emocional en el niño, en la madre, en las personas que lo rodean. Familias desequilibradas, perturbadas por un problema esencialmente humano. La falta de reconocimiento trae como consecuencia graves resultados en el desarrollo del niño, inestabilidad emocional, carencia de modelo

[65] WEBER, Albretch, “Protección constitucional de la infancia”, en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Coordinador Miguel Carbonell, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p.114.

[66] MIZRAHI, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, cit., p. 123.

[67] HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, María Dolores, “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica”, en *Revista de derecho privado*, Madrid, 2005, p. 51.

paternal en las relaciones extramatrimoniales o a las relaciones de hecho, falta de apego a la familia, propensión al divorcio. Si la persona, su familia, su entorno se encuentran aturdidos, qué tipo de sociedad, de Estado, podemos desear. Del origen parte todo. La estructura social empieza en la familia. Comencemos por lo más elemental, avalar al menor la defensa de sus derechos, exigir a los responsables el cumplimiento de sus obligaciones. Es el deber del Estado poner freno a los irresponsables, a aquellos *hombres desbraquetados* con numerosos hijos en la calle (Gabriel García Márquez: *Vivir para contarla*, Norma, Bogotá, 2002). Freno, coto, límite a la irresponsabilidad, al divertimento en el juego sexual sin compromisos. Frente a esto en defensa de los intereses del menor deben ser agotadas todas las instancias para lograr el compromiso paternal, en todo caso lo único que queda es un juicio de filiación (tomando la palabra en su verdadera dimensión). Sí, y es que el planteamiento judicial de la determinación de la filiación constituye el último recurso ante el fracaso de mecanismos más simples^[68].

5. LA POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Una fría mañana de invierno la ciudad de Lima despertó con el sugestivo titular de una noticia aparecida en diario *El Comercio*^[69]: “Resolución que sienta precedente”. A través de ella se informó a la comunidad limeña la decisión de la máxima instancia jurisdiccional acerca de la legalidad del proceso de paternidad extramatrimonial.

[68] VERDERA SERVER, Rafael, *Determinación y acreditación de la filiación*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 38.

[69] “Validan prueba de ADN para probar paternidad”, en *El Comercio*, Lima, 28 de agosto del 2007, Sección A, p. 9.

RESOLUCIÓN QUE SIENTA PRECEDENTE

Validan prueba de ADN para probar paternidad

Sala de Corte Suprema anuló fallo judicial que declaraba inaplicable Ley para casos de filiación

En mayo pasado, el Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia (MBJ) de Condevilla declaró inconstitucional e inaplicable la Ley 28457 que ordena la realización de una prueba de ADN para determinar la paternidad de un hijo nacido fuera de matrimonio (filiación de paternidad extramatrimonial).

La norma en mención, promulgada en enero del 2003, indica que una persona cualquiera puede pedir ante un juez de paz letrado que expida una declaración judicial de paternidad si es que el emplazado (o presunto padre) no se somete a

EL DATO

La certeza de ADN

La prueba de ADN es considerada científicamente determinante para dilucidar, en casos de filiación, la paternidad extramatrimonial, a diferencia de otros medios probatorios que no brindaban la certeza que ofrece dicha prueba.

una prueba de ADN.

Dicha norma fue declarada inválida por el juzgado de Condevilla, a pedido de un padre que se negaba a realizarse la prueba de ADN. Este magistrado consideraba que la Ley 28457 afectaba el derecho a la libertad y al debido proceso del demandado.

Esta situación no duró mucho, ya que tres meses después la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, a cargo de Manuel Sánchez-Palacios, emitió una resolución de última instancia en la que anuló el fallo emitido por el juzgado de Condevilla.

El fallo supremo sostiene que la Ley 28457 no afecta ningún derecho del demandado y tampoco lo obliga a someterse a la prueba de sangre para el correspondiente análisis de ADN.

Esta norma, según el tribunal tampoco dispone que el emplazado sea conducido de grado o fuerza para que se practique la prueba. Todo lo contrario, el presunto progenitor tiene un plazo de diez días para decidir. Sino lo hace, automáticamente el juez encargado del caso deberá declarar la paternidad del emplazado. Ello significa que el demandado es totalmente libre de elegir si se hace o no la prueba de ADN para demostrar que no es el padre del menor.

La resolución de la Corte Suprema de Justicia es consecuencia de una consulta a propósito de la apelación interpuesta contra la resolución emitida por un juzgado de paz del Cono Sur que sube en apelación al Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Condevilla, el que declaró inconstitucional e inaplicable la Ley de Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, Ley N° 28457. En sus considerandos se sostiene que esta ley se enraíza en la actuación de la prueba del ADN en sede judicial a fin de desvirtuar la paternidad declarada, caso contrario, la declaración de paternidad se mantiene. La instancia sustenta su posición en vista de que estarían lesionado los derechos constitucionales de libertad y el debido proceso. Elevado en consulta el expediente, la Corte Suprema de Justicia desaprueba la resolución emitida por dicha instancia, indicando que la Ley N° 28457 no afecta ningún derecho del demandado, preponderando el derecho al nombre y el derecho a la identidad personal.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL**

CONSULTA

EXPEDIENTE N° 1699-2007

LIMA NORTE

Lima, trece de agosto de dos mil siete.

VISTOS; con el acompañado y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia de vista de fecha dieciocho de mayo del dos mil siete, obrante a fojas cuatrocientos treinta y siete, emitida por el Primer Juzgado Mixto MBJ de Condevilla, Lima Norte, que revoca la apelada que declaró improcedente la oposición y convierte el mandato contenido en la Resolución número cinco en declaración judicial de paternidad, con lo demás que contiene y reformándola declara nula a insubsistente dicha sentencia e inaplicable al caso materia de autos la Ley N° 28457.

SEGUNDO: La consultada sostiene que la Ley N° 28457 vulnera los derechos constitucionalmente reconocidos: a la libertad y al debido proceso. Respecto al primero señala que el artículo 2° de la Ley N° 28457 conmina indirectamente al demandado a efectuarse la prueba del ADN dentro de los diez días de notificado, como única posibilidad para que su oposición al mandato pueda ser efectiva, negándole la posibilidad que en ejercicio de su propia libertad pueda negarse a la misma, por lo que aplicar la ley en ese extremo se traduce en una coacción al demandado, vulnerándose su libertad, consagrada en el artículo 2° inciso 24 de la Constitución Política del Estado. Respecto al segundo, considera que presentar una demanda de filiación, sin la exigencia de ofrecer medio probatorio alguno que pruebe lo afirmado, y que el juez deba emitir una resolución declarando la filiación demandada sin que se haya pasado por una etapa probatoria atenta contra el debido proceso, y que la resolución que se expida no es justa para el demandado pues las partes están en desigualdad de condiciones al momento de recurrir al órgano jurisdiccional.

TERCERO: La consulta es una institución procesal de orden público, impuesta por Ley. No es en esencia un recurso, sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional, en ciertos casos trascendentes, elevar el expediente al Superior, y a éste efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

CUARTO: Conforme a lo dispuesto en el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando los jueces de cual-

quier especialidad, al momento de fallar [sobre] el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Así las sentencias en las que se haya efectuado control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, sino fueran impugnadas.

QUINTO: Para dilucidar la consulta, debe tenerse en cuenta que no sólo se encuentra en tema el derecho a la libertad y el derecho al debido proceso, sino también el derecho al nombre y a la identidad de un menor, previstos en los artículos 2º inciso 1 de la Carta Política, y desarrollado en los artículos 19º, 21º y 26º del Código Civil y 6º del Código de los Niños y Adolescentes. En consecuencia, en este caso debe aplicarse la ponderación de los derechos constitucionales involucrados. En ese sentido el Tribunal Constitucional Español ha declarado, en múltiples ocasiones: “Que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos sino que tienen límites derivados de la defensa de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos o del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, esto es de la tutela del Estado democrático, límites que a su vez no son absolutos, pues se hallan contrabalanceados tanto por la fuerza expansiva de los propios derechos como por la congruencia del orden jurídico en que se inscriben”⁽¹⁾.

SEXTO: La libertad, como define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. Según el Apartado 1 del Título III de las Instituciones de Justiniano, Libertad es la facultad natural que cada uno tiene de hacer lo que le plazca, a no ser que la fuerza o la ley se lo impidan. El artículo 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, estableció que la Libertad es la facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 1º y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3º reconocen el derecho a la libertad, pero no la definen. Es que la libertad es su acepción más amplia es el anarquismo puro, como potestad de hacer lo que se quiere, lo que es imposible por que los seres humanos carecemos de omnipotencia, y porque los derechos propios terminan donde comienzan los ajenos. En sentido moral, la Libertad se circunscribe a hacer lo que no daña a otro, y en sentido jurídico la Libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten y todo lo que no prohíben. Ahí van los viejos aforismos latinos: “*Libertas est naturales facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur*” de Florentino: 1.4, pr., D., de *statu hominum*: “La libertad es la facultad natural de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por la ley”; y “*Legum omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*” de Cicerón: “Todos somos esclavos de las leyes, para poder ser libres”.

SÉPTIMO: La Filosofía del Derecho trata el tema con gran amplitud, y se distinguen múltiples corrientes de pensamiento, así en un extremo, los que propugnan la ausencia total de coacción, que lleva al nihilismo y anarquismo, otros que la vinculan con la igualdad económica de las personas, y otros que estiman que la libertad de cada individuo nace y se obtiene de ese gran conjunto de derechos a los que está subordinada, porque los derechos de cada uno de nosotros dependen de la muralla protectora de la organización social, que no es otra cosa que la Ley. Si podemos gozar de nuestros derechos es porque el Estado los robustece al convertirlos en obligaciones para los demás. Somos libres, no por nosotros mismos, sino porque ese es el designio de la sociedad⁽²⁾.

OCTAVO: El debido proceso, al decir de Osvaldo Alfredo Gozaini, significa que: a) ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por ley, y de no haber ley razonable que establezca el procedimiento, ha de arbitrarlo el juez de la causa, b) ese procedimiento no puede ser cualquiera sino que tiene que ser “debido”, c) para que sea “debido”, tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso, d) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído)⁽³⁾. El derecho al debido proceso, cuya observancia urge el artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución, por su amplitud escapa a los alcances de una definición, que por principio de Lógica tendría que ensayarse por el género próximo y la diferencia específica; pero esta Sala en numerosos pronunciamientos ha determinado que este comprende básicamente, el derecho a ser escuchado, a producir prueba, a imparcialidad, a un proceso rápido y a una sentencia motivada e impugnada.

NOVENO: El derecho al nombre y la identidad personal, es fundamental, es sin duda el primer derecho reconocido, como ya se ha señalado. El antiguo aforismo latino de “*mater certus pater semper incertus*” se resolvió en la ley, desde el Derecho Romano, estableciendo la paternidad procedente del vínculo matrimonial, denominada la presunción “*Pater is...*”. El problema se presenta cuando el padre de un hijo natural se resiste a reconocerlo y se trata entonces de saber si tal hijo o quien lo represente en su minoría, puede ocurrir al Poder Público para que se practique la investigación pertinente y declare la relación filial. En el decurso de la historia, esta investigación se permitió en determinadas épocas y también se prohibió. Así en la época medieval, el “dicho de la virgen” fue suficiente para condenar un estupro y declarar una paternidad, la denuncia del supuesto seductor de una muchacha encinta se tenía por cierta “*Virgini praegnantis creditur*”. El Derecho intermedio reaccionó contra esta liberalidad y prohibió la investigación de la paternidad natural, así los Revolucionarios Franceses expidieron la Ley 12 de Brumario, en su año II, y el Código Napoleón recogió igual prohibición en su artículo 340º: “*La recherche de la paternité est interdite*”, salvo el caso de rapto. Los tribunales entonces recurrieron a la responsabilidad aquiliana y se determinó que el hombre que embarazara a una

mujer comete un delito que lo obligaba a indemnizar, con la precisión de que ésta se le exigía como hombre y no como padre.

DÉCIMO: En el Derecho moderno, la investigación de la paternidad es permitida y amplia pues corresponde al derecho fundamental a la identidad y al nombre que tiene toda persona, y nuestro Código Civil vigente, concedió tal acción en los supuestos previstos en su artículo 402° del Código Civil, el que ha sido ampliado, precisamente por la Ley N° 28457, para incluir como inciso 6, cuando se acredite el vínculo parental con prueba genética o científica, como consecuencia del aporte de la ciencia a la probanza de la paternidad, siendo la más utilizada la prueba denominada del ADN.

DÉCIMO PRIMERO: Como señala la doctora María Isabel Quiroga de Michelena, doctora en medicina especialista en genética, en ilustrativo artículo sobre el tema⁽⁴⁾, la prueba biológica del ADN (ácido desoxiribonucleico) se sustenta en las diferencias genéticas entre los seres humanos, de tal manera que las características de ADN de una persona son únicas e inmutables, son idénticas en todas las células de su organismo, se determinan desde el momento de la concepción, por la dotación genética, denominada “genoma”, que el hijo recibe por partes iguales de sus padres; que cada cromosoma contiene miles de genes cada gen tiene su lugar específico dentro del cromosoma, y la mayoría de las veces, la referida prueba científica arroja una probabilidad que supera el 99.99% de certeza; prueba que se ha practicado con éxito para identificación de personas fallecidas en estado irreconocible, solo por análisis de algún resto biológico.

DÉCIMO SEGUNDO: El doctor Enrique Varsi Rospigliosi, en su estudio sobre el ADN⁽⁵⁾ señala que el sometimiento a las pruebas genéticas ordenadas por el juzgador para investigar la paternidad es una colaboración obligatoria que no atenta contra la libertad individual, en razón de que las técnicas de paternidad son sencillas y no implican una violación a los derechos, y quien alegue tal restricción estaría cometiendo un abuso de derecho; que por sobre todo está el valor justicia y el esclarecimiento de los hechos, más aún tratándose de indagar una filiación que es el sustento de un derecho natural como es el derecho a conocer quien es nuestro padre biológico, y luego citando a Delmiro Pedro Welter, enumera las razones por las cuales procede la conducción coercitiva del supuesto padre al examen genético, citando entre ellas los derechos a la personalidad del hijo.

DÉCIMO TERCERO: A la luz de los principios reseñados, debe analizarse la aludida incompatibilidad de la Ley N° 28457 con los derechos constitucionales a la libertad y al debido proceso, sostenida en la sentencia consultada. Con relación a lo primero debe señalarse que la referida ley no obliga al demandado a someterse a la prueba de sangre, ni que se le conduzca de grado o fuerza, por el contrario la norma señala en el tercer párrafo del artículo 2, que si después de transcurridos diez días de vencido el plazo, el emplazado no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, su oposición será declarada

improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad. Significa que el demandado es libre de decidir si concurre a la toma de las muestras para la prueba del ADN, más aun, al formular la oposición se obliga a asistir, empero, en caso que no asista injustificadamente, como en el caso de autos, el Magistrado deberá pronunciarse por la improcedencia de la oposición y declarar judicialmente la paternidad. Lo que se evalúa es su conducta ante un medio probatorio que resulta determinante, y que daría solución a la litis, y con ello se busca proteger el derecho fundamental a la identidad y al nombre de la persona, en este caso el menor cuyo reconocimiento de paternidad se pide. Si bien es cierto el derecho a la libertad es fundamental y debe ser protegido, éste al igual que todos los derechos puede ser regulado, y pueden ser materia de restricciones en tanto se opongan o relacione con otros derechos, más allá que, como se ha explicado en el motivo anterior, no existe vulneración alguna a dicho derecho.

DÉCIMO CUARTO: En cuanto al debido proceso, no se aprecia su afectación, toda vez que el demandado tiene la posibilidad de oponerse a dicho mandato y someterse a la prueba del ADN para demostrar su negativa, en este caso, que no es el padre del menor. El hecho que el proceso se base en la prueba del ADN se ampara en que dicho medio probatorio, como ya se ha señalado, es considerado científicamente determinante para dilucidar el caso materia de la demanda, en la medida que otros medios probatorios, no asegurarían el caso con la certeza que ofrece dicha prueba biológica.

Por las razones expuestas y de conformidad con el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial: **DESAPROBARON** la Resolución consultada de fojas cuatrocientos treinta y siete de fecha dieciocho de mayo de dos mil siete en cuanto declara inaplicable al caso materia de autos la Ley N° 28457, en consecuencia **NULA** dicha resolución, **MANDARON** que el Primer Juzgado Mixto - MBJ - Condevilla de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte emita nueva decisión teniendo en cuenta los considerandos precedentes; en los seguidos por dona Katherine Horna Quevedo contra don Johan Alvino Vilchez Villalobos sobre Filiación Extramatrimonial; y los devolvieron. *Vocal Ponente.- Sánchez-Palacios Paiva*

- (1) La Libertad como Pretexto de Tomás Vives Antón, Tirant Lo Blach, Valencia 1995, Pág. 399.
- (2) La Libertad en Estado Moderno de Harold J. Laski, Editorial Abril, Buenos Aires, 1945, Pág. 25.
- (3) Elementos de Derecho Procesal Civil, EDIAR, 2005, Pág. 119.
- (4) La Prueba de ADN. Fundamentos Biológicos de la determinación de paternidad. Cuadernos Jurisprudenciales, Año 4, número 37, julio 2004, Gaceta Jurídica, Pág. 19.
- (5) La Prueba de ADN, Gaceta Jurídica, obra citada, Pág. 6.

S.S. SANCHEZ-PALACIOS PAIVA/GAZZOLO VILLATA/PACHASAVALOS/FERREIRA VILDOZOLA / SALAS MEDINA.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia hace bien en desaprobando la resolución emitida por la instancia a quo indicando que esta ley no afecta ningún derecho del demandado, haciendo preponderar los derechos al nombre y a la identidad personal consagrados en la Constitución, Convención de los Derechos del Niño, el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes. Es más, la sentencia suprema reconoce el acceso real a la justicia y el derecho a la verdad como un derecho de la colectividad de obtener una respuesta adecuada por parte del Estado, informándonos de sucesos y acontecimientos a fin de obtener una justicia más clara y segura. Inaugura formalmente un nuevo derecho, una forma de derecho a saber, a conocer el pasado, entender el presente y prevenir el futuro partiendo de los orígenes familiares.

La Ley N° 28457 no afecta ningún derecho de la persona y la sentencia es una decisión judicial que marca un hito en la doctrina nacional en defensa de los intereses de la niñez como lo afirmaran en su momento^[70] Beltrán Pacheco, Arias de Ronchietto, Velarde Bolaños, Famá, Liési Thurler, Lloveras, Orlandini y Berenice Días.

La decisión es buena, pero mejorable. Olvida, algunas cosas como, por ejemplo, considerar dos ejes importantes: el interés superior del niño^[71] y el derecho de conocer la verdad biológica, que son parte del derecho a la identidad, nos permite saber quiénes son nuestros progenitores^[72].

^[70] *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2007 y *JuS-Jurisprudencia* N° 7, 2007.

^[71] BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet, “Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial. Análisis de la sentencia emitida por la Sala Constitucional y Social en torno a la Ley N° 28457”, en *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2007, p. 23 y VELARDE BOLAÑOS, Rosa, “La verdad os hará libres. A propósito de inaplicabilidad de la Ley N° 28457”, en *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2007, p. 34.

^[72] BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet, “Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial. Análisis de la sentencia emitida por la Sala Constitucional y Social en torno a la Ley N° 28457”, cit., p. 23.

6. Más allá de mis genes está la ley

Por más que se discutan las ventajas y las insuficiencias de la Ley N° 28457, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, lo cierto es que la tendencia se dirige infrenable hacia el pleno respeto al derecho a la identidad de la persona.

La filiación y sus derivaciones lógicas, como el nombre, requieren de normas efectivas para su establecimiento. Los derechos personalísimos no pueden quedar al arbitrio de una de las partes pretendiendo esconder aquello evidente en nuestros días. La procreación genera descendencia, frente a esta y entre ambas existe una relación causa-efecto en la que simplemente debe imponerse el reconocimiento: hacer legalmente suyo lo que física y biológicamente existe por contribución nuestra.

El Código Civil mantenía un sistema rígido y por demás tímido, tambaleante e indeciso en materia de atribución filial. Hoy las cosas cambiaron y viene consolidándose más y más. Un caso ejemplificante, que va más allá de este proceso intimatorio de paternidad reconocido por la Ley N° 28457, es la dación de otras leyes que aparejan y cimientan el camino de la verdad. Entre estas tenemos:

- La Ley N° 28439^[73] simplifica las reglas del proceso de alimentos y modifica el artículo 171° del Código de los Niños y Adolescentes referido al Proceso Único en el sentido que “si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviará a la municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso”. Se aprecia un caso especial que linda entre lo dispuesto por los artículos 387° y el 390° del Código civil.

Decimos esto pues es la aceptación no formal de filiación en un proceso de alimentos la que es tramitada por el juez

^[73] Publicada en diario oficial *El Peruano* el 28 de diciembre de 2004.

para inscribir el reconocimiento. No es un reconocimiento propiamente dicho ni una sentencia de declaratoria de filiación. Como dice la norma *el juez tendrá por reconocido al hijo* a pesar de que el reconocimiento solo pueda realizarse, según el artículo 390°, en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento. Con la nueva norma, la inscripción de la pieza judicial del proceso de alimentos donde conste la aceptación de la paternidad es el medio para probar una filiación.

Con la aceptación de la paternidad que sustenta el requerimiento de alimentos el juez ordena la inscripción del reconocimiento. Se concede una facultad expresa y determinante al juez en caso el demandado acepte su descendencia. En el proceso de alimentos, la función del juez no solo se limita a resolver un conflicto de intereses y fallar, sino que su labor va más allá, incluso fuera de la pretensión demandada, atribuyéndosele una función tuitiva respecto de la filiación.

- La Ley N° 28720^[74] que, derogando el artículo 392°, considera que en los casos de reconocimiento unilateral (individual, sucesivo o separados, es decir, cuando asiste uno solo de los progenitores) puede indicarse el nombre de la persona con la cual se tuvo el hijo en el momento de hacer la inscripción del nacimiento en el registro de estado civil.

Antes de la reforma, la madre estaba amordazada por la ley, limitada no solo su voluntad, sino su compromiso natural con la descendencia. No podía –sabiendo y conociendo– revelar el nombre de la persona que, conjuntamente con ella, había permitido tener la descendencia. Si no podía, el espíritu de la norma era ocultar la verdad. ¿Si sé quien es el padre o la madre por qué negarlo? Es más, ¿por qué limitar la manifestación?

El reconocimiento de la ley del legítimo derecho de indicar el nombre del progenitor(a) es un paso más dado en pro de la filiación que posiciona nuestro derecho a la par con

^[74] Publicada en diario oficial *El Peruano* el 25 de mayo de 2006.

otras legislaciones (tal es el caso de Portugal^[75], que obliga la mención de la paternidad en el acta de nacimiento). De la negación a la admisibilidad.

Antes ¡qué iba a poder la mujer revelar la identidad de quien, ella conocedora, había mantenido una relación sexual generadora de vida! El Código Civil negaba la verdad, le decía “no” a quien conocía de la relación. Se llegaron a casos extremos que el registrador, en cumplimiento estricto de la norma, impedía la revelación y colocación del nombre del padre/madre. Hasta ahí no había mayor problema. Pero ese registrador, además, desconocedor de la composición del nombre del hijo extramatrimonial optaban por dejar en blanco el espacio del apellido del progenitor que le correspondía al niño, o le ponían signos como: -----, XXX o nominativos: *Equis, Ninguno, Desconocido, Vecino*, en fin una serie de barbaridades en los que el apellido del hijo extramatrimonial no reconocido terminó ignorándose, alterándose, por el hecho de que la norma no permitía colocar el nombre del padre/madre no interviniente en el reconocimiento.

- La Ley N° 29032^[76] establece que cuando se produzca un reconocimiento o declaración judicial de filiación el registrador debe expedir una nueva partida de nacimiento con la finalidad evitar las inscripciones marginales que develan la modificación o determinación del vínculo de parentesco.

En muchas ocasiones, las partidas con anotaciones marginales, sellos y constancias de filiación generaron una afectación directa a la dignidad, intimidad y honor de las personas quienes fueron discriminadas y vejadas por contar con un estado de familia establecido fuera de fecha.

[75] Código de Registro Civil, artículo 118° (Decreto Ley, N° 131 del 6 de junio de 1995, con las modificaciones introducidas por Decretos Leyes N° 36/97, del 31 de enero, N° 120/98, del 8 de Mayo, N° 375-A/99, del 20 de septiembre, 228/2001, del 20 de agosto, 273/2001, del 13 de octubre, 323/2001, de 17 de diciembre, 113/2002, de 20 de mayo, 194/2003, 23 de agosto e 53/2004, de 18 de marzo.).

[76] Publicada en diario oficial *El Peruano*, el 5 de junio de 2007.

La declaración de la filiación de hijo extramatrimonial era evidente y constaba expresamente en su documento, sea con la inscripción del reconocimiento o la transcripción de la parte pertinente de la sentencia declaratoria de filiación. Esto no fue de mucha ayuda para la vida de relación de la persona, se presentó como un enorme peso, un estigma documental que la sociedad vio con malos ojos. Una partida de nacimiento con anotaciones acerca de la paternidad o maternidad más que ayudar terminó denigrando a los hijos extramaritales.

La norma busca otorgar no solo un nuevo documento sino una vida social diferente al sujeto que cuenta con una filiación extramatrimonial establecida. Así, como sucede con la adopción (artículo 379°), se expedirá nueva partida de nacimiento considerándose que de nada vale una cuyos datos se desvirtúen, y más que identificar, terminen mancillando al ciudadano. Qué duda cabe que con esta ley se afianza y realiza el postulado reconocido en el artículo 6° *in fine* de la Constitución Política: “todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”.

El registrador de oficio asentará la partida nueva dentro de los tres días útiles siguientes de realizada la anotación de la filiación. En la nueva partida solo consignará la referencia a la partida expedida inicialmente, o en su caso, el Código Único de Identificación otorgado al momento de la inscripción.

¿Qué queda? Nada... solo aceptar la realidad. No podemos frenar en esta pendiente tan inclinada que nos lleva al fondo de los orígenes del ser humano. Tú tienes una filiación producto de la unión sexual de tus progenitores. ¿Te gustaría que te la nieguen sin fundamento alguno? A mí no, y de eso estoy seguro.

CAPÍTULO QUINTO

LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

1. LA IDENTIDAD Y LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. DOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Hace un buen tiempo que los criterios en contra fueron tratados y resueltos por la doctrina y jurisprudencia comparada, considerando la no afectación de los derechos del demandante en los procesos de filiación, tomándose muy en cuenta el *principio de proporcionalidad*^[1]. Es decir, se valora que las restricciones son equilibradas teniendo como fomento el bien común. Este nuevo proceso de filiación genera todo un análisis en cuanto a su trascendencia en las partes, lo que aprecia de nuestra posición expuesta.

Qui sapit el principal punto en discusión de la ley esté al momento de aplicar el *test de necesidad*, es decir, comprobar si existe alguna otra forma de solución que la consagrada en la ley. Una alternativa, por decirlo, menos discutible, igualmente eficaz a nivel de protección de los derechos exigidos. Analicemos este punto. Solución como la propuesta tiene sustento tanto en un problema social como en el interés superior del niño, ambas situaciones exigen de una decisión y protección “especial”. La paz social, la integridad de la familia, el derecho a la identidad gozan de una prevalencia sobre el derecho del supuesto padre a negar su paternidad.

[1] BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 519.

La doctrina y jurisprudencia comparada reconocen la legitimidad y constitucionalidad de las pruebas biológicas considerando que por sobre encima de los derechos individuales del presunto progenitor está el derecho del menor a conocer su verdadera identidad, su derecho esencial a su ascendencia biológica completa, todo ello parte del denominado derecho de identidad del niño^[2]. Como señala Figueroa Yáñez^[3], el principio de la libre investigación del origen genético forma parte del derecho fundamental de la identidad, razón por de más suficiente para legitimarlo e impulsar su defensa y reconocimiento. Anotando el pensamiento de Bosch^[4], resultan francamente anacrónicas todas las argumentaciones que aluden a la violencia de las personas.

El Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional de España, en líneas generales, en este planteamiento, vienen fallando a favor del máximo derecho a la libre investigación de la paternidad frente a la integridad física, la libertad religiosa, intimidad y honor^[5] que como derechos son comúnmente alegados en estos procesos.

1.1. Derecho a la identidad

En los últimos años la aspiración lógico-natural de lograr la concordancia entre el emplazamiento familiar de la persona y su presupuesto biológico ha sido puesta de relieve con especial énfasis en lo que se ha dado a llamar el derecho a la identidad personal^[6]. Esa parte del sujeto que determina el conjunto de cualidades que

[2] DUTTO, Ricardo, “El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas”, en *Revista Derecho Procesal 2002-2: Derecho procesal de familia II*, Santa Fe, 2002, pp. 154 y 155.

[3] FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, “La bioética en Latinoamérica: perspectiva jurídica”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N° 18, Bilbao, 2003, p. 73.

[4] BOSCH, Alejandro F., “La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas”, en *La Ley*, Año LXVII, N° 39, Buenos Aires, Martes 25 de febrero de 2003.

[5] GARCÍA POVEDA, Carmen, “Constitucionalidad de las pruebas biológicas”, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 25, Valladolid, 2004, p. 96.

[6] SAMBRIZZI, Eduardo A., *La filiación en la procreación asistida*, UCA-El Derecho, Buenos Aires, 2004, p. 12.

lo diferencia de los demás, que lo hacen único en la especie, en la sociedad y en la familia.

Nora Lloveras considera que “la identidad biológica implica el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dotación cromosómica y genética particular, así como los transmisores de ella –los progenitores o padres– y el entorno del medio en que se expresan los genes, lo cual importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento o aparición de la persona en el mundo externo y social”^[7]. La fuerza de este vínculo es tal que atrae naturalmente entre sí a los ascendientes con sus descendientes. El *derecho a la identidad* implica un reconocimiento a la revelación del propio ser. Debe primar siempre, tal como lo refiriéramos en nuestra tesis de bachiller en 1990^[8], fundamentalmente el derecho a la identidad en su faz estática que está representada en el origen genético biológico de la persona^[9]. Y es que el derecho a la identidad está comprometido, por lógica consecuencia, con la dignidad personal^[10] –médula jurídica del ser humano– que hoy en día es un principio que relaciona la bioética con el Derecho constitucional, denominado el principio de dignidad de la persona humana^[11].

De más está decirlo, pero la dignidad de aquel sin padre está en un mejor nivel que los derechos del presunto progenitor^[12].

[7] LLOVERAS, Nora, *Nuevo régimen de adopción*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 256.

[8] VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Las pruebas heredobiológicas en la determinación jurídica de la paternidad*, Tesis sustentada el 8 de junio de 1990 Universidad de Lima, pp. 189. Sustentada el 8 de junio de 1990.

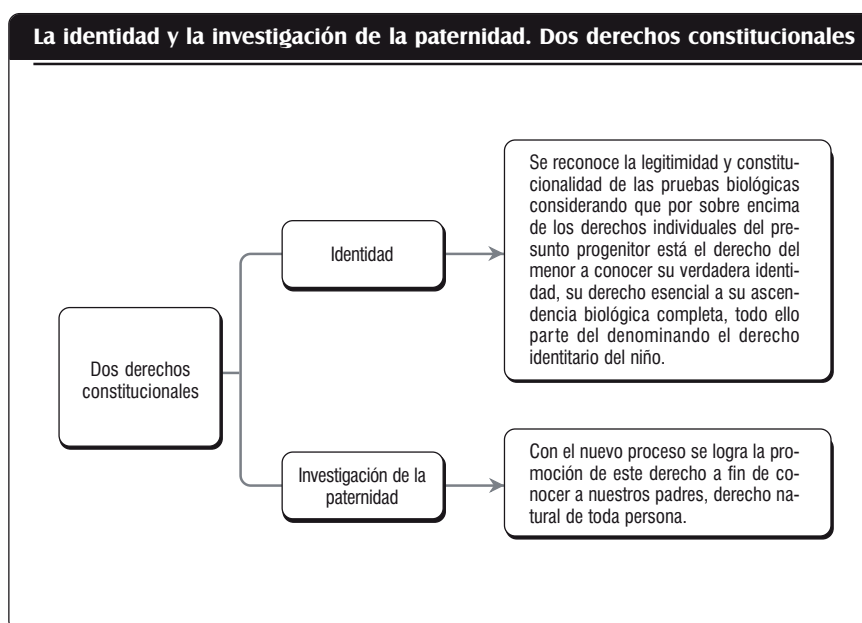
[9] ORTIZ DE ROSAS, Abel Fleitas, “Derecho a la identidad”, en *La Ley*, Año LXIX, N° 222, Buenos Aires, Martes 15 de noviembre de 2005, p. 1.

[10] RIVERA, Julio César, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, T. II, p. 118.

[11] LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús, *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*, Método, São Paulo, 2004, p. 160.

[12] Vide RIZZARDO, Arnaldo, *Direito de família*, 2ª ed., Editora Forense, Río de Janeiro, 2004, p. 494. En esta obra se analiza la Ley N° 8560, del 29 de diciembre de 1992, que regula la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales.

A todo esto consideramos, como lo rescata González Luna^[13], que la Ley N° 28457 y su moderno tratamiento protege en especial el derecho a la identidad del niño, derecho reconocido como fundamental por normas nacionales e internacionales. Partimos de la Constitución que lo reconoce en su artículo 2°.1. A nivel internacional, el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin inferencias ilícitas. Asimismo, de acuerdo al artículo 7°.1 de la mencionada Convención y al artículo 6° del Código del Niño y del Adolescente, el derecho a la identidad comprende el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos.



^[13] GONZALES LUNA, María Alejandra, *Importante sentencia de la Corte Suprema sobre el derecho a la identidad de los niños*, Lima, <http://www.justiciaviva.org.pe> (8/09/07).

1.2. Derecho a la investigación de la paternidad

En lo que respecta al *derecho a la investigación de la paternidad*, su reconocimiento en el derecho comparado es uniforme y cada vez va teniendo mayor trascendencia^[14]. Como mencionábamos en una oportunidad, “la ley forja el derecho de toda persona de contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar de que la investigación del nexo filial está amparada en normas especiales como el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes (y en algunos países en el Código de Familia), su reconocimiento constitucional es imprescindible pues fortalece el principio de protección de la familia”^[15].

Con este proceso aprobado se logra una promoción a la investigación de la paternidad a fin de conocer a nuestros padres, derecho natural de toda persona. En esta corriente se alinea el sistema uruguayo que ha eliminado las causales de admisibilidad siendo necesario solo probar el vínculo biológico paterno-filial^[16].

[14] El derecho constitucional comparado reconoce la *Promoción del derecho a investigar la paternidad* (Bolivia, Costa Rica, Cuba, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, Italia, Panamá, Uganda, Venezuela) y *Reconocimiento al derecho a la identidad biológica* (Venezuela) o *de origen* (Buenos Aires -Argentina). Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “La bioética en las Constituciones del mundo (Máxima protección al ser humano deberá ofrecer la nueva Constitución Política del Perú)”, en Suplemento de *La Ley*, Año LXV, N° 207, Buenos Aires, martes 30 de octubre de 2001, p. 4, o “La bioética en las constituciones del mundo”, en *Actualidad jurídica* [publicación mensual de la *Gaceta Jurídica*], T. 100, marzo, 2002.

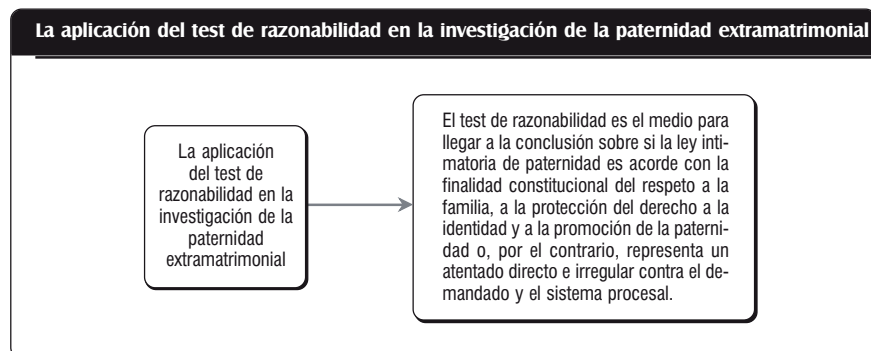
[15] Loc. cit.

[16] Cfr. CAROZZI, Ema, “Reformas introducidas por el Código de la Niñez y la Adolescencia en el derecho filiatorio uruguayo”, en *Revista de Derecho Comparado*, N° 10 [Derecho de familia], Santa Fe, 2004, p. 103. Código de la Niñez y la Adolescencia en Uruguay (Ley N° 17.823 de 2004) del 2004. Artículo 23°. (Derecho a la filiación).- Todo niño y adolescente tiene derecho a conocer quiénes son sus padres. Artículo 28°. (Derecho y deber a reconocer los hijos propios).- Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil, de reconocer a sus hijos.

2. LA APLICACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD EN LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Establecer la legitimidad del proceso de paternidad extramatrimonial nos lleva por el cauce de la afectación de los derechos de las partes. Del demandado, del demandante cada cual con “sus” pretensiones. En la lucha de intereses, uno debe ceder porque así lo exigen no solo las leyes de la física, sino el criterio común y los principios jurídicos. Dos derechos no pueden preexistir frente a una misma situación. Uno debe dejar limpio el camino en pos de la justicia. Derechos individuales *versus* derechos de familia; derechos personales contra los sociales; unos de realización, otros de consagración. El mérito es encontrar su prevalencia. El demandado y sus derechos, no menores a los de “otro” o preferir los del reclamante en paternidad. La respuesta no es sencilla, pero merece un estudio técnico.

El test de razonabilidad es el medio para llegar a la conclusión si la ley intimatoria de paternidad es acorde con la finalidad constitucional del respeto a la familia, a la protección del derecho a la identidad y a la promoción de la paternidad, o por el contrario, representa un atentado directo e irregular contra el demandado y el sistema procesal. Adentrémonos en el asunto.



2.1. El test de razonabilidad, los derechos del demandado y el derecho fundamental a la identidad

Los derechos de la persona son intangibles, no pueden ser violados ni atentarse contra su esencia. En ciertos casos, y por razones especiales, pueden ser alterados legítimamente, lo que justifica la aplicación del denominado test de razonabilidad. Para el caso materia de estudio, permite comprobar si la ley de intimación de paternidad afecta constitucionalmente los derechos del demandado o, a contrario sensu, supone un vaciamiento del contenido, siendo inconstitucional.

El Tribunal Constitucional considera que:

El *test* de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran^[17].

Detallamos el razonamiento del Tribunal:

- *El principio de idoneidad.* Toda injerencia en los derechos será idónea si se busca fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo suponiendo: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida *sub examine*.
- *El principio de necesidad.* Para que una injerencia en los derechos sea necesaria no debe existir ningún otro medio alternativo que tenga la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Para ello, debe analizarse tanto la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y también, el

[17] Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, 3 de junio de 2005. Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por los Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos C/. Congreso de la República. *Síntesis*: Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530. Vide Razonamiento 109.

menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental.

- *El principio de proporcionalidad stricto sensu.* La injerencia en los derechos fundamentales es legítima si el grado de realización del objetivo es por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho. Se comparan dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

2.2. El análisis del principio de idoneidad

La nueva ley de investigación de la paternidad extramatrimonial persigue un fin constitucionalmente legítimo. En efecto, el objetivo es idóneo teniéndose en cuenta que se busca la realización de valores superiores como la justicia, igualdad, dignidad y solidaridad anudados con el vínculo paterno-filial. Estos son valores consustanciales del Estado social y democrático de Derecho, siendo el Estado el principal procurador de que todas las personas gocen de una identidad y filiación tendiendo a la protección de la familia en su dimensión institucional. Con esta ley de paternidad se busca que toda persona no solo goce, sino que tenga establecida una filiación. El fin es incuestionable y su constitucionalidad es plena. Su legitimidad se fundamenta en que es un imperativo del Estado democrático de Derecho proteger a la familia comenzando con la promoción de la investigación de la paternidad, salvaguardar la niñez e incentivar la paternidad responsable.

2.3. El análisis del principio de necesidad

Todo sujeto tiene derecho a un padre y una madre, que por naturaleza les corresponde. En esta línea se inspira el BGB alemán cuando manifiesta que los vínculos filiales “se basan en el vínculo biológico, de modo que el hijo tiene *un derecho a su padre* y no

un derecho a cualquier padre^[18]. Goza por tanto de una filiación la que debe ser, en el caso de la filiación extramatrimonial, reconocida voluntariamente o establecida por imperio de la ley. Aquí subyace la necesidad, el requerimiento. La identidad como derecho fundamental debe ser gozada en condiciones de igualdad y de justicia. Nada en el mundo puede ameritar que a un sujeto se le restrinja su filiación y, en similar medida, su derecho a conocer a sus padres. La alternativa más adecuada, y constitucionalmente legítima, para reducir y eliminar la paternidad irresponsable, niños sin padre, cumpliéndose con el principio de necesidad se realiza en el caso concreto con la ley dictada. Necesidad reflejada en la prioridad, en la primacía de la paternidad.

2.4. El análisis del principio de proporcionalidad stricto sensu

La realización del fin perseguido es proporcional a la intervención del legislador en los derechos de las partes. Los derechos del accionante no pueden ser sobrepuestos, sobrevalorados frente a los derechos del demandado, siendo estos subvaluados; ni a la inversa, menos aún si se trata de un menor que se encuentra protegido –además de todo y por todos– por un *interés superior*. La ley de paternidad no afecta el contenido esencial de los derechos del demandado. Es legítima la aplicación de la ley en la medida que el grado de injerencia –basada en la justicia, dignidad e igualdad– es proporcional al grado de afectación del derecho. No se produce un vaciamiento en el contenido de los derechos del demandado ni tampoco se desprotege a quienes gozan de sus derechos.

A nivel civil, el *test de razonabilidad* viene siendo aplicado a través del “principio de armonización”, mediante el cual el juez puede preferir la aplicación preferente de uno de los derechos en convergencia, “lo que podría originar que el otro interés en conflicto

[18] GARCÍA CANTERO, Gabriel, “¿Qué familia para el siglo XXI” en *Revista de derecho comparado*, N° 9: Derecho de familia, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 52.

merezca, en el caso concreto, el amparo que reclama el justiciable^[19]. En ese sentido, nos queda prístinamente establecido que la ley inintimatoria de paternidad es acorde con la finalidad constitucional del respeto a la familia, a la protección del derecho a la identidad y a la promoción de la paternidad.

3. LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES Y LA APLICACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD

Claro no todo va en el sentido de la corriente expuesta. Pueden existir criterios más consistentes o menos contundentes, en una línea consolidadora, o incluso, antagónica a la misma.

Presentaré algunos criterios judiciales que resultan interesantes para reflexionar y obtener un mejor criterio personal sobre la temática.

3.1. Primera instancia

En las instancias iniciales uno que otro juzgado de paz declaró inaplicable la ley en referencia.

Tenemos en especial el caso un juzgado de paz^[20] que sobre la base de la aplicación del control difuso –facultad que permite al juez preferir la norma constitucional a una legal ordinaria– declaró inaplicable la ley, invocándose la vulneración del derecho a la libertad y al debido proceso.

3.1.1. Derecho a la libertad

Décimo.- Con respecto a la vulneración del derecho a la libertad cabe precisar que el segundo artículo de la Ley [N° 28457] conmina indirectamente al demandado a efectuarse la prueba del ADN dentro de los diez días de notificado como única posibilidad para que se suspenda el mandato [sic.],

[19] MIZRAHI, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, cit., 2004, p. 95.

[20] Expediente N° 180-05, Resolución N° 7 (8/09/2005). Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Primer Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón.

lo que se traduce en una aparente obligación propia del demandado cuando realmente su decisión es consecuencia de la presión del poder estatal a través de la norma en mención que indirectamente lo conmina a someterse a una única prueba para que su oposición al mandato se pueda hacer efectiva, negándosele la posibilidad de que en ejercicio de su propia libertad pueda negarse a someterse a la misma. Aplicar la ley en mención en este extremo se traduce en una coacción del demandado, vulnerándose su libertad, la que está consagrada como derecho en los artículos 2º inciso 24 de nuestra Carta Magna, 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 7º inciso ° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.1.2. Derecho al debido proceso

UNDÉCIMO.- Con respecto al derecho al debido proceso, hay que señalar que el hecho que con solo presentar una demanda de filiación sin mayor exigencia de la presentación de medio probatorio alguno que pruebe lo afirmado, el juez, sin que se haya pasado a una etapa probatoria exigida para procesos igual de complejos y trascendentes como lo es uno de las características del que nos ocupa, deba emitir una resolución declarando la filiación demandada, atenta contra el debido proceso en perjuicio del demandado, pues el órgano jurisdiccional no exige la presentación de medio probatorio alguno a la demandante, así, no califica ni actúa medio probatorio previo a la emisión de la declaración de filiación que corrobore la sindicación de la demandada efectuada en su primer escrito presentado ante el órgano jurisdiccional respecto a la paternidad de su hijo cuya declaración de filiación demanda, lo que ocasiona la expedición de una resolución que declara la filiación demandada, que de modo alguno es justa para el demandado pues las partes están en desigualdad de condiciones al momento de recurrir al órgano jurisdiccional. Otro aspecto atentatorio contra el debido proceso es el hecho que se limita el uso de medios probatorios por el demandado pues la única prueba admitida en estos procesos es la prueba de ADN.

Estos fundamentos lo analizamos anteriormente.

3.2. Segunda instancia

Para suerte de muchos(as), la segunda la instancia^[21] –elevado en consulta el proceso antes señalado– *desaprobó* la resolución que inaplica la ley declarando su *nulidad* mediante el siguiente criterio:

- Según el artículo 14^[22] de la Ley Orgánica del Poder Judicial el control difuso de la constitucionalidad de las leyes se aplica al momento de fallar sobre el fondo.
- La resolución emitida por la instancia a quo no resuelve en forma definitiva la materia, por lo que contraviene el derecho constitucional de tutela judicial efectiva de la demandante, además de significar un límite al acceso a la justicia.
- El nuevo tratamiento que se le da a la filiación no es extraño. De la misma forma se tramitan los procesos de ejecución, por lo que existe un símil entre el auto de paternidad y el auto de pago que ilumina la constitucionalidad y legalidad del primero.

[21] Expediente N° 512-05, Resolución N° 5 (20/09/2006). Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón.

[22] LOPJ, Artículo 14°.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con el artículo 236° de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

- Las normas procesales son de orden público y que si bien limitan derechos lo hacen para cumplir los fines del Derecho. De acuerdo con las normas vigentes los derechos de los emplazados se encuentran garantizados por la Constitución.
- Las normas procesales son de carácter imperativo, su trasgresión es sancionada con nulidad.

El criterio del juzgado mixto no es del todo feliz, aunque debe reconocerse el mérito de sus argumentaciones técnicas en cuanto a la inaplicación de la ley vía control difuso que son del todo ciertas, incluso un truismo que vale la pena reflexionar. Olvida, al margen de la similitud entre el ejecutivo y el intimatorio, que este último defiende derechos de la persona, no cuida patrimonio, y en todo caso estaría justificada su aplicación tomando en cuenta el interés del menor y la defensa del derecho a la identidad. Más que el tecnicismo, que no debe desdeñarse, está el amparo de la familia como célula básica de sociedad y la salvaguarda de la niñez, compuesta por ciudadanos del futuro que requieren conocer sus raíces. Estas reflexiones están subsumidas en el deber del Estado de promover la investigación de la paternidad^[23], dado que el vínculo más preciado que tiene el ser humano es el parentesco, su enrolamiento familiar dependen de él. Entonces, el nuevo proceso de filiación de paternidad extramatrimonial es una forma efectiva y real de lograr la

[23] Constituciones como la de Bolivia, Costa Rica, Cuba, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, Italia, Panamá, Uganda, Venezuela reconocen este derecho. Además, el derecho a la identidad biológica en Venezuela y el derecho de origen en Buenos Aires, Argentina. Sobre estos derechos considerábamos que “La ley forja el derecho de toda persona de contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar que la investigación del nexo filial está amparada en normas especiales como el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes (y en algunos países en el Código de Familia), su reconocimiento constitucional es imprescindible pues fortalece el principio de protección de la familia. Sobre este orden de ideas debemos afirmar además que filiación, identidad y paternidad no son conceptos exclusivos del derecho civil, son también de interés del derecho constitucional pues a través de ellos se establecen vínculos jurídicos de protección al sujeto de derecho y en especial a la niñez”. (Vide VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “La bioética en las constituciones del mundo”, en *Acta Bioética*, Año VIII, N° 2, 2002, pp. 239-253).

promoción de la indagación parental y no hay nada que justifique su inaplicación.

3.3. Corte Suprema

Por su parte, como señalamos, la Corte Suprema de Justicia de la República^[24], el 13 de agosto de 2007, declaró para un caso concreto la constitucionalidad de la Ley N° 28457, considerando que la identidad se encuentra por sobre encima del derecho a la libertad y la intimidad del demandado en paternidad.

En un concienzudo análisis de esta resolución suprema, la profesora porteña María Victoria Famá^[25] parte de la premisa que existe prima facie, la colisión entre los derechos fundamentales, como la libertad, el debido proceso y el derecho a la identidad. Ella, utilizando el principio de proporcionalidad, analiza la ponderación de estos derechos en juego. Respecto del derecho a la libertad indica que su intervención reúne el requisito de idoneidad argumentando que: a) tiene un fin constitucionalmente lícito al resguardar el derecho a la identidad y b) es idónea para favorecer la obtención de este fin. En cuanto al debido proceso, reflexiona con sustento que el procedimiento previsto por la ley no vulnera las reglas del debido proceso, por cuanto se trata de un procedimiento regular fijado por ley, otorga al demandado suficiente oportunidad de participar en el proceso, e incluso prevé la doble instancia.

Concluye Famá que el procedimiento signado en la Ley N° 28457 es una intervención proporcionada al derecho a la libertad y al derecho al debido proceso que configura solo una *restricción* a tales derechos y supera, por ende, el test de constitucionalidad^[26].

[24] Expediente N° 1699-2007, Lima-Norte. Consulta. Corte Suprema de Justicia de la República Sala de Derecho Constitucional y Social.

[25] FAMÁ, María Victoria, “Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial”, en *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2007, pp. 67-70.

[26] *Ibidem*, p. 70.

Este criterio es seguido por Beltrán Pacheco, Arias de Ronchietto, Velarde Bolaños, Famá, Liési Thurler, Lloveras, Orlandini y Berenice Días.

Con todo esto y lo que se viene, la tendencia que se venía imponiendo en el distrito judicial del Cono Norte respecto de la inaplicación de la ley queda desbaratada. En su momento, aquel que quería iniciar una acción de paternidad extramatrimonial en dicha zona se veía obligado a crear un domicilio distinto, en otro distrito judicial, para evitar trabas, mejor dicho para sortear un fallo contrario a las pretensiones de filiación, lo que no era sino un fraude. Bueno, las cosas cambiaron, esta vez para mal de pocos.

4. MARCO DE APLICACIÓN Y SUPUESTOS CONTROVERTIDOS

Por lo especial de la ley, en el aspecto de real de la sumariedad, debe ser materia de análisis la casuística a presentarse de forma que tengamos claro y definido en alguna medida los avatares diligenciales que todo proceso judicial acarrea.

4.1. Marco de aplicación

Podemos preguntarnos ¿el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, regulado por la Ley N° 28457 es solo aplicable al supuesto del inciso 6 del artículo 402° del Código Civil o acaso se hace extensivo a los seis incisos de dicho artículo?

Es valor entendido que los incisos 1 al 5 del artículo 402° del Código Civil son supuestos de hecho que deben argumentarse y, en su caso probarse, en vista de que el demandado tiene la facultad de negarlos o contradecirlos.

Analizando el espíritu de la Ley N° 28457 nos daremos cuenta de que las presunciones de paternidad actualmente carecen de sentido. Es más el propio sistema adoptado primigeneamente por el código resulta poco práctico con la admisibilidad y reconocimiento de las pruebas genéticas. Claro que pueden servir para argumentar una pretensión, pero su probanza no tiene razón de ser, pudiéndose decir, con sustento, que han perdido la fuerza intrínseca que tenían en los tradicionales procesos de declaración de la paternidad extramatrimonial.

En otras palabras, se deja de lado la filiación social (sistema subjetivo) optándose por la filiación biológica (sistema objetivo) en el que lo único que prima en un proceso de filiación es el resultado genético frente a los hechos sucedidos en una relación personal^[27]. Resulta sin sentido demandar una paternidad sustentándose en un supuesto fáctico que deberá ser probado en el proceso existiendo un medio efectivo y rápido a través de la práctica del ADN.

Considero que los seis supuestos del 402° son aplicables a la Ley N° 28457, muy a pesar de lo considerado en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que fija la competencia a los jueces de paz solo para el ADN (artículo 57°, inciso 2). Es el juez quien debe calificar la demanda y fijar la competencia, máxime si de acuerdo a su facultad inquisitiva^[28] debe agotar los medios necesarios para establecer la paternidad en aras de los superiores intereses del niño^[29]. Una demanda de paternidad extramatrimonial está basada en hechos, que pueden ser cualesquiera de los casos del artículo 402° (o quizá en otros) pero lo definitivo, lo que finiquite la controversia, será la aplicación de la prueba del ADN. En este orden de ideas, podemos decir que todas las acciones de paternidad extramatrimonial deben ser canalizadas a través de este proceso especial consagrado en la Ley N° 28457. Con un criterio distinto, Rodríguez Domínguez^[30] menciona que la ley en comentario solo es aplicable a las demandas fundamentadas en el inciso 6 del artículo 402°, criterio que es compartido por algunos jueces.

[27] Curiosamente, Plácido Vilcachagua indica que no ha variado el sistema tratado en el Código Civil, continuando el sistema restringido de investigación de paternidad. Cfr. "*Creditur virgini pregnantí...*", cit., p. 43.

[28] La demanda de declaración judicial de filiación extramatrimonial importa un pedido de investigación judicial de paternidad, por la dificultad de la prueba, derivada del carácter oculto en que comúnmente se desarrollan las relaciones sexuales extramatrimoniales, por lo que el juez debe hacer uso, cuando corresponda, de su facultad inquisitiva por los intereses superiores del niño. Casación N° 720-97-Lima, 03/05/1998. Vid. *Cuadernos jurisprudenciales*, Suplemento mensual de Diálogo a la Jurisprudencia, No. 51, septiembre de 2005, año 5, pp. 45 y 46.

[29] Respecto de la facultad inquisitiva del juez vide Casación N° 720-97-Lima, 03/12/1998.

[30] RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, *Manual de Derecho procesal civil*, cit., p. 401.

Ahora bien, el tema no está en el supuesto que sustenta la demanda, sino que la pretensión se tramita ante frente a este nuevo proceso.

4.2. Supuestos controvertidos

El modelo de proceso optado para definir la paternidad puede traer algunos casos límites, situaciones en las resulte controversiales las reglas generales del proceso lo que resulta lógico por tratarse de un proceso exclusivo, de excepción frente a aquellas escenarios en que, a pesar de existir la posibilidad de dilucidar una relación paterno-filial el padre se niega, expresamente o tácitamente, a un reconocimiento. Veamos:

- ***Incapacidad.***- ¿Qué sucedería en los casos en que el demandado sea un incapaz? Digamos que carezca de discernimiento –por citar un supuesto–, ¿cómo podría requerírsele a que ejerza su oposición, su derecho de defensa, si carece de relación con el medio que lo rodea? Está limitado en su poder decisión, no tiene el ejercicio de su libertad. Este proceso está diseñado para aquellos casos en los que el demandado goce de discernimiento, conciencia, entendimiento, que pueda entender de la consecuencia de su no actuar. Es más, a pesar de que el incapaz tenga un curador que defienda sus intereses y lo represente en el proceso no podría decidir por él llevar a cabo la oposición y someter a su curado a la prueba del ADN. Creemos que ello está fuera de sus facultades. Este sería un caso delicado de resolver, pero analicémoslo. El curador no podría ir más allá del ejercicio de los derechos personales del curado, menos aún comprometer su cuerpo, disponer de él para un análisis médico por más sencillo que este sea; en esta situación sí se daría una afectación de los derechos del incapaz. Podemos incluso decir que frente al auto de paternidad procedería interponer un hábeas corpus al atentarse directamente contra la libertad del demandado.
- ***Investigación post mórtem.***- El proceso de la investigación de la paternidad *post mórtem* resulta complicado. La exhumación debe ser realizada en un procedimiento especial que

no se encuentra dentro de los establecidos en el presente, además, siendo demandados los herederos, nos preguntamos ¿cómo podrían oponerse a la realización de la prueba en el plazo establecido en la ley?, ¿cómo pueden autorizar la extracción de tejido del cadáver?

- **Terceros.**- Siendo demandados los herederos, sea para determinar la fraternalidad, la abuelidad u otro grado de parentesco, resulta impertinente el proceso analizado en razón de que no se trata de una investigación directa de la paternidad, por el contrario, la misma se realiza de forma indirecta a través de alguno de los parientes.
- **Cedente anónimo del material genético.**- Como es sabido, en el derecho comparado primó la reserva de la identidad del cedente de material genético quedándole negada al procreado la posibilidad de conocer a su progenitor, a aquel que cedió sin compromiso su esperma. Sin embargo, con esta ley nada impediría que el cedente anónimo pueda ser demandado en paternidad, yendo mucho allá del mero hecho referencial de simplemente conocerlo^[31].

^[31] *Conocer al cedente de gametos como padre.* 1) La Corte Suprema de Gran Bretaña dio en julio de 2002 una esperanza a activistas que luchan porque los niños concebidos a partir de esperma u óvulos donados sepan más de sus padres anónimos, aunque no necesariamente sus identidades. La familia de un niño de seis años y de un estudiante de posgrado se enfrentan al Departamento de Salud y Fertilización Humana y Autoridad de Embriología por la información sobre los padres cedentes de gametos. El magistrado Scott Baker dijo que la nueva Ley de Derechos Humanos tiene validez para los casos en que los nacimientos se produjeron luego de aplicarse la técnica de inseminación artificial con material de donantes (AID, por sus siglas en inglés). El fallo se concentra en el artículo 8° de la ley que defiende el derecho a la vida familiar, incluyendo a la identidad personal. “Un niño de AID tiene derecho a establecer un cuadro de su identidad tanto como cualquier otra persona”, dijo el juez. Sin embargo, añadió que la Corte aún tiene que decidir si la actual postura del gobierno, que bloquea el acceso a cualquier información sobre los padres donantes, de hecho violó la ley y la Convención Europea de Derechos Humanos. Si es así, los activistas esperan que conduzca al establecimiento de un registro nacional voluntario de donantes de esperma y óvulos usados para la inseminación artificial. 2) Según informa la BBC, el Gobierno Británico considera la posibilidad de poner fin a las donaciones anónimas de semen, dando prevalencia al

- **Cesión de material genético de la mujer.**- En el caso de la mujer, la situación es más compleja, pues se vincula con prácticas de maternidad subrogada.
- **Ovodonación.**- La mujer cesionaria tiene una *deficiencia ovárica*, no genera óvulos, pero sí puede gestar por lo que necesita de una mujer que solo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una cedente y 3) gestación de la mujer cesionaria del óvulo. La madre procreante no es la misma que la gestante. Hay una mujer que necesita un *óvulo*.
- **Madre sustituta.**- Dado que en este caso la mujer ni genera óvulos ni puede gestar, hay *deficiencia ovárica y uterina* por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de progeneración humana: 1) espermatozoides del marido, 2) inseminación en tercera mujer. La madre procreante es la misma que la gestante. Es un caso de derivación de una técnica de reproducción asistida por cedente. Hay una mujer que necesita un *óvulo* y que lo *gesten*.

En la cesión de material genético se descarta:

- **Embriodonación.**- El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer no genera óvulos (puede eventualmente gestar), hay *deficiencia ovárica y uterina* y el hombre es infértil por lo que deben buscar a un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce una multigeneración humana: 1) el

derecho de los menores concebidos por tales técnicas a conocer sus orígenes. No obstante los expertos consideran que dicho cambio legislativo agravará la escasez de donantes tres cuartas partes de los cuales son estudiantes y comprometerá la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida (BBC NEWS, "Health, Sperm donors 'to lose anonymity'", en <http://news.bbc.co.uk, 18/1/2004>).

embrión es de una pareja cedente, 2) el marido es infértil y 3) el embrión es gestado por una tercera mujer o por la propia cedente del óvulo. La madre procreante puede o no ser la misma que la gestante.

- **Madre portadora.**- La mujer genera óvulos, pero tiene una *deficiencia uterina o física* que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de óvulo de su mujer y 3) la madre gestante es una tercera. Casos extremos son la doble maternidad portadora. Como aquel presentado en 1997 en Italia, cuando se anunció la gestación de dos fetos de parejas distintas en el útero de una mujer. Las dos madres genéticas no podían engendrar hijos por padecer del corazón, en un caso, y por carecer de útero, en el otro.

En estos casos vemos como la relación biológica se aparta de la relación genética. Como indica inteligentemente Sambrizzi, “en lugar de hacerse referencia a la existencia de un nexo *biológico* entre el padre e hijo, más preciso sería hacer mención a una relación *genética*, pues de lo que se trata en esa relación es de la transmisión de los genes paternos y maternos a los hijos que, como recordamos, al producirse la singamia con la unión del óvulo con el espermatozoide, se mezclan para formar un nuevo código genético, absolutamente único y exclusivo, distinto al de sus padres, pero con características heredadas de aquellos”^[32]. Esto quizá sea en el futuro una regla a aplicarse en la determinación de la filiación derivada de la procreática.

[32] SAMBRIZZI, *La filiación en la procreación asistida*, cit., 2004, p. 49.

CAPÍTULO SEXTO

LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

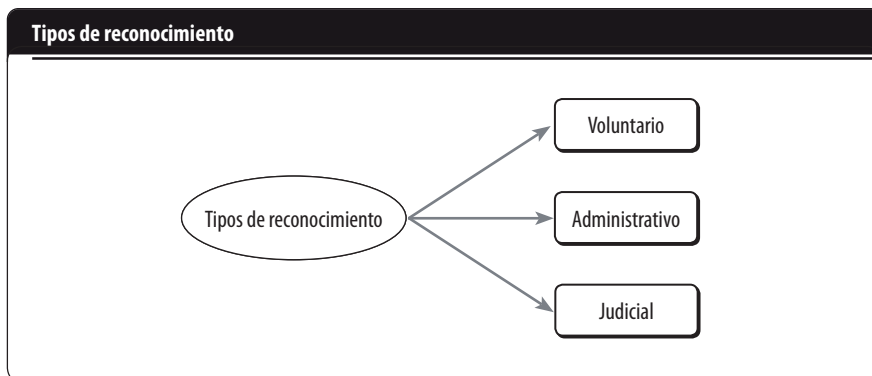
1. REFERENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

Existe una fuerte y marcada tendencia a simplificar los trámites en la indagación de la paternidad. Pueden tomarse como referencia algunos sistemas legales que, a pesar de tener una tendencia subjetivista (basamento de la paternidad en presunciones), meritan la importancia del nexo filial aligerando y tecnificando su investigación.

1.1. Brasil

Por la Ley N° 8560, del 29 de diciembre de 1992, se regula la investigación de oficio de la paternidad de los hijos extramatrimoniales^[1], estableciéndose que todo registro de nacimiento debe indicar el nombre del padre, a fin de permitir su indagación. En doctrina brasileña existen tres tipos de reconocimiento: el voluntario, el administrativo y el judicial. El regulado en esta ley es el segundo –lo complementa–, y se indica en un análisis especial que:

^[1] Esta Ley deroga los artículos 332º, 337º y 347º del Código Civil de 1916, tendencia que es seguida por el actual código brasileño de 2002.



O reconhecimento administrativo ocorre nos casos em que o pai se recuse ao reconhecimento voluntário. Efetua-se por declaração da mãe ao oficial do registro civil, no ato de registro do filho, apontando o nome e a qualificação do genitor. O oficial encaminhará a certidão integral do registro e os dados qualificadores do suposto pai ao juiz. O juiz ouvirá a mãe e notificará o varão, independentemente de seu estado civil, para manifestar-se. Caso o suposto pai compareça e confirme expressamente a paternidade, será lavrado o termo de reconhecimento e remetida a certidão ao oficial do registro, para a devida averbação^[2].

Esta ley tiene como objetivo facilitar el reconocimiento de los hijos imponiendo en su oportunidad las responsabilidades debidas a los padres biológicos^[3].

Parte del texto que interesa para fines del presente tema nos dice:

Art. 2º.- Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

[2] DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira, "O direito de ser filho e a Constituição de 1988", em *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 825, 6 out. 2005, em <http://jus2.uol.com.br>. Acesso 06/10/2005.

[3] GRUNWALD, Astried Brettas, "Laços de família: critérios identificadores da filiação", em <http://jus2.uol.com.br>. Acesso 06/10/2005.

- § 1º O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.
- § 2º O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.
- § 3º No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.
- § 4º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

Como puede apreciarse, esta ley representa un avance singular en el tema de paternidad. Claro que no es del todo contundente, pero es una muestra de la importancia que representa para la sociedad que toda persona cuente con un padre.

El aporte de este trámite es:

- a. En casos de nacimiento con maternidad establecida, se remitirá al juez los datos del supuesto padre para que inicie la investigación.
- b. Intervención de la madre y notificación al supuesto padre.
- c. Respeto a la intimidad y cautela de los intereses personales con la reserva del proceso.
- d. Fomento de la conciliación para el reconocimiento de la paternidad y abreviación del proceso.
- e. Si el supuesto padre no contesta en 30 días, el juez requerirá al fiscal para que inicie investigación del nexo filial.

Esta ley ha permitido que en Brasil se tienda a una reducción de los hijos sin padre, carentes de reconocimientos, que en cifras

es desbordante, como lo recuerda la profesora Ana Liési Thurler^[4] al indicarnos los cerca de 800 mil niños nacidos anualmente en Brasil que quedan sin reconocimiento.

1.2. Costa Rica

La Ley N° 8101 de Costa Rica, Ley de Paternidad Responsable, del 27 de abril de 2001, tiene un fondo y matiz muy similar a nuestra Ley N° 28457, pues “pretende brindarle a las madres un proceso mucho más rápido, menos costoso y con ello descongestionar un sistema judicial que se encuentra colapsado, a través de un procedimiento administrativo más eficiente y en donde los plazos se reducen, cumpliendo con ello el mandato constitucional de justicia pronta y cumplida”^[5].

FINALIDAD
- Brindar un proceso más rápido y menos costoso a la madre.
- Descongestionar al Sistema Judicial

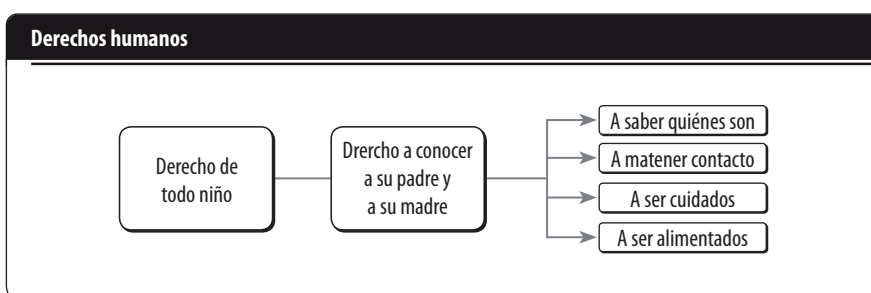
Esta ley costarricense tiene como precedente el Proyecto de Ley N° 14064, denominado proyecto de ley de paternidad respon-

^[4] THURLER, Ana Liési, “Reconhecimento paterno, direito de cidadania”, en www.arpenbrasil.org.br Acceso 16 de enero de 2006. THURLER, Ana Liési, *Paternidade e deserção*. Crianças sem reconhecimento, maternidades penalizadas pelo sexismo. Departamento de Sociologia: Universidade de Brasília, Tese de doutoramento, 2004. En reciente trabajo informa “Un phénomène –sociologique, éthique et politique–, qui touche chaque année un million d’enfants, reste invisible au Brésil: la non-reconnaissance paternelle. L’ampleur de ce problème nous signale les limites et la vulnérabilité de la démocratie brésilienne elle même, dans le champ des rapports sociaux de sexe. Près d’un enfant sur trois nés dans ce pays, ne réussit pas à avoir cette reconnaissance», en : «Résistances des hommes, exigences des femmes: l’exemple de la reconnaissance paternelle au Brésil”, material facilitado via internet por la propia autora presentado en el 4e. *Congrès International de Recherches Féministes dans la Francophonie Plurielle. Citoyennes sans frontière*, Canadá, Université d’Ottawa, julio 2005.

^[5] CHINCHILLA MONGE, Cristian, “Detalles sobre la Ley de Paternidad Responsable”, en <http://www.uca.ac.cr>. Acceso el 1/4/2005.

sable (8 de agosto de 2000), el que entre sus considerandos de peso sustenta:

- a. De los 78 526 nacimientos reportados en 1999, un 51,5% son extramatrimoniales. De estos, 23 845 nacimientos son de padre no declarado, colocándose solo los apellidos de la madre.
- b. Son derechos humanos: el derecho de todo niño de conocer a su padre y madre, a saber quiénes son, a mantener contacto, a ser cuidados y alimentados.



- c. A su vez, son derechos que desarrollan otros derechos como el derecho a la identidad personal, a la vida familiar y el desarrollo personal.
- d. Frente a la situación de abandono de las responsabilidades paternas, algunas mujeres optan por el proceso de reconocimiento de paternidad que es un trámite engorroso y burocrático, conllevando a que la mayoría de los procesos iniciados sean abandonados antes de su conclusión.
- e. Entre los principales obstáculos en los procesos cabe señalar^[6]:

^[6] Esta identificación de obstáculos y dificultades de los procesos de reconocimiento de paternidad es producto del trabajo de consulta e investigación que efectuó la Comisión de Paternidad, encargada de la formulación del presente proyecto de ley. En esta Comisión participaron representantes de las siguientes instancias: Asamblea Legislativa, Poder Judicial, Organismo de Investigación Judicial, Defensoría de los Habitantes, Patronato Nacional de la Infancia, Instituto Nacional de las Mujeres y Universidad de Costa Rica.

- La negativa de los padres en el reconocimiento.
- El proceso es largo y no da la posibilidad de cautela alguna de los derechos en tanto está en trámite.
- El proceso es complicado y no se ajusta a los efectos de las pruebas.
- Las prácticas dilatorias son típicas en estos procesos.
- El costo de las pruebas de marcadores genéticos es alto.

Como se señala en el informe técnico^[7]: “Nótese que el proyecto busca garantizar a los niños y niñas su desarrollo integral, sobre la base de la paternidad responsable, colocando por encima este derecho, sobre otros que puedan tener los individuos en particular”.

La ley de paternidad responsable de Costa Rica dispone un proceso administrativo a través del cual se busca dar solución a un problema tan real y humano como es la filiación, incorporándose mediante el artículo 1º una modificación a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil^[8] (que es una

[7] Oficio N° ST-741-10-2000, informe elaborado por la licenciada María Eugenia Román Mora, asesora parlamentaria, en colaboración con las licenciadas Guiselle Bolaños, Georgina García, Ingrid Rojas y Rebeca Videche, y revisado por la licenciada Ana Lucía Jiménez Méndez, directora del Departamento de Servicios Técnicos, San José de Costa Rica, 31 de octubre de 2000.

[8] El texto de la norma citado dice:

Artículo 1º.- Refórmase los artículos 54º y 112º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, N° 3504, de 10 de mayo de 1965, cuyos textos dirán:

“Artículo 54º.- Inscripción de hijas e hijos habidos fuera del matrimonio. En la inscripción de nacimiento de hijos e hijas habidos fuera del matrimonio, se consignarán la paternidad y la maternidad, si la declaración es hecha por las dos personas que se atribuyen la calidad de progenitores y ambos la firman.

El registrador deberá hacer el apercibimiento a la madre de las disposiciones legales y administrativas establecidas respecto de la declaración e inscripción de la paternidad; asimismo, de las responsabilidades civiles en que pueda incurrir por señalar como tal a quien, después de haberse sometido a las pruebas técnicas respectivas, no resulte ser el padre biológico; además, de las características de la certeza de la prueba de ADN y de la obligatoriedad de practicarse la prueba. Informada la madre y en ausencia de declaración del padre, ella podrá firmar el acta e indicar el nombre del presunto padre.

En ese acto, la criatura quedará inscrita bajo los apellidos de su madre. Al pre-

norma similar al Reglamento de inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú^[9]).

De forma esquemática, la ley citada trata del acto de inscripción de los hijos extramatrimoniales de la siguiente manera:

1. Si la declaración de nacimiento es realizada por ambos padres, dejarán constancia de sus datos.
2. En caso de ausencia del padre, la madre firmará el acta indicando el nombre de aquel. Para estos efectos:
 - a. El registrador le informará las consecuencias y responsabilidades si señala como padre a quien, luego de someterse a las pruebas biológicas, sea descartado.

sunto padre se le citará mediante notificación, para que se manifieste al respecto dentro de los diez días hábiles a partir de la notificación, y se le prevendrá de que la no manifestación de oposición al señalamiento de paternidad dará lugar al reconocimiento administrativo de la filiación (declaración administrativa de paternidad). En caso de que al apersonarse no acepte la paternidad del menor, se dará solo una cita gratuita a la madre, a la criatura y al padre señalado, para que acudan a realizarse un estudio comparativo de marcadores genéticos, ante los laboratorios de la Caja Costarricense de Seguro Social acreditados por el Ente Nacional de Acreditación de Laboratorios (ENAL); mediante este estudio quedará definido si la afiliación señalada es cierta. La Caja Costarricense de Seguro Social tendrá la obligación de garantizar la cadena de custodia de la prueba, así como de comunicar al Registro Civil los resultados de la prueba. Si el presunto padre no se apersona o si se niega a llevar a cabo la prueba genética, procederá aplicar la presunción de paternidad y dará lugar para que así se declare, administrativamente, y se inscriba con los apellidos de ambos progenitores, siempre y cuando la madre y el niño o la niña se hayan presentado a realizarse la prueba. Dicha declaración administrativa otorgará las obligaciones legales propias de la paternidad.

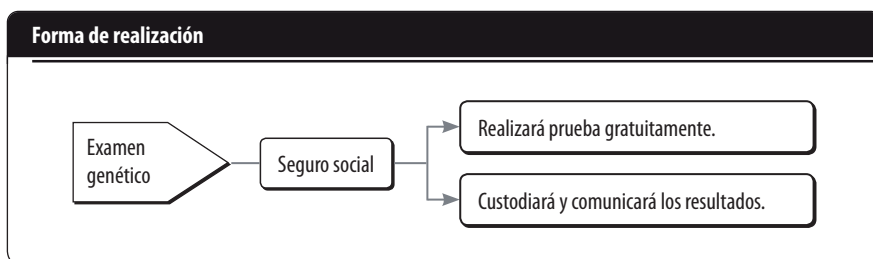
Inscrita la declaración administrativa de la paternidad, el progenitor o sus sucesores podrán tramitar, en la vía judicial, un proceso de impugnación de la paternidad declarada administrativamente. Este trámite no suspenderá la inscripción del menor.

Contra la resolución administrativa que determine presuntivamente la paternidad, no cabrá recurso administrativo alguno.

Contra esa resolución no cabrá, en vía judicial o administrativa, el incidente de suspensión de ejecución ni cualquier otra medida cautelar tendiente a enervar sus efectos”.

^[9] Decreto Supremo 015-98-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 25 de abril de 1998.

- b. Se considera la efectividad de la prueba del ADN y su carácter obligatorio.
3. El niño será inscrito con los apellidos de la madre.
4. Se requiere al presunto padre para que en el plazo de diez días manifieste su posición, bajo apercibimiento de declararse la paternidad mediante reconocimiento administrativo de filiación.
 - a. La no aceptación de la paternidad conlleva a la realización del examen genético.
 - b. El no apersonamiento o la negativa a la prueba genética determina la presunción de paternidad; en este caso se inscribe con los apellidos de ambos progenitores, siempre que la madre y el niño se hubieren practicado la prueba.
 - c. La declaración administrativa de paternidad genera el vínculo propio de la paternidad.
5. Contra la declaración administrativa de paternidad:
 - a. No procede recurso administrativo, ni incidente de suspensión de ejecución, ni medida cautelar que busquen enervar sus efectos.
 - b. Procede judicialmente un proceso de impugnación, el que no suspenderá la inscripción del menor.
6. En cuanto a la realización de la prueba la ley indica que los laboratorios del seguro social:
 - a. Realizarán gratuitamente la prueba.
 - b. Custodiarán la prueba y comunicarán al Registro Civil los resultados.



El artículo 7° de la ley autoriza al Poder Ejecutivo para que gire a la Caja Costarricense de Seguro Social un monto anual de hasta mil millones de colones a fin de que se pueda equipar los laboratorios para atender la demanda de las pruebas. Este dispositivo legal no se cumple, de allí que exista un proyecto de ley, Exp. 14.374, que busque reformar la ley de paternidad para que sean los demandados quienes paguen, o en su caso, la madre que mintió. Este proyecto se sustenta en que:

[Muchas] falsas expectativas se generaron en la población a raíz de esta Ley: se esperaba una ley justa, que volviera ágil y veloz la investigación de paternidad, pero la prisa de aprobar esta ley, bien intencionada, se convierte en un mal chiste, porque no habrá dinero suficiente para pagar las pruebas de paternidad.

Esta ley autoriza al gobierno para trasladar mil millones de colones del presupuesto nacional a la Caja Costarricense de Seguro Social, pero no lo obliga. Es una autorización, no una orden. Hoy, el gobierno no entrega el dinero que debe al Patronato Nacional de la Infancia, ni gira el dinero debido al Instituto Mixto de Ayuda Social. En ambos casos, el gobierno está obligado y no entrega el dinero. ¿Por qué pensamos que lo hará para las pruebas de paternidad?

Si no hay dinero suficiente, las pruebas se retrasarán durante meses. No extrañará que las investigaciones de paternidad se vuelvan más lentas y que pronto estemos durando más que ahora, con demoras que sentirán en lo más profundo las madres que esperaban de esta ley una respuesta de justicia pronta y cumplida.

Con esta ley, los padres irresponsables triunfaron. Ellos, que siempre huyen de sus deberes, logran que sean otros los que paguen. Primero, intentaron que las madres pagaran cargando toda la responsabilidad de los hijos. Ahora, lograron que seamos todos los costarricenses quienes paguemos por sus pruebas. Tranquilamente nos han pasado la factura y nos hemos dejado.

Por todo lo anterior, el Partido Movimiento Libertario propone que las pruebas sean pagadas por los mismos padres irresponsables, sea el padre que siéndolo no lo reconoció desde

el inicio, o la madre que mintió. Así, el programa de pruebas de paternidad estaría efectivamente financiado. En algunos casos habría que hacer arreglos de pago, pero a alguna hora se cancelaría el dinero. Consideramos que es una propuesta justa, pues los padres de la criatura, que han querido huir de su responsabilidad son los que deben asumir este cargo.

Se propone con este proyecto de ley reformar el artículo 7º de esta ley, que se refiere al financiamiento, e indicar que sean los padres quienes paguen estas pruebas.

1.3. Ecuador

El Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, Codificación N° 2002-100, R.O. 737, del 3 de enero de 2003, trata en el Título V sobre el “Derecho de alimentos” y regula de forma especial una forma de declaración de paternidad^[10].

[10] El texto completo dice:

“Artículo 131º.- Situación de los presuntos progenitores.- El juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas: 1) La prestación provisional de alimentos, podrá ordenarse desde que en el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada. 2) Sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba que científicamente sean idóneos para demostrar la paternidad y en tanto ellos no sean utilizados, para la fijación de la prestación definitiva, el Juez dispondrá, a petición de parte, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derechohabiente y del o la demandada. Si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil. 3) Cuando el demandado se niega injustificadamente a someterse al examen señalado en este artículo, el juez le hará un requerimiento para que lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persiste la negativa, se presumirá la paternidad o maternidad y el juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen. 4) Si el demandado, antes del requerimiento indicado en la regla anterior, funda su negativa para la práctica del examen en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlos, el juez ordenará que la Oficina Técnica practique un estudio social y emita el informe correspondiente en el plazo máximo de quince días. En el caso de que el informe confirme la alegación del demanda-

En el establecimiento y fijación de los alimentos se tomarán en cuenta las siguientes reglas:

1. Se decretarán cuando obren indicios suficientes acerca de la filiación.
2. A solicitud de parte se oficiará la realización de la prueba biológica.
 - a. Si el resultado es positivo, se declarará la filiación en el mismo proceso, procediéndose a la inscripción en el Registro Civil.
 - b. En caso de negativa injustificada, se requerirá para que en diez días como máximo se proceda a su realización. De persistir la negativa se presumirá la filiación procediéndose a su declaración.
3. El demandado puede justificar su negativa en la falta de recursos económicos.
 - a. Si el informe social acredita la falta de recursos, los gastos serán sufragados por una entidad del Estado.
 - b. Si el informe social demuestra lo contrario, se declarará la filiación.

do, el juez dispondrá que la Junta Cantonal de Protección de su jurisdicción lo incluya de inmediato en un programa del Sistema que cubra el costo del examen. Si el informe social es negativo para la pretensión del demandado, se procederá en la forma dispuesta en la regla anterior. 5) Salvo el caso de carencia de recursos previsto en la regla anterior, los gastos que demanden las pruebas biológicas y las costas procesales, incluidos los gastos del estudio social, cuando lo hubiere, serán sufragados por el presunto padre o madre, quienes tendrán derecho a que se les reembolsen por quien ha reclamado la prestación, si el resultado de las pruebas descarta su paternidad o maternidad., 6) Se prohíbe practicar el examen señalado en la regla segunda de este artículo en la criatura que está por nacer; pero puede hacérselo en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación de parentesco.

Artículo 132°.- Condiciones para la práctica de las pruebas biológicas.- El reglamento contemplará las medidas necesarias para asegurar una adecuada cadena de custodia de las muestras a utilizar en las pruebas de que trata el artículo anterior, para garantizar la identidad personal de los sometidos al examen y las demás condiciones técnicas en que deberán practicarse estas pruebas biológicas.

4. Los gastos de las pruebas biológicas, costas y demás serán sufragados por el presunto progenitor. En su caso tendrá derecho al reembolso si el resultado de las pruebas lo descarta.
5. Se prohíbe la práctica biológica en el concebido
6. Se permite la investigación post mórtem.
7. Deben garantizarse la idoneidad y seguridad de la realización de las pruebas.

Si bien el proceso no es similar al aprobado en nuestro medio, debe rescatarse la importancia conferida a la prueba genética. En efecto, si se toma en cuenta que la naturaleza de este proceso corresponde a uno de manutención, lograr la subsistencia de una persona, siguiendo una orientación finalista y de interés social se faculta al magistrado a viabilizar en un proceso una pretensión no alegada, que resulta de mayor trascendencia que la demandada: se demanda alimentos y puede ser sentenciada, además, la declaración del nexo filial. No se aplica el criterio *ultra petita*, se deja lado el principio de congruencia por el cual los fallos deben estar arreglados a lo pedido y de acuerdo con lo probado.

Con mayor rigor puede sostenerse que si bien es cierto que del parentesco se deriva la obligación alimentaria (es su fuente originaria), si es que en sede judicial fue solicitada una manutención, la lógica es que se autorice al magistrado a esclarecer los lazos parentales entre las partes. El hecho de demandar atención económica implica la existencia de un vínculo que, de no estar probado, corresponde al juez su definición. Entonces, se toma el elemento fáctico (la demanda) como justificación para investigar el elemento objetivo (la filiación). Todo esto bajo el argumento de que existe una necesidad e indicios de una justicia social en honor de la niñez.

Como podemos apreciar, es en vía procesal que se encuentra solución a los problemas respecto de los cuales el derecho sustantivo debiera ser más directo y, por ende, eficaz.

1.4. Estados Unidos de Norteamérica

El esclarecimiento de la filiación tiene las siguientes características: En el caso de que los progenitores no sean casados, se necesita que ambos firmen un reconocimiento o declaración de paternidad (*Acknowledgement of Paternity*). En muchos casos estos firman en el hospital el día del nacimiento, en su defecto se puede recurrir a: el Departamento Demográfico Local (*Bureau Of Vital Statistics*), Oficinas de Ayuda al Niño (*Child Support Division*) o cualquiera de las Oficinas de Bienestar Publico. Se tiene que formalizar la declaración, pagar una cuota para agregar el nombre del padre a la partida de nacimiento y enviarla al Departamento de Servicios Sociales.

Si el supuesto padre no quiere reconocer voluntariamente la paternidad, la madre puede pedir a la Corte que la ayude al esclarecimiento de la filiación del menor; es obligación de la Oficina del Procurador de cada Estado velar para que cada niño tenga un padre.

Para este fin se realizará una serie de preguntas personales a la madre, para conseguir la mayor información posible sobre el supuesto padre y el tipo de relación que mantenían (cartas, regalos, fotografías, testimonios que confirmen la relación entre ambos).

En la mayoría de situaciones las pruebas genéticas son necesarias para decretar con exactitud la paternidad y son ordenadas por las cortes para identificar al padre. Todos los estados norteamericanos reconocen –aparte de los célebres *blood test*– la prueba del ADN como evidencia de paternidad. Si una de las partes disputa el resultado de las pruebas, esta tiene derecho a requerir, bajo costo personal, un segundo análisis del ADN.

1.5. Chile

El 5 de julio de 2005 se publicó en Chile la Ley N° 20030 que “modifica el Código Civil en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad y a la valoración de los medios de prueba”.

La ley elimina el reconocimiento judicial mediante la confesión de paternidad o maternidad prestada bajo juramento la que tenía un trámite de aplicación excepcional^[11], siendo el procedimiento dispuesto el ordinario. Se unifican las vías voluntaria y contenciosa en un proceso único de reconocimiento de filiación que debe adecuarse a las normas procesales dispuestas en la Ley N° 19968 (30/08/2004), que crea los Tribunales de Familia^[12].

Se mantiene el inciso 1 del artículo 188° del Código Civil, que contempla el reconocimiento sin la intervención del progenitor a quien se le atribuye la filiación, bastando que se solicite la consignación del nombre al momento de la inscripción del nacimiento.

El artículo 199° del Código Civil chileno queda modificado, manteniéndose el inciso 1 referido a que las biopruebas serán practicadas por el servicio médico legal, o por laboratorios idóneos designados por el juez. El costo es *asumido* por el Estado si son ordenadas judicialmente. Las partes tendrán derecho, por una sola vez, a solicitar un informe pericial biológico.

Lo novedoso de esta ley radica en la incorporación de los incisos 2, 3, 4, y 5 en el artículo 199° del Código Civil. Por vez primera en Chile, se otorga a las biopruebas valor suficiente para establecer la filiación extramatrimonial o excluirla. Antes de su vigencia no se les otorgaba tal carácter, solo se permitía la presentación de toda clase de pruebas para el esclarecimiento de la filiación, las que podían ser decretadas de oficio o de parte, el solo testimonio es insuficiente (cfr. artículo 198°). Se consagra el principio de inmediatez, disponiéndose que: “El juez recabará por la vía más expedita posible, antes de dictar sentencia, los resultados de las pericias practicadas que no hubieren sido informados al Tribunal”, como

[11] Los incisos 2, 3 y 4 del artículo 188° del Código civil chileno contemplaban este tipo de reconocimiento.

[12] Congreso de la República de Chile. Boletín N° 3.043-07, Informe de la Comisión Mixta encargada de proponer la forma y modo de resolver las divergencias suscitadas entre ambas Cámaras, durante la tramitación del proyecto de ley que modifica el Código Civil en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad, y a la valoración de los medios de prueba sobre el particular.

ya lo hiciéramos notar^[13], se mantiene el sistema abierto en cuanto a la presentación de pruebas, pero con el matiz que la prueba del ADN prevalece sobre las demás.

Respecto de la negativa a someterse a la prueba científica, se dispone la presunción en caso sea injustificada (es decir, citada dos veces, bajo apercibimiento de aplicarse la presunción de filiación, no se concurre a su realización). De esta forma, se establece una presunción *iuris tantum*, lo que se deduce de una lectura sistemática del artículo 220° del Código Civil, que indica la no procedencia de la impugnación de una filiación declarada por sentencia firme, salvo lo dispuesto por el artículo 320° del Código (al presunto padre, madre o hijo no le será oponible la sentencia de filiación, pudiendo iniciar la acción de filiación correspondiente). En esa medida se desvirtuará la presunción si se demuestra que la filiación declarada judicialmente (por negativa injustificada a la prueba pericial biológica) no coincide con la realidad^[14].

Además, se agrega el artículo 199° *bis* al Código Civil, que dispone que si interpuesta la acción de reclamación de filiación el demandado reconoce su paternidad, el procedimiento termina. Si no comparece, niega o manifiesta dudas acerca de su paternidad el juez ordenará la práctica de la bioprueba.

Con ello se alcanza el objetivo de contar con un procedimiento único de reconocimiento de la paternidad o maternidad que unifique las vías voluntaria y contenciosa, lo que está en concordancia con la derogación de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 188° del Código Civil, tal como adelantáramos. Asimismo, se dispone la subinscripción

[13] VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Los vientos nuevos del sur en materia de filiación”, en *Jurídica* [Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*], Año 2, N° 62, Lima, martes 6 de septiembre de 2005, p. 8.

[14] Antes de la vigencia de esta ley, la negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configuraba una presunción grave en su contra, apreciada por el Tribunal, pudiendo constituir un elemento de prueba cuando tuviese los caracteres de gravedad y precisión suficientes a efectos de formar el convencimiento de la Sala (artículo 426° del Código de Procedimiento Civil). De esta forma, la negativa injustificada era debidamente apreciada, pudiendo declarar o no la filiación observándose si la negativa del demandado causaba o no convicción sobre la filiación.

del acta que establece el reconocimiento judicial. Esto se establece con el fin que el juez no emita sentencia de reconocimiento si el demandado reconoce voluntariamente. En este caso, el Tribunal remitirá al Registro Civil copia auténtica.

2. HACIA DÓNDE VAMOS

De los sistemas analizados, es fácil apreciar la tendencia de revelar el nombre del progenitor. Decir quién es el padre de la criatura es una obligación de la madre. Nadie más que ella sabe quién colaboró en el engendramiento de su hijo, al menos en la generalidad de los casos. Ahí está el tema, quien debe colaborar ab initio es la mujer. Sin embargo, como argumenta Dutto, la cuestión identitaria del niño no puede depender del libre albedrío materno. Por ética, quienes en cierta oportunidad asumieron la paternidad y maternidad –sin vicios de voluntad, concientes de su conducta y responsabilidad– son los comprometidos con la identidad de aquel (consecuente de sus relaciones), lo que trasciende a la propia motivación individual, creando circunstancias que, por afectar al niño, no pueden a su antojo desvirtuar, ocultar, tergiversar. No es aceptable “la posición materna de no revelar la identidad del padre y de esa manera negar a este la posibilidad en los primeros años de su vida de tener una identidad plena”^[15]. Lo contrario es legitimar una conducta individualista, por decir lo poco, egoísta con mayor precisión. Qué duda cabe que el derecho a la identidad del hijo prima sobre la intimidad de la madre^[16].

No hace mucho la situación en el Perú era muy similar, tomando en cuenta la modificación del artículo 21° y la derogación del 392° del

[15] DUTTO, Ricardo, “El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas”, en *Revista Derecho Procesal 2002-2: Derecho procesal de familia II*, Santa Fe, 2002, pp.154 y 155.

[16] En la jurisprudencia de Holanda, tenemos el caso *Valkenhorst* que es el nombre de una institución caritativa que durante 1920 y 1940 albergó a las madres solteras para que dieran a luz a sus hijos, a algunos de los cuales han demandado a aquellas para obtener información sobre sus padres. Cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel, “¿Qué familia para el siglo XXI”, en *Revista de Derecho de Familia. Derecho de Familia*, N° 9, Buenos Aires, 2004, p. 54.

Código Civil^[17]. Antes, ocurría que en los casos de reconocimientos diferidos se restringía la revelación del nombre de la persona con la cual se tuvo el hijo, lo que tenía un matiz inconstitucional. En esta línea, la Defensoría del Pueblo, mediante Resolución Defensorial N° 023-2003-DP (24 de junio de 2003) recomendó al Congreso de la República la modificación de los artículos 21° y 392° del Código Civil y el 37° del Reglamento de la Reniec, a efectos de que el hijo pueda ser inscrito con el apellido del presunto padre que no lo reconoce con el mero dicho de la madre o del padre que lo hace, sin que ello suponga un vínculo de filiación con el primero^[18]. En la práctica, los hijos extramatrimoniales, conforme lo decía la norma, se inscribían con los apellidos del progenitor que los reconoció, sea el padre o la madre.

Hoy por hoy, se puede revelar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, lo que no es más que reconocer lo obvio y axiomático (al menos para quien lo hace). En este caso, el hijo lleva el apellido de quien lo inscribió y el del presunto progenitor, lo cual no genera vínculo de filiación, tan solo permite el ejercicio del derecho al nombre como parte de la identidad. Lo sugestivo y seductor de la nueva norma es que, luego de la inscripción (dentro de los treinta 30 días), el registrador, asumiendo su responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho a efectos que confirme o niegue la paternidad administrativamente señalada, solo esperemos que lo haga.

No es para menos, pero este era un cambio bastante ansiado en nuestro Código Civil; la práctica es la que fijará el nuevo rumbo.

[17] Mayor referencia, ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “La Ley N° 28720 y el mal entendido derecho a la identidad del menor”, en *Actualidad Jurídica*, N° 150, Lima, 2006, p. 49 y ss.

[18] DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Compendio de Resoluciones Defensoriales*, Lima, 2000-2004, T. II, pp. 351-364. *La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los/as hijos/as extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos*. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Serie Informes Defensoriales*, Informe N° 74, septiembre de 2003.

CAPÍTULO SÉTIMO

LA INVESTIGACIÓN DE LA MATERNIDAD

1. GENERALIDADES

El parentesco y la filiación siempre han estado afianzados a la madre. Un análisis etimológico nos lleva a encontrar sus orígenes en la voz *parents* = madre de los dioses. Proviene del latín *parentes* (padre y madre), participio activo del verbo *parere* ('parir'), de allí su descomposición *partus*, de la que se deriva la voz 'parentesco', 'parentela' y 'parientes', es decir, individuos paridos por una mujer evidenciando la primitiva descendencia matriarcal en las sociedades matrilineales. En estas, la mujer es la esencia de la sociedad: ocupaba un lugar de honor y respeto aunque no necesariamente de dominio. Y es que la mujer adquiere la fuerza social pues su descendencia era identificable, sabía quiénes eran sus hijos.

La maternidad está dada por la propia naturaleza, pero para que genere consecuencias jurídicas, debe ser legitimada por el derecho, a través del reconocimiento o una investigación judicial. En esta acción debe probarse el parto de la madre y la identidad con el hijo que ha dado a luz: es esto lo que permitirá acreditar la filiación materna. Esta acción de estado procede cuando se desconoce la identidad de la madre (casos de orfandad, niños abandonados, expósitos, padres solteros), es decir, procede respecto de los hijos sin filiación materna acreditada.

Como supuesto similar al artículo 402° del Código Civil, el artículo 409° considera aquellos casos en los que se admite a debate la relación materno-filial extramatrimonial. Implica un reconocimiento forzoso –en oposición al reconocimiento voluntario–, pues la filiación será determinada por la sentencia expedida por el órgano

jurisdiccional respectivo. Los Mazeaud^[1] nos dicen que resulta preferible evitar ese lenguaje, por el de reconocimiento forzoso, pues si produce los mismos efectos del reconocimiento voluntario, no constituye en nada un reconocimiento: *el vínculo de filiación se afirma por el tribunal, fuera de la voluntad de los padres y, generalmente, contra esa voluntad incluso*. Pero en sí, la doctrina unánimemente está de acuerdo con que esta forma de determinación de la maternidad extramatrimonial es una muestra más del sistema complejo de probanza judicial para obtener la verdad biológica.

Fue, y en algunos sistemas sigue siendo, criterio entendido que el fenómeno de la maternidad es comprobable mientras que la paternidad es presumible de allí los supuestos creados por la ley sean presunciones y supuestos para aproximarnos a las relaciones filiales. Es en este sentido que se alega que la declaración de maternidad es una declaración de pura ciencia, en cuanto a la diferencia de la declaración de la paternidad que es una declaración de voluntad (la doctrina y la legislación civil portuguesa han llamado a esta última *perfilihação*: la madre declara su maternidad y el padre perfila su paternidad^[2]). La determinación de la maternidad, comparativamente con la paternidad presenta menor dificultad, ya que es constatable físicamente por medios directos: se anuncia el embarazo y se manifiesta por el parto, es decir, se prueba por hechos físicos posibles de observar por terceros^[3].

2. ANTECEDENTES

El axioma, tomado por Paulo del Digesto, *mater semper certa est etiam si vulgo conceperit* (Lib. II, tít. IV, ley 4, § 3) nos decía que la maternidad era siempre indubitable y que su prueba era sencilla, directa y demostraba un hecho simple y común: el solo ver en estado gestante a una mujer, el hijo que luego viéramos llevara en sus brazos entendíamos que era de ella (*partus séquitur ventrem*, Instituta: 2, 1,19).

[1] MAZEAUD, Henry-León y Jean, *Lecciones de Derecho civil*, Buenos Aires, EJE, Parte primera, Vol. III, 1959.

[2] DA COSTA PIMENTA, José, *Filiação*, Coimbra, Portugal, 1986, pp. 122 y 123.

[3] SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina, *La filiación en el nuevo de derecho de familia*, Cono Sur, Chile, 2001, p. 95.

El sustento es que tanto la gestación como el nacimiento son hechos biológicos que pueden ser probados de manera más segura a través del parto, no así la concepción. En la práctica este sistema ofrece dificultades, como lo adelantó Vélez Sársfield, cuando la maternidad no puede presentarse como indubitable, salvo que el juez haya asistido al parto (solución que plantea como lógica para demostrar su aseveración). De esta manera, los supuestos de simulación de embarazo o de parto, inscripción registral indebida, maternidad disputada, transcurso del tiempo que imposibilite el examen de parto, etcétera, son casos en los cuales solo podrá determinarse la maternidad con ayuda de las pruebas heredobiológicas.

El texto del artículo 409º: “La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente, cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo” tiene como antecedente el artículo 374º del Código de 1936 y carece de referencia expresa en el Código de 1852.

3. PRESUPUESTOS

La prueba del parto y la identidad del recién nacido determinan la filiación materna, cualquiera sea el estado civil o edad de la madre, a fin de contribuir a que toda persona acceda a su título de estado de hijo, siempre y cuando, al ser el certificado de nacimiento prueba suficiente, no se requiera capacidad legal de la progenitora, puesto que la determinación maternal prescinde de su voluntad. Todo lo contrario sucede en el reconocimiento: el pretense hijo deberá alegar y hacer una *doble* prueba, por un lado del *parto* de la mujer, que pretende sea su madre, situado en el tiempo y en el espacio, así como el de su *identidad* de quien lo dio a luz^[4].

Si el nacimiento del hijo tiene lugar no estando casada la madre, la filiación entonces será extramatrimonial. A diferencia de la filiación paterna, donde es decisivo el hecho del matrimonio, ya que este permite el juego de la presunción *pater est*. En la determinación de la maternidad, sea esta matrimonial o extramatrimonial,

[4] DA COSTA PIMENTA, José, *Filiação*, Coimbra, Portugal, 1986, p. 63.

lo esencial es la acreditación del hecho del parto y la identidad del nacido. Esta norma se sustenta en el axioma de los jurisperitos *partus sequitur ventrem*, que tiene raigambre ancestral. El sustento del mismo está dado en que vincula a toda la descendencia de la madre con la condición de la misma. Así, tenemos que la esclavitud se alentó y extendió a partir del principio de derecho *partus sequitur ventrem*, lo que permitió consagrar la perpetuidad y heredad del esclavo, que afectaba indefinidamente a toda la descendencia de mujer esclava y los cruzamientos con indios y blancos. Tradicionalmente, ha sido valor entendido que mientras la paternidad del marido se determina a través de la presunción *pater is est*, la maternidad se acredita por el parto de la mujer, y por eso es *mater sempre certa est*^[5].

3.1. Parto

El parto es un hecho biológico que genera consecuencias jurídicas. Se define como el proceso mediante el cual el producto de la concepción y sus componentes biológicos son expulsados del organismo materno a través de las vías genitales.

Comprende, respecto de la madre, tres periodos (dilatación, expulsión y alumbramiento) y respecto del feto, cuatro períodos (reducción, descenso, rotación intrapélvica y desprendimiento). El parto constituye el presupuesto biológico que debidamente acreditado atribuye ipso iure la maternidad. Ahora bien, debemos asumir un criterio amplio en la interpretación de este artículo, pues puede presentarse el nacimiento producto de una cesárea y no por ello vamos a limitar su aplicación.

Como refiere el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 7º), en el certificado de nacimiento vivo constará la identificación dactilar de la madre y la identificación pelmatoscópica del recién nacido, además de los datos que corresponde a la naturaleza del documento. En igual sentido, el artículo 3º del Decreto Supremo

[5] Para mayor referencia vide BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, *Hijos legítimos*, Astrea, Buenos Aires, 1981. Ibídem, *Manual de derecho de familia*, Astrea, Buenos Aires, 1989. Ibídem, *Régimen legal de la filiación y de la patria potestad*, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1987.

Nº 38-94-JUS (que dispone que los nacimientos que ocurran en maternidades y hospitales estatales deberán inscribirse antes que el recién nacido abandone el centro de salud), en el que se establece que en el certificado médico que acompaña y sustenta la inscripción del nacimiento, deberá constar en el dorso la identificación dactiloscópica del recién nacido y de su madre, a fin de establecer indubitablemente la identidad de ambos. A su vez, la Resolución de Gerencia Nº 05-2003-GO/RENIEC adiciona al reverso del formato del certificado de nacimiento vivo el rubro destinado a la impresión pelmatoscópica del recién nacido. Del mismo modo, y de manera más general, las normas que disponen la expedición del DNI de los recién nacidos.

Es por ello que el certificado de nacimiento vivo es suficiente para atribuir la maternidad, sin que sea menester su reconocimiento, pues opera incluso contra la voluntad de la madre al fundarse en la comprobación objetiva del presupuesto biológico. Esto implica una importante excepción al principio del emplazamiento en el estado filial a diferencia del reconocimiento.

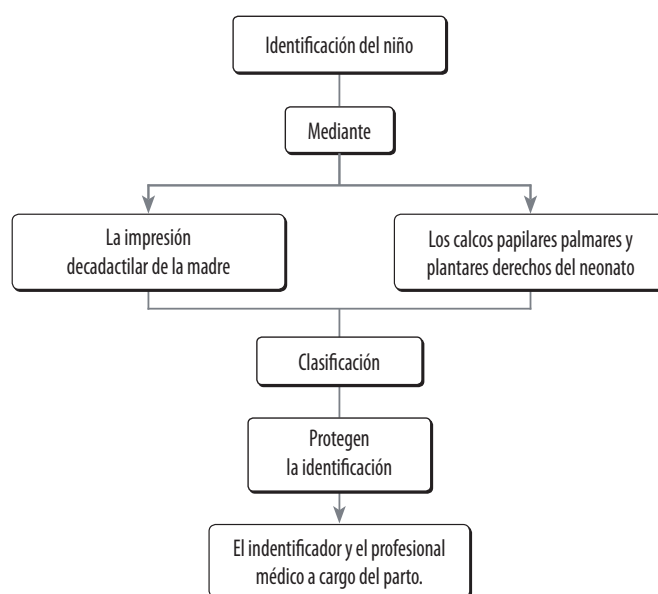
La inscripción del niño constituye el título de estado de la filiación materna. La exigencia de certificado de nacimiento vivo puede resultar un inconveniente en las zonas marginales o rurales donde muchas veces el nacimiento se produce sin intervención de los profesionales o en aquellos casos de partos transeúntes o domésticos. Se ha entendido, en la legislación argentina, que en estos casos se permitiría probar el hecho del nacimiento a falta del certificado mediante la declaración de dos testigos que hubiesen visto al nacido y firmasen la mentada inscripción (en este sentido, Spota, Borda, Méndez Costa). Sin embargo, lo cierto es que este registro solo es atributivo de maternidad si se produce un reconocimiento expreso de la madre o sentencia judicial.

3.2. Identidad del hijo

El supuesto de la norma trata de demostrar que el parido es de la parturienta, y aquí entra a tallar la identidad como elemento esencial para acreditar la individualidad y origen de la filiación materna del hijo, es decir, quién es y de quién es, lo cual es comprobado normalmente con el certificado de nacimiento vivo.

La identificación del nacido significa asegurarse que el niño, cuya inscripción del nacimiento se realiza, sea efectivamente hijo de la mujer que lo ha dado a luz y que se presenta como madre. El registro debe ser convalidado con fotografías, impresiones dactiloscópicas descripción de señas físicas y datos individuales del niño y la madre, lo que se presentan como una cuestión técnica importante frente a los innumerables casos de fraudes, suplantación, sustracción y sustitución de la prole.

Como dice Méndez Costa^[6], la identidad del hijo está en relación directa con la identificación de la parturienta lo que debe realizarse durante el trabajo de parto, producido el nacimiento y antes de cortar el cordón umbilical. La identificación se efectúa mediante impresión decadactilar de la madre y los calcos papilares palmares y plantares derechos del neonato y la clasificación de ambos. El identificador y el profesional médico a cargo del parto son responsables por la protección de la identificación del binomio madre-hijo, al margen de la responsabilidad del establecimiento médico asistencial por incumplimiento de la ley.



[6] MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1996, T. III, p. 3.

4. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 409º

A diferencia de la maternidad matrimonial, que se prueba con la partida de nacimiento y la partida de matrimonio (títulos de estado) (artículo 375º) y que puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o suplantación de hijo (artículo 371º), para la acreditación de la maternidad extramatrimonial debemos recurrir, de acuerdo a lo mencionado, al hecho directo del parto y consecuente identidad del hijo (hechos biológicos). Es en este orden de ideas que la maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe estos dos hechos. El supuesto considerado es atribuir la maternidad a la madre que dio a luz.

El sentido del término que utiliza el artículo cuando dice la maternidad extramatrimonial “también” puede ser demostrada judicialmente implica que, así como la paternidad, la maternidad igualmente puede ser indagada en proceso judicial, puesto que en determinados casos puede estar cubierta de un velo de duda, misterio o incertidumbre. La redacción del artículo es justificable de acuerdo al tiempo en la que fue redactada, pues eran pocos los casos en los que se presentaban estas situaciones de allí que sea una expresión explicativa y razonable frente a la comprobación de un hecho poco usual. Esta fórmula fue aplaudida por un sector de la doctrina al celebrar la doble orientación que marcaba el Código Civil peruano (1936) en sus artículos 349º y 374º, como principio y como prueba, no pudiendo negarse que mantiene una vigencia práctica tal como se alegó en la discusión del Proyecto de Código Civil argentino (2000), respecto que la atribución de la maternidad por la prueba del parto constituye un sensible avance de las legislaciones más modernas en beneficio del establecimiento moderno de filiación.

La redacción del texto del artículo 409º pudo haber sido más objetiva (“la maternidad extramatrimonial puede ser ...”), eliminando el adverbio “también”, que trata de justificar la igualdad, semejanza y conformidad entre las dos formas de investigación de la filiación extramatrimonial, la paterna y la maternal. Podríamos entender que el supuesto del artículo es bastante curioso, pues alega que el término “también” puede ser interpretado en el sentido que existen otros casos en los que se puede solicitar la determinación

judicial de la maternidad extramatrimonial, fuera de aquellos expresamente establecidos en la norma, como son el hecho del parto y la identidad del hijo. Esta situación es obvia de acuerdo al criterio de la investigación amplia de la filiación en la que se admiten otras pruebas incluso las genéticas (Ley N° 27048), las que, es más, han desplazado la tradicional forma de demostración de la maternidad en la que era indispensable llegar a la comprobación de la misma fuera de los hechos biológicos considerados en la norma.

Téngase en cuenta que la Ley N° 27048 olvidó la actualización de este artículo pues debió referir que la maternidad extramatrimonial será judicialmente declarada cuando se acredite el vínculo parental entre la presunta madre y el hijo a través de la prueba del ADN, tal como se modificó el artículo 402° del Código Civil, incorporando el inciso 6. En efecto, esta ley trata la materia de la utilización de las pruebas genéticas en las siguientes acciones de estado: la impugnación de la paternidad (artículo 363°) y de la maternidad matrimonial (artículo 371°), reclamación de la filiación (artículo 371°), declaración de la paternidad extramatrimonial (artículo 402°) y determinación del hijo alimentista, olvidando la modificación de la declaración de la maternidad extramatrimonial.

Como se viene mencionando, el criterio tradicional para establecer la maternidad es la conexidad del parto y la identidad del nacido, pero dado el avance de la determinación filial a través de las pruebas genéticas, estas vienen a presentarse como un medio *ad hoc* para ello.

La prueba de la maternidad extramatrimonial estará actualmente dirigida en lo siguiente:

- Probanza del parto, la que se entiende que debe ser en fecha determinada, esto puede probarse con el certificado de nacimiento vivo, la partida de nacimiento, posesión de estado inmediato al parto, testimonios del embarazo o parto.
- Identidad del hijo cuya filiación es discutida, en este caso hay libertad de prueba y primará la prueba de la genealogía.
- Acreditación genética del vínculo maternal.

Es importante detallar que a la declaración judicial de la paternidad se le da un tratamiento y desarrollo mucho más exacto y detallado, situación que no se da en la declaración judicial de la maternidad extramatrimonial. Existen claros vacíos, como el de la legitimidad procesal pasiva (se entiende que es la presunta madre o sus herederos si hubiese muerto), a quién le corresponde la legitimidad procesal activa (al hijo o a la verdadera madre) y la competencia del juez (del domicilio del demandante o demandado): situaciones estas que sí están consideradas en los artículo 406º, 407º y 408º, respectivamente, para regular la indagación paternal.

5. TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado hay uniformidad en cuanto a la declaración de la maternidad extramatrimonial. El Código alemán dice concretamente que la madre del niño es la que lo da a luz (artículo 1591º). El *Code* francés menciona (artículo 341º): “El hijo que ejercite la acción [investigación de la maternidad] está obligado a probar que era él a quien la presunta madre parió. La prueba solo puede aportarse si existen presunciones o indicios graves”^[7].

El Código de Familia de Cataluña, respecto del establecimiento de la filiación no matrimonial, indica que esta puede establecerse por reconocimiento, por resolución dictada en proceso ante registro civil o por sentencia firme sea civil o penal, en lo referente a la madre, también por el informe médico o el documento que exija el registro civil (artículo 93º).

El Código de Familia de Panamá es igual al nuestro, así como los códigos suizo, italiano y el argentino, este último hace referencia a la inscripción registral (situación similar en su proyecto). El Código de Familia de Bolivia, con redacción similar a la nuestra, añade que en la investigación se pueden hacer uso de todos los medios de pruebas conducentes, redacción que asume el Código Federal de México, pero agrega que la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada (artículo

[7] *Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 art. 26 Journal Officiel du 9 janvier 1993.*

385°), norma similar es la del Código de Quintana Roo, haciendo la salvedad que en la época de la concepción no haya vivido con el marido (artículo 917°), equivalentes restricciones estuvieron consideradas en el código de Brasil de 1916, pero el nuevo código de 2003 ha eliminado cualquier tipo de límite en la investigación de la maternidad y también de la paternidad^[8].

El código español consagra que, respecto de la madre, su filiación será acreditada cuando se haga constar en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil (artículo 120°, inciso 4), además menciona que, aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento, de la posesión de estado, de la convivencia o de otros hechos de los que infiera la filiación (artículo 135°).

El Código Civil ecuatoriano nos dice que la prueba de la maternidad se realizará con testimonios fehacientes que determinen el hecho del parto y la identidad del hijo (artículo 271°), en el mismo sentido, el código uruguayo (artículo 242°). En el Código de Familia de Costa Rica se da especial énfasis a la posesión constante de estado a efectos de investigar la paternidad o maternidad extramatrimonial.

En el Código de Familia, de Cuba la probanza está dirigida tanto a las posesión de estado así como al hecho del parto y a la identidad del hijo. El Código Civil de Québec indica genéricamente que “la filiación paterna y materna está dada por el nacimiento, sin importar las circunstancias de nacimiento del menor. En la ausencia del acto de nacimiento, posesión del embarazo de filiación interrumpida es suficiente” (artículo 523°).

El Código Civil de Portugal, en su detallado tratamiento al establecimiento de la maternidad (del 1803° al 1825°) indica en su artículo 1816° (prueba de maternidad): **1.** Na acção de investigação de maternidade o filho deve provar que nasceu da pretensa mãe. **2.** A maternidade presume-se: *a)* Quando o filho houver sido

^[8] DINIZ, María Elena, *Curso de Derecho civil brasileiro*, 17ª ed. actualizada, Saraiva, Sao Paulo, 2002, vol. 5, p. 411.

reputado e tratado como tal pela pretensa mãe e reputado como filho também pelo público; *b*) Quando exista carta ou outro escrito no qual a pretensa mãe declare inequivocamente a sua maternidade. 3. A presunção considera-se ilidida quando existam dúvidas sérias sobre a maternidade. (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11).

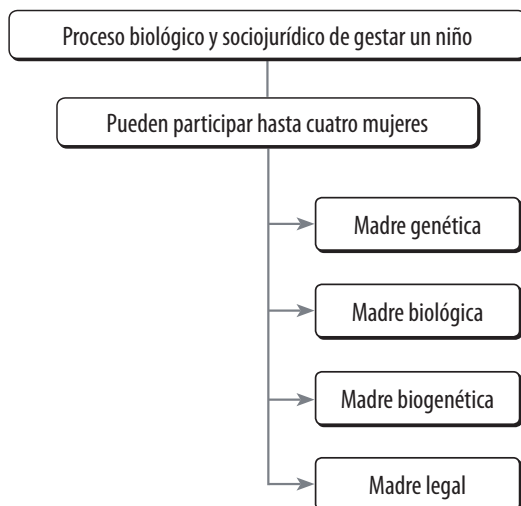
El código venezolano y el de Guatemala curiosamente no refieren expresamente a esta materia, solo cuentan con normas genéricas.

Como vemos, las legislaciones en el sistema privado comparado garantizan uniformemente, desde el nacimiento, el emplazamiento materno y la asunción por parte de la madre de los derechos y deberes emergentes de la filiación.

6. PROCREACIÓN ASISTIDA

Como consecuencia de los avances de la procreática este artículo resulta pertinente para afirmar que la maternidad se determina por el hecho del parto, es decir, que la maternidad biológica debe coincidir con la genética (artículo 7º de la Ley General de Salud), dando solución a los intrincados problemas de orden filial que origina la maternidad subrogada.

Las técnicas de maternidad subrogada han llevado a que el axioma *mater sempre certa* resulte del todo inaplicable, y hoy se encuentran en plena revisión; actualmente, es viable que hasta cuatro mujeres pueden participar en el proceso biológico y socio-jurídico de gestar un hijo. Puede haber una que aporta el óvulo (madre genética), otra que lo geste (madre biológica), una que enriquezca con su material genético (madre biogenética) –con lo que serían dos las madres genéticas– y, finalmente, una cuarta mujer que lo adopte (madre legal). De acuerdo con el texto del artículo 409º, y como así lo ha determinado la unánimemente la jurisprudencia comparada, es madre la mujer que da a luz aunque hubiese empleado el óvulo de otra mujer para posibilitar la fecundación deseada.



El uso de técnicas médicas permite a una mujer gestar un hijo para terceros con diversas variantes, mucho más complejas que la ovodonación y la embriodonación, tales como: a) que los gametos sean aportados por la pareja requiriente, b) que ambos gametos provengan del cedente, c) que la gestante aporte un óvulo y el varón de la pareja requiriente el semen d) que la gestación lo sea con óvulo de la mujer requiriente y el semen cedido. En todos estos caso, debe tenerse muy presente la voluntad procreacional.

Al respecto el Proyecto de Código argentino ya se pronuncia sobre el tema al indicar que la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, y prohíbe los contratos de maternidad subrogada (artículo 545°), prohibición esta que se encuentra también en el *Code* (artículos 16-7) y el Código Civil de Québec (artículo 541°). El Código de familia de Bulgaria refiere que (artículo 31°) la maternidad sea determinada por el parto. Y aplica la misma regla al niño concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer.

7. EL NUEVO PROCESO EN LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

El proceso tratado en la Ley N° 28457 se refiere única y exclusivamente a la investigación judicial de la paternidad, no de la maternidad extramatrimonial. Las razones pueden resultar obvias, aunque no del todo justificadas.

En primer lugar porque la sindicación de la maternidad resulta ser más sencilla por el hecho del parto, la objetividad es lo que marca la línea materna (*partus sequitur ventrem*), de allí que no existen presunciones que probar. En segundo lugar, porque son poco comunes los casos en que se enjuicie a una mujer para conocer su relación parental con la descendencia. Lo normal es que sea al hombre. Para la mujer, desprenderse de la prole es más difícil porque depende biológicamente de ella, el amamantamiento es clave para generar ese lazo que en muchos casos es incólume. Al resultar más sencilla, la determinación de la maternidad queda a expensas de un largo y trajinado proceso de conocimiento.

Hubiera sido más lógico que en el nuevo proceso se incluyera todas las acciones de filiación extramatrimonial sin distinciones, aprovechando que la indefinición del parentesco requiere de una solución efectiva y directa a través de las pruebas genéticas.

Como se mencionó, existen dos posiciones que tratan de justificar las razones de la viabilidad o no de la indagación de la maternidad extramatrimonial por medio del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial de la Ley N° 28457:

- *No puede ser aplicado*, considerándose que la analogía no opera dado que las normas procesales son de orden público.
- *Sí puede ser aplicado*, sobre la base del interés superior del niño, demandándose en este caso la maternidad a través del nuevo proceso.

Nos alineamos con esta segunda posición. Nuestro sustento es que la filiación es una sola y no podemos hacer distinciones por

el tipo o calidad del progenitor investigado. Es como retroceder para avivar las cenizas de la vieja clasificación de los hijos, con más o menos derechos. Sea el padre o la madre, la filiación requiere de un mismo sistema para su determinación. Como se trata actualmente la materia, hay un trato desigualitario entre el hombre y la mujer, esta disparidad es establecida por la ley considerando que la masculinidad, siendo lo único que permite una paternidad, es aquella a la que puede aplicársele el contenido del nuevo proceso.

CAPÍTULO OCTAVO

EL SOMETIMIENTO A LA PRUEBA DE ADN ¿ES EXIGIBLE A LOS HEREDEROS DEL SUPUESTO PADRE?^(*)

^(*) Capítulo desarrollado conjuntamente con Marianna Chaves. Maestría en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa; Especialista en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Lisboa Posgrado en Derecho Médico y Bioética por la APDI – Asociación Portuguesa de Derecho Intelectual y la Universidad de Lisboa; Con estudios de Posgrado en Derecho de la Filiación, Adopción e Protección de Niños e Adolescentes por la Universidad de Lisboa; Directora del Núcleo de Relaciones Internacionales de IBDFAM - PB (Instituto Brasileño de Derecho de Familia, www.ibdfam.org.br); Miembro de la International *Society of Family Law*.

1. LA ACCIÓN DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMARITAL

En materia de filiación, el Derecho siempre dio valor a las presunciones sustentándose en las dificultades naturales en la asignación de la paternidad o maternidad y por los obstáculos basados en los prejuicios históricos originarios de la hegemonía de la familia patriarcal y matrimonializada^[1].

Por el interés en la preservación de la estructura de la familia siempre existió una resistencia en admitir la identificación de la descendencia resultante de relaciones extramatrimoniales. Con el paso del tiempo, se admite el derecho de investigar su paternidad a los hijos extramaritales pero con sujeción a pruebas tan fuertes y robustas que resultaba imposible poderlas conseguir. Esta postura se centra en la tesis que, en las relaciones ocasionales o concubinales --incluso si la concepción coincide en dicho período-- no existe una presunción de la paternidad natural aunque el consenso general, en aquellos días, fue siempre la certeza de la maternidad^[2].

[1] En este sentido, Cfr. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p 195.

[2] Cfr. MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 96. Si habla en “aquellos días” es porque ahora sabemos que la definición de la maternidad --desde el nacimiento-- no es del todo científicamente fiable. Para una lectura más profunda sobre el tema Vid. REIS, Rafael Luís Vale e. *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 482 y ss.

Incluso momentos actuales de pleno desarrollo de la genética en el que puede identificarse con certeza la verdad biológica la ley sigue utilizando presunciones^[3], vale decir que las exigencias para la búsqueda de la identificación de la filiación, en el Derecho Comparado en general, tienen un rito ordinario, con una amplia gama de pruebas^[4].

Como en la mayoría de Código del mundo, del cual no es ajeno el Código Civil peruano (*Vid.* arts. 361 y 362) se da relativo prestigio a la presunción legal de paternidad: el padre es el marido de la madre. Por la presunción *pater is est* prevalece la verdad simulada sobre la verdad biológica. Es sencillo percibir y rápido determinar que las normas relativas a las relaciones paterno-filiales favorecen a que los hombres evadan sus obligaciones --legales y morales-- concentrándose en las madres la responsabilidad sobre los hijos tenidos fuera del matrimonio. Esta tendencia es evidente en el Código Civil peruano cuando consagra la afirmación que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio se considera hijo matrimonial (presunción de paternidad marital) incluso si la madre declara lo contrario o es condenada como adúltera (reafirmación de la paternidad).

En el momento en que vivimos, los sistemas tienden a adoptar un modelo menos restrictivo, demostrando un aumento de la fuerza del principio de la verdad biológica y el derecho fundamental a la

[3] Como curiosidad: estas presunciones existen incluso dentro de la Ley islámica. En particular en Marruecos, Argelia y Túnez, la legitimidad de la filiación se basa en pruebas de consanguinidad del padre. Si esto se hace durante el matrimonio o en un determinado periodo de tiempo después de su disolución (como existen en varias jurisdicciones) se infiere que su diseño fue matrimonial. Así, la ley establece la presunción *iuris tantum* que se basa en el monopolio de las relaciones sexuales de la mujer con su marido, característica de la Ley Islámica. *Vid.* Motilla, Agustín; LORENZO, Paloma. Derecho de Familia Islámico. Madrid: Colex, 2002, p. 95.

[4] DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. "A prevalência do direito à identidade: O novo processo de filiação extramatrimonial no Perú e sua perspectiva de aplicação no Brasil", *in Jus Scriptum: Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. Ano IV, n. 08, JAN/MAR, p. 120-133, Lisboa: NELB, 2008, p. 122.

identidad personal. Esta evolución, como lo advirtió PINHEIRO^[5], fue producto de los fallos judiciales y el reconocimiento posterior de la norma de forma que, la evolución a un modelo menos restrictivo de establecimiento de la paternidad no-matrimonial determinó sus cambios por las propias exigencias sociales, siendo la determinación de la filiación un tema por demás sensible.

Si bien por un lado, para los hijos matrimoniales existe una presunción de paternidad, los hijos nacidos fuera del matrimonio dependían del reconocimiento o la declaración judicial. En éste último caso, para alcanzar el veredicto, el calvario judicial era terrible en razón que el *juicio* estaba lleno de vericuetos y no incorporaba la exigencia de las pruebas genéticas.

Con el objetivo de mitigar este problema, a lo que sumaba el gran número de hijos sin padre y como consecuencia la cantidad de madres solteras, el 8/1/2005 se promulga la Ley 28457 que establece un mecanismo procesal y probatorio más accesible para determinar judicialmente la paternidad, reduciéndose las medidas, actuaciones procesales, plazos, etc.^[6] en defensa de uno de los derechos humanos más sustantivos que existen, la identidad, tomándose en cuenta que no existía procedimiento que facilitara la tramitación efectiva de la pretensiones filiatorias^[7].

[5] En este sentido se expresa PINHEIRO, Jorge Duarte. “Investigação da paternidade - «direitos e abusos»”, in *Parentalidade - análise psicojurídica*/ Ivone Maria Candido Coelho de Souza (coord.), Curitiba: Juruá, p. 77-90, 2009, p. 78.

[6] Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)”. In *Revista Persona*. N^{os} 49, 50 e 51, JAN/ FEV/ MAR 2006. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar>. Acceso en: 20 de Julio de 2009.

[7] Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “La inversión de la carga de la prueba: la experiencia latinoamericana peruana”. Disponible en: <http://www.scielo.br>. Acceso en: 20 de Julio de 2009.

2. EL EXAMEN DE ADN Y LA LEY 28457

Esta ley es la materialización de la moderna norma jurídica que utiliza los métodos científicos actuales de identificación de la paternidad a través de marcadores genéticos. Mediante el examen de ADN es posible identificar el vínculo de filiación biológica con una certeza casi absoluta^[8] y viene siendo eficazmente utilizado en la determinación de la abuelidad, derechos de herencia, reclamaciones de seguros, exigencia de beneficios de la Seguridad Social, en el establecimiento de derechos triviales y la averiguación de la generalidad^[9].

Indiscutible es que el Derecho no puede ignorar los valores y descubrimientos de la sociedad contemporánea. No es posible olvidar los avances en la genética y la protección de la persona humana a fin de garantizar el imperio de los valores constitucionales protegidos. En consecuencia con este criterio de uniformización de los avances de la ciencia y su reconocimiento legal, el derecho a la identidad personal y a la ascendencia están mejor protegidos.^[10]

Este adelanto se consignó por el legislador con la finalidad de garantizar el derecho a la identidad, uno de los derechos funda-

[8] Sobre la exactitud de las pruebas de ADN, el pediatra y médico experto en genética molecular, Salmo Raskin, afirma que el análisis de ADN en la determinación de paternidad es la más exacta que existe a día de hoy. La posibilidad de una prueba de ADN en PCR, en detectar a un hombre que está siendo falsamente acusado de ser el padre biológico es superior a 99,99%. Si no se excluye de ser el padre biológico por la prueba PCR, la probabilidad que sea el padre biológico varía de 99,99% a 99,9999%, según los casos. En la práctica, tomando las precauciones necesarias para controlar la calidad de la prueba, se presenta como una prueba totalmente exacta. Un resultado de la exclusión significa con 100% de certeza que el presunto padre no es el padre biológico. El resultado inclusivo de paternidad viene con la probabilidad que el presunto padre es el biológico con números hasta 99,99%, qué claramente son la solución de todas las controversias. RASKIN, Salmo. "DNA e investigação de paternidade". Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=538>. Acceso en: 25 de Julio de 2009.

[9] VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Filiación, Derecho y GeNética*, Lima, Co edición Universidad de Lima y Fondo de cultura económica, 1999, p.223.

[10] *Vid.* FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 188.

mentales más importantes de todo ciudadano, como se mencionó anteriormente. De ahí que la nueva ley exija, a fin de canalizar la oposición, el sometimiento al examen de ADN, entendido como el único medio que permite el pleno convencimiento del juez. Sin embargo, la ley, injustificadamente, sólo prevé el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, dejando fuera la menos frecuente --pero no inexistente-- búsqueda de la identidad de la madre, que debe ser buscada por el procedimiento establecido en el Código Civil y el Código Procesal Civil^[11].

El proceso especial que crea esta ley es más rápido y presenta una solución ajustada a la cuestión de la paternidad extramatrimonial. Es el desvío a todos y cada uno de los obstáculos que tiene el extenso y costoso procedimiento de reconocimiento judicial de la paternidad que, enhorabuena, viene quedando de lado.

3. LOS TERCEROS Y LA PRUEBA BIOLÓGICA^[12]

Si bien padre e hijo son las partes naturales vinculadas en el proceso de determinación del nexo filial, en casos especiales se requiere la intervención y participación de terceros como son los presuntos abuelos, hermanos, tíos o primos quienes aportarán elementos biológicos para sentenciar correctamente. La intervención de estos terceros, no cabe duda que, facilitará la investigación del nexo filial en discusión en ciertas causas.

Las pruebas heredobiológicas tienen como sustento la transmisibilidad de los marcadores genéticos de generación en generación, individualizándose cada vez más conforme se vaya estrechando el vínculo biológico entre los parientes consanguíneos, esto es:

^[11] Cfr. DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. “A prevalência do direito à identidade: O novo processo de filiação extramatrimonial no Peru e sua perspectiva de aplicação no Brasil”, *in Jus Scriptum*: Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Ano IV, n. 08, JAN/MAR, p. 120-133, Lisboa: NELB, 2008, p. 128.

^[12] VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Filiación, Derecho y GeNética*, Lima, Co edición Universidad de Lima y Fondo de cultura económica, 1999, p.198 a 200.

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

	Tíos	
Abuelos	Padre - Hijo	Nietos
	Hermano	

Siendo esto así, en situaciones que puedan presentarse como desaparición, ausencia, investigación de la paternidad *post mortem*, aparición de caracteres genéticos *ex novo* o frente existencia de genes silentes es necesaria la participación de los terceros familiares en la investigación biológica de la paternidad a fin de poder afianzar la transmisibilidad hereditaria de los caracteres biológicos en estudio^[13].

En el caso de análisis genéticos transversales el grado de efectividad disminuye. Si, disminuye, pero esto no le resta trascendencia como elementos de prueba que puede utilizar el juez al momento de fallar una paternidad demanda a los herederos.

[13] En Alemania, Austria y Rusia se establece que cada vez que sea necesario se procederá a la investigación racial, hereditaria y sanguínea de los abuelos, interesados y testigos, así lo menciona Fairén Guillén. En el caso especial de los abuelos, la doctrina y jurisprudencia Argentina ha establecido que “Algunas sentencias destacan que la prueba es relevante aunque se haya practicado en los presuntos abuelos y no en el padre, sobre todo si los primeros no tuvieron otros hijos varones y el niño acusa la posible herencia de antígenos presentes en la abuela, lo que descarta que sea hijo del abuelo” (especial mención en la nota a pie de página No.9 remite al Voto de Zannoni, Cám Nac. Civ. sala A 25/11/1986, ED 123-107 o en: *La Ley* 1987-C-69 o JA 1987-IV-378). Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida R.: “El valor de la prueba genética en el Derecho argentino”, en: *El Derecho ante el proyecto genoma humano*, Madrid, Fundación BBV, 1994, vol.IV, p.176. Asimismo, en el año 1995 se declaró la paternidad del difunto Carlitos jr. Menem respecto de la menor Antonella al haberse comprobado mediante un análisis de ADN la relación genética entre la menor, sus abuelos (Zulema Yoma y Carlos Menem) y su tía (Zulemita Menem). Cfr. “Antonella, la nieta del presidente Menem” (Diario *Expreso*, Lima, 22 de octubre de 1997, Sección A, p.24 y 25).

4. LA NATURALEZA ESPECIAL DE ESTE CASO Y LA INAPLICABILIDAD DE LA LEY 28457: ¿QUÉ CAMINO SEGUIR?

A pesar de todos los avances que la Ley 28457 representa, la misma resulta inaplicable al caso materia de análisis al exigir la presencia física y viva del presunto padre (artículo 2) para que el ADN sea realizado con muestras del padre, la madre y el hijo. Además, la Ley no refiere nada de la obligación de familiares u otros al sometimiento. Siendo esta cuestión materia de cuestionamiento a la fecha.

Al respecto tenemos que dos situaciones especiales se presentan para la aplicación de la Ley 28457 al caso *sub exámine*:

- Investigación de la paternidad *post mortem*.- El proceso de la investigación de la paternidad *post mortem* a través de este trámite resulta complicado. La exhumación debe ser realizada en un procedimiento especial que no se encuentra dentro de los establecidos en el proceso dictado en la Ley 28457, además, siendo demandados los herederos nos preguntamos:
¿Cómo podrían oponerse a la realización de la prueba en el plazo establecido en la ley?
¿Cómo pueden autorizar la extracción de tejido del cadáver?^[14]
- Investigación transversal de la paternidad (en terceros).- Siendo demandados los herederos sea para determinar la fraternalidad, la abuelidad u otro grado de parentesco resulta impertinente el proceso consagrado en la Ley 28457 en razón que no se trata de una investigación directa de la paternidad, por el contrario, aquella se realiza de forma indirecta a través de alguno de los parientes^[15] frente a lo cual debería iniciarse un proceso de conocimiento, de

[14] VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *El proceso de filiación extramatrimonial*, Lima, Ed. Gaceta Jurídica S.A, 2006. p.119.

[15] VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *El proceso de filiación extramatrimonial*, Lima, Ed. Gaceta Jurídica S.A, 2006. p.120.

acuerdo a lo estipulado en la normatividad del Código Civil y el Código Procesal Civil.

4.1. La posibilidad de exigir a los herederos el sometimiento al examen de ADN

Para la solución adecuada hay que volver al Código Civil.

El artículo 402 señala en su inciso 6 que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

De la exégesis de este artículo podemos establecer que para la aplicación de prueba de ADN puede requerirse no sólo al presunto padre sino, también, a quienes puedan llevar a conocimiento de la verdad biológica buscada.

A diferencia de la Ley 28457, este artículo del Código Civil tiene una fórmula más amplia y permite una mayor línea de acción sobre quienes pueden ser demandados en este asunto, aparte de la típica fórmula: presunto padre - madre - hijo. Además, el artículo 406 pone fin a las dudas y devaneos a la pregunta planteada en el sentido de si los herederos pueden o no ser demandados en la ausencia del padre. La respuesta es rápida y sin mayor duda: Los herederos sí pueden ser demandados, diciendo a la letra el dispositivo citado que “La acción se interpone contra el padre o contra sus herederos si hubiese muerto”. El sustento es que el derecho a la investigación de la paternidad y a conocer el propio origen biológico no acaba con la muerte del presunto padre, siendo un derecho personalísimo la norma prevé la transmisibilidad de su accionar. Se trata de derechos de acción perpetua cuya acción es incaducible, el transcurso del tiempo no afecta su trascendencia.

Este es un caso especial, *sui generis*. Además de la muerte del presunto padre, no hay restos para indagar la genitoridad. Ante la ausencia de familiares en línea ascendente y colateral del supuesto padre, se decidió realizar la pericia genética respecto de sus descendientes y su correspondiente viuda, incluyéndose esta última ha pedido del laboratorio encargado de realizar la pericia. Hay que

tener en cuenta que el juez está investido constitucionalmente de las facultades indispensables para solicitar la participación de cuantas personas considere necesarias para la realización el examen de ADN, en virtud de sus facultades legales, *escruñinando* en los límites de su oficio (como alguna vez no se si leí o escuché).

Una cuestión que podría plantearse: ¿Por qué las hijas y la viuda? Las hijas, como una cuestión de lógica: tienen el 50% del ADN del padre fallecido. Para la participación de la viuda existe una razón plausible. Desde la comparación de la su carga genética con la de sus hijas, se puede determinar el ADN del padre fallecido y, por lo tanto, comparar con el del demandante, por un proceso de eliminación. Así pues, el examen conduce a la determinación de la paternidad con un alto grado de certeza.

Es de precisarse que la confesión ficta presente en el punto 6 del artículo 402 del Código civil, referente a la negativa al sometimiento del examen genético, puede ser aplicada a los herederos por razones de pura lógica y razonabilidad, ello en virtud de la precisa conexión entre el artículo 402 y 406 del Código. Si bien el 402 inciso 6 representa una norma que ciñe la comparación del perfil del ADN única y exclusivamente con el padre, como progenitor y responsable directo, nada obsta que existan responsables indirectos, como es el caso que representan y asumen los herederos. Es así que lo normado en artículo 413 es de perfecta aplicación de manera genérica al artículo 406 cuando se dice “En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”. Presentada o decretada la prueba, el no cumplimiento ameritará una consecuencia procesal, en este sentido el apercibimiento es también aplicable para los terceros requeridos al sometimiento. La colaboración con el juez y éxito del proceso es de las partes en general. Por lo tanto, la *ficta confessio* de las normas en análisis recae sobre los herederos de los fallecidos cuando estos tienen la calidad de parte demandada y se nieguen voluntaria e injustificadamente a someterse al examen de ADN.

Siendo los “herederos” posibles demandados de acuerdo a las normas civiles casos como éste no pueden quedar sin respuesta ni solución.

4.2. La negativa al sometimiento por parte de terceros

Los efectos jurídicos de la negativa serán disímiles en relación a la persona de quien provenga, sea el padre, sea la madre, sea el hijo, sea el abuelo, sea el hermano, sea el tío, sea el primo, etc. Este sentir lo estableció el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Argentina, resolviendo que: "... no puede atribuirse el mismo efecto si el renuente a la prueba biológica es el pretense padre, o si lo es un descendiente, colateral o ascendiente en una acción de filiación *post mortem*"^[16].

Hecho singular se presenta cuando es un tercero el que niega someterse a la prueba biológica (abuelo que se rehúsa al examen para investigar la paternidad de un supuesto nieto o un hijo para determinar la paternidad de su medio hermano) o autorizar su aplicación en una persona bajo su dependencia (adoptante que niega investigación biológica de su hijo legal) o a una persona que carece de relación filial (la viuda en un proceso de declaración de paternidad *post mortem* interpuesto contra su marido).

En estos cada uno de estos casos podemos deducir supuestos, indicios o presunciones relacionales de filiación especiales por dicha negativa.

5. EL CONFLICTO DE INTERESES

En el caso estudiado es patente el conflicto de derechos fundamentales.

Por un lado, tenemos el derecho al conocimiento de los orígenes genéticos y de la identidad del demandante y, por otro la supuesta afrenta al derecho a la libertad e intimidad de los demandados incluso, podría añadirse, al derecho a la intangibilidad física.

En primer lugar, es conveniente destacar el hecho que el solicitante sea mayor de edad es indiferente, constituyendo una alegación

[16] Cámara 1ª Civil y Comercial de San Nicolás, 22-12-1994, *Cit. Revista de Derecho privado y comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, No.11, p.338.

falaz. Todos y cada uno de nosotros como sujetos tenemos el derecho a conocer nuestra identidad personal y este derecho es imprescriptible. El origen genético y la identidad representan facultades tan inherentes que el paso del tiempo no puede afectarlas. Es carente de base legal impedir al sujeto investigar su origen ancestral siendo su restricción una forma de atentando a la dignidad humana.

Otra vez, la cuestión es: En ausencia del padre ¿los herederos responden? Sobre el particular la ley es clara. El artículo 406 del Código Civil establece que la acción se dirige contra el presunto padre o sus herederos.

Con respecto a la integridad física que podría violar lícitamente el derecho al exigir el sometimiento, siendo la prueba de ADN inofensiva y sin trascendencia invasiva --al requerirse técnicamente sólo una cantidad mínima de líquido, secreciones del cuerpo, hilados de pelo-- no podemos hablar que ello representa un daño al cuerpo o afrenta a la sacralidad del cuerpo humano.

Cualquiera de los tipos de actos que son necesarios para la realización de las pruebas de ADN --incluido el pinchazo de un dedo para recoger la sangre-- no alcanzan el núcleo del derecho a la integridad física. Incluso, en el caso de considerar que se trata de una restricción del derecho a la integridad física, este hecho es absolutamente adecuado y proporcionado al implicar una intervención mínima, siendo su objetivo obtener una decisión judicial sobre la filiación que coincida con la realidad, una decisión que es requerida por el interés superior de la persona a conocer su identidad personal^[17].

La defensa de la integridad física también puede ser vista como un desacierto cuando se enfrenta con el interés que emerge de esta acción a fin de determinar si, en los casos de investigación de paternidad, la *verdad material* --que significa que la verdad objetiva,

^[17] Este es el entendimiento de SILVA, Paula Costa e. *Apud.* PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*. Vol. I, 3. ed. Lisboa: aafdl, 2007, p. 114. Cabe destacar que la doctrina se refiere a el interés superior del niño pero es importante recordar que cualquier persona, niño o adulto tiene el derecho a conocer su identidad.

real o verdadera-- no es una verdad presumida, no es una verdad que es el resultado de elaboraciones mentales^[18], por lo que debe prevalecer el máximo atributo familiar de la persona relacionado con la aclaración de su entroncamiento.

En caso de conflicto de intereses ¿Qué derecho debe prevalecer? ... El derecho a la libertad, ... la inviolabilidad física ...el derecho a la identidad de la persona. Lo importante es ofrecer la mayor eficacia posible, de acuerdo con las circunstancias del caso, al correspondiente valor y, sobretodo, al derecho fundamental protegido por la ley en cuestión. Por lo tanto, si no hay una colisión de derechos opuestos debe darse la máxima eficacia al derecho más sensible.

En caso de colisión o choque de los derechos fundamentales se puede entrar en un verdadero debate filosófico. A menudo, los derechos fundamentales tienen la forma de principios que se caracterizan por su vacío, que representan órdenes o mandatos de optimización. Se plantea la cuestión ¿Qué optimizar? o, en todo caso, ¿A cuál de todos se puede optimizar el bien protegido? Como CANOTILHO dice, no existe una norma o criterio para la solución de conflictos de derechos. Un equilibrio y/o armonización del caso es, a pesar de las posiciones peligrosas decisorias, una necesidad no eliminable^[19]. En caso de choque es necesario, para producir un equilibrio entre los valores en cuestión, evaluar las razones para uno y para otro con el fin de encontrar la solución más apropiada al caso.

Considera DÍEZ-PICAZO^[20] que en este caso existe el riesgo de caer en el subjetivismo puro lo que lleva a decidir con arreglo a las preferencias personales de la intérprete. Para evitar este peligro, la técnica de ponderación se debe ajustar a tres requisitos. En primer lugar, siempre es necesario llevar a cabo un análisis exhaustivo de las características del caso tanto en los aspectos fácticos como en

[18] Cfr. REZEK, Francisco. "O direito à identidade", in *A família além dos mitos* / coord. Maria Berenice Dias e Eliene Ferreira Bastos. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 42.

[19] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1233.

[20] DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p.47-48.

sus aspectos jurídicos. En segundo lugar, una vez se observe que no existe una solución fuera de la colisión es necesario determinar cuál de los valores es más digno de protección. Una vez más, a fin de evitar la tentación de subjetivismo es necesario recordar que se trata de decidir cuál de los intereses es digno de protección en abstracto. En tercer, y último lugar, cabe señalar que el método de ponderación no ofrece respuestas en términos de “sí” o “no”, en todo caso es más sensato tender a aproximaciones como “más” o “menos”.

No se está hablando de la jerarquía en abstracto de los derechos fundamentales. Sin embargo, en caso de colisión debemos hacer un balance y, si no es posible armonizar los derechos en cuestión, existirá una prevalencia de un derecho en relación con los demás. Sobre esta cuestión, ALEXY afirma que la solución a la competencia de derechos es de proceder, en primer lugar, a examinar y tratar de armonizar los principios. Si el choque no se resolvió, en un segundo momento debería establecerse una relación de precedencia o prioridad entre los principios a la luz de las circunstancias del caso^[21].

6. CONCLUSIÓN: LA PREVALENCIA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Con el objetivo de consagrar la dignidad humana, es apropiado entender que el derecho a la identidad anula el derecho a la intimidad o la inviolabilidad física.

La doctrina mayoritaria y la ley se refieren en primer plano que el padre debe someterse al examen de ADN. En ausencia de la posibilidad de obtener material genético del mismo es perfectamente razonable demandar a sus herederos o cualquier persona relacionada genealógicamente que pueda llevar al conocimiento del origen genético y de la identidad del demandante.

Es absolutamente absurdo sostener que no puede exigirse el sometimiento de la pericia de ADN a los familiares del presunto padre

[21] ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 51-52.

cuando éste haya fallecido y, a mayor abundamiento, sea imposible tomar muestras de su cuerpo al haber sido éste incinerado.

Hay quienes defienden la inviolabilidad del cuerpo, después de todo nada más íntimo y personal que éste. Sin embargo, en algunos casos, esta posición debe retirarse para garantizar otros derechos como el derecho a la identidad personal que asegura, en *última ratio*, no sólo los intereses individuales sino también sociales y los intereses públicos. Después de todo, cada persona debe conocer y haber reconocido su identidad en favor suyo y de todos.

Por las razones anteriormente expuestas, entendemos que la decisión de la Corte Suprema tomó el camino correcto para hacer valer los valores consagrados en la Constitución y en el Código Civil de dónde se desprende la prevalencia del derecho a la identidad y la posibilidad, expresamente indicada en éste último, de demandar a los herederos del presunto padre y exigirles el sometimiento a la prueba genética, sin perjudicar ninguno derecho, sea el derecho a la libertad, al debido proceso o a la inviolabilidad física, garantizando el derecho del demandante a conocer sus orígenes genéticos y su identidad, derechos ambos personalismos, imprescriptibles, inalienables, inherentes a toda persona.

Lástima que el fallo no haya sido unánime, tampoco podemos pedir demasiado.

7. APOSTILLAS A LA CASACIÓN

CAS. N° 4585-2007 ICA. Lima, dieciséis de Julio del dos mil ocho.- **LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA;** vista la causa numero cuatro mil quinientos ochenta y cinco - dos mil siete; en audiencia publica de la fecha y producida la votación correspondiente conforme a ley, en discordia; con el voto del Vocal dirimente señor Vocal Supremo Pajares Paredes, emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y uno, su fecha diecisiete de Julio del dos mil siete, expedida por la Segundo, Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas trescientos cincuenta y cuatro, su fecha catorce de noviembre del dos mil seis, declara

fundada la demanda interpuesta por doña Mirtha Alida Rubini Espinoza con lo de más que contiene, sobre filiación extramatrimonial.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACION:

Mediante resolución de fecha diecinueve de octubre del dos mil siete, corriente a fojas treinta y cuatro del cuaderno de casación, se ha declarado procedente el recurso de casación propuesto por la codemandada doña Graciela Piccone Gotuzzo Ruda de Rubini por las causales relativas a la interpretación errónea y contravención a las normas que garantizan el derecho al debido proceso.

3. CONSIDERANDO:

Primero.- Que, debe analizarse en primer lugar la causal adjetiva, pues debido, a su naturaleza y a los efectos que produce, si mereciera amparo carecía de objeto pronunciarse respecto a la causal sustantiva. **Segundo.-** Que, examinado el error *in procedendo* denunciado, es del caso señalar que en materia casatoria si es factible ejercer el control casatorio de las decisiones jurisdiccionales para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso; teniéndose en cuenta que este supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobretudo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio. **Tercero.-** Que, la impugnante en su escrito de casación denuncia la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, manifestando que la prueba del ADN no está prevista ni autorizada por el artículo 402 del Código Civil, denunciando también que dicha prueba no fue ofrecida por la demandante con respecto a doña Graciela Piccone Gotuzzo viuda de Rubini, a quien oficiosamente se comprendió en el apercibimiento. **Cuarto.-** Que, al respecto, cabe señalar que el artículo 402, inciso 6° del Código Civil determina que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada, cuando se acredita el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. **Quinto.-** Que, de otro lado, aparece de la audiencia de saneamiento y conciliación de fojas ciento sesenta y siete a ciento setenta que la prueba de ADN ofrecida por la demandante fue admitida por el A-quo disponiéndose su actuación; apareciendo también de la propia audiencia que se declare infundada la oposición formulada por las demandadas respecto del citado medio de prueba, habiéndose asimismo declarado improcedente la apelación interpuesta por los fundamentos que aparecen del acta en cuestión. **Sexto.-** Que, en lo que se refiere a lo dispuesto por el juzgador de primera instancia para que la prueba del ADN comprenda a doña Graciela Piccone Gotuzzo viuda de Rubini, es del caso señalar que el artículo 194 del Código Procesal Civil autoriza el Juez ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios

adicionales que considere convenientes; debiendo tomarse en consideración en el presente caso, que a fojas ciento ochenta y cuatro el laboratorio “Bio Links” requirió al Juzgado tomar las muestras biológicas de la madre de las emplazadas. **Sétimo.**- Que, a mayor abundamiento, resulta de aplicación en el caso de autos la previsión que contiene el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil que determina que el Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica. **Octavo.**- Que, la sentencia de primera instancia ha sido confirmada por sus propios fundamentos por la Sala Civil Superior, por ello es un hecho establecido por las instancias de mérito los fundamentos puestos por la actora en su escrito de demanda, concluyendo ambas que la demandante es hija de don Gino Guido Rubini Drago. **Noveno.**- Que, siendo esto así, es evidente que no existe contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, toda vez que las demandadas no han cumplido son asumir la carga de la prueba respecto de los hechos que sustentan su contradicción. **Décimo.**- Que, por lo anteriormente expuesto, no se ha evidenciado la causal casatoria adjetiva propuesta, advirtiéndose que el Colegiado Superior al expedir la recurrida se ha ceñido a los principios de congruencia procesal, motivación de las resoluciones judiciales, valoración conjunta de los medios probatorios y carga de la prueba habiéndose aplicado correctamente las reglas de la sana crítica y resaltándose el valor justicia. **Décimo Primero.**- Que, en lo que respecta a la interpretación errónea del artículo 402, inciso 6° del Código Civil denunciado por las demandadas, es de advertir que el mencionado dispositivo legal no establece que la prueba del ADN esté referida específicamente a las huellas genéticas del presunto padre para compararlas con las huellas de quien reclama la paternidad; no existiendo dispositivo legal alguno que prohíba la comparación de las huellas genéticas de la actora con las demandadas, teniendo en cuenta que los restos mortales del presunto padre han sido cremados como es de verse del acta de fojas noventa y seis. **Décimo Segundo.**- Que, igualmente el artículo 406 del Código Civil, también denunciado por las demandadas, dispone con claridad que la acción de declaración de paternidad se interpone contra el padre o contra sus herederos si este hubiera muerto, por lo que la causal denunciada resulta inamparable. **Décimo Tercero.**- Que, este dispositivo señala que en caso de fallecimiento del padre se emplazara a los herederos, ya que la pretensión no se extingue con el fallecimiento del presunto padre. **Décimo Cuarto.**- Que, cabe mencionar también que existe reiterada y uniforme jurisprudencia que determina que si el presunto padre ha fallecido, se puede ordenar la exhumación del cadáver para realizar la prueba del ADN, diligencia que de ser imposible actuar por haber sido cremados los restos del padre presunto, podrá llevarse a cabo con sus herederos, tomándose en consideración que el ADN es transmitido de padres a hijos en los cromosomas del óvulo y del espermatozoide; todo el ADN

EL SOMETIMIENTO A LA PRUEBA DE ADN. ¿ES EXIGIBLE A LOS HEREDEROS DEL SUPUESTO PADRE?

que tiene una persona proviene de sus padres, la mitad del padre y la otra mitad de la madre. **Décimo Quinto.**- Que, no habiendo prosperado ninguna de las causales esgrimidas por las emplazadas, el presente recurso deviene en infundado y estando a las conclusiones que preceden de conformidad con lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil,

4. DECISIÓN:

Con lo expuesto en su dictamen por la señora Fiscal Supremo en lo Civil: **a)** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas cuatrocientos sesenta y seis por doña Graciela Piccone Gotuzzo viuda de Rubini; **b)** En consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y uno a cuatrocientos sesenta y cuatro, de fecha diecisiete de Julio del dos mil siete, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica. **c)** **CONDENARON** a la parte recurrente a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del presente recurso. **d)** **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad, y los devolvieron.- SS. PAJARES PAREDES, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MANSILLANOVELLA, VALERIANO BAQUEDANO

EL SECRETARIO DE LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA QUE SUSCRIBE CERTIFICA: Que los señores Vocales Supremos Carojulca Bustamante; Mansilla Novella y Valeriano Baquedano, vuelven a suscribir su voto que fuera firmado con fecha once de marzo del año en curso, el mismo que corre de fojas ochenta a ochenta y siete; de lo que doy fe. Lima, dieciséis de Julio del dos mil ocho.

EL VOTO DE LOS SEÑORES SANCHEZ- PALACIOS PAIVA Y MIRANDA CANALES, ES COMO SIGUE: Y CONSIDERANDO; Primero: Según la copia certificada de la partida de nacimiento extendida por mandato judicial en el Registro del Estado Civil de la Municipalidad de Pisco, corriente a fojas tres y repetida a fojas cuatrocientos cincuenta, la demandante nació en dicha ciudad el dieciocho de enero de mil novecientos cincuenta y seis, a interpuso su demanda de declaración judicial de paternidad el veintiocho de enero del dos mil cuatro, según el sello de Mesa de Partes de fojas dieciocho, treinta años después de haber adquirido la mayoría de edad y trece años después de la muerte del presunto padre, ocurrida el tres de marzo de mil novecientos noventa y uno, según resulta de los documentos de fojas noventa y tres a noventa y seis, los que acreditan la cremación de sus restos mortales. **Segundo:** La sentencia de primera instancia ha declarado fundada la demanda considerando la declaración de la propia demandante (sexto considerando) la testimonial de dona Bertha Adelina Cornejo Hernández (séptimo considerando), una declaración suscrita por María Rebeca Altamirano Sotelo (octavo considerando) la partida inscrita

por mandato judicial (Noveno considerando), y el hecho que las demandadas, esposa e hijas del imputado padre no se han sometido al examen de ADN (décimo considerando), razonando a continuación que el ADN del padre puede ser reconstruido con muestras de sus parientes cercanos. La sentencia superior se sustenta en la libre valoración de la prueba, incide en la negativa de las demandadas de someterse a la prueba de ADN y confirma la apelada. **Tercero:** En aplicación de las legislaciones civiles de mil ochocientos cincuenta y dos y en la de mil novecientos treinta y seis, los Tribunales, uniformemente, para declarar la paternidad extramatrimonial, exigían la presentación de prueba escrita indubitable emanada del presunto padre, siendo insuficientes las testimoniales, ninguna otra prueba hacia mérito suficiente. **Cuarto:** Con la legislación actual y el reconocimiento de los avances científicos en materia de genética se ha incorporado la prueba del ácido desoxirribonucleico, denominada de ADN que es el elemento químico de que están compuestos los genes de la persona humana, prueba científica de valor determinante en la investigación de la paternidad, que en su aplicación ha dejado de lado el viejo aforismo romano “pater semper inpertus” y la negativa a su realización por el presunto padre demandado, origina una presunción de la relación paterno filial. Esta, presunción es de aplicación cuando el emplazado es el presunto padre, y cuando quien se niega a someterse a la prueba es el presunto progenitor, pues en ese caso prima el derecho que tiene el actor a su identidad y a conocer su origen biológico. **Quinto:** La primera cuestión bajo examen es si tal presunción también es aplicable a las hijas y a la esposa viuda del finado presunto padre, que no han concurrido a la diligencia de toma de muestras de sangre para la práctica de la prueba de ADN. Tratándose de personas distintas al presunto padre, frente al ya señalado derecho a la identidad que tiene la parte actora, surge en oposición el derecho de las demandadas a la intimidad personal y familiar y a la libertad, reconocidos en los incisos 7° y 24 a) del artículo 2 de la Carta Política, pues nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda. **Sexto:** El inciso 6° del artículo 402, del Código Civil, agregado por la Ley 27048 publicada el seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, textualmente se refiere al presunto padre, de tal manera que por interpretación literal, es el obligado a someterse a dicha prueba en caso de ser emplazado de filiación y su reiterada negativa es evaluada por el Juez. La interpretación sistemática de dicha norma, que es la que busca el sentido que debe tener para armonizar orgánica y lógicamente con el resto del Ordenamiento Jurídico lleva a la misma conclusión, pues hoy en día, en virtud de la Ley 28457, se puede ocurrir a un Juez de Paz Letrado para que se declare la filiación en base a la prueba de ADN y la negativa del padre emplazado a someterse a dicho análisis, produce presunción de jure de la paternidad extramatrimonial. Esto es distinto de la acción, la que conforme al artículo 406, en caso de fallecimiento del presunto padre, se emplaza a sus herederos. **Sétimo:** Si bien el laboratorio

Bio Links a fojas ciento ochenta y cuatro requirió se tome muestras a la madre de las hermanas María Graciela y Ana Palmira Rubini Piccone, como se ha señalado, dicha petición no encuentra sustento en la ley, siendo de advertir que en dicho oficio se expresa que tal análisis permitiría resolver dicha pregunta con mayor certeza, lo que evidencia que no se trata de una prueba concluyente. **Octavo:** Con relación a la segunda causal casatoria, como ya se ha fundamentado, la prueba de ADN no corresponde con relación a la vida del presunto padre, pues no está prevista en la ley y es un exceso ordenarla de oficio, y como se ha señalado se afecta la libertad y la intimidad de la persona emplazada. **Noveno:** La sentencia de Primera Instancia, cuyos fundamentos recoge la de vista, establece la convivencia de la señora madre de la demandante y el presunto padre, en base a la respuesta dada por una sola testigo, (séptimo considerando) cuya edad no se consigna, con infracción del artículo 224 inciso 1º del Código Procesal Civil y quien declara sobre hechos que conoció cuando tuvo veinte años de edad, y expresa que “han convivido aunque no en la misma casa”, y si bien la apreciación probatoria es libre, esta debe efectuarse con *sindéresis*, respetando las reglas de la lógica y del buen pensar. Estos fundamentos han sido recogidos por la sentencia de vista la que subjetivamente, por la conducta procesal de una de las partes, ampara la pretensión. Por estos fundamentos, de conformidad en parte con el dictamen Fiscal Supremo, **NUESTRO VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de Casación de fojas cuatrocientos sesenta y seis, interpuesto por doña Graciela Piccone Gotuzzo Viuda de Rubini, en consecuencia **NULA** sentencia de vista de fojas cuatrocientos, sesenta y uno a cuatrocientos sesenta y cuatro, de fecha diecisiete de julio del dos mil siete; **ORDENÁNDOSE** a la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, emite nuevo pronunciamiento. En los seguidos por doña Mirtha Alida Rubini Espinoza con doña Graciela Piccone Gotuzzo Viuda de Rubini y otros sobre filiación extramatrimonial. Lima, once de marzo del dos mil ocho. SS. SANCHEZ- PALACIOS PAIVA, MIRANDA CANALES

EL SECRETARIO DE LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA QUE SUSCRIBE CERTIFICA: Que los señores Vocales Supremos Sánchez - Palacios Paiva y Miranda Canales, vuelven a suscribir su voto que fuera firmado con fecha once de marzo del fallo en curso, el mismo que corre de fojas sesentitres a sesenta y seis; de lo que doy fe. Lima, dieciséis de julio del dos mil ocho.

LOS FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL VOTO DEL SEÑOR VOCAL SUPREMO MIRANDA CANALES SON LOS SIGUIENTES: Y CONSIDERANDO: Primero: Concuero con el voto del señor Sánchez Palacios, pero además, agrega a dicha posición los siguientes argumentos. **Segundo:** La filiación vincula a una persona con todos sus antepasados y

sus descendientes y, más restringidamente, vincula a los padres con sus hijos, en ese sentido, desde el punto de vista del derecho es un vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre, y consiste en la relación de parentesco establecida por la Ley entre un ascendente y descendente de primer grado. Encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación. **Tercero:** En la filiación se dan tres clases de elementos, a saber: a) elemento biológico, es el presupuesto básico, significa que el hijo haya sido engendrado o concebido por quienes aparecen o figuran como sus padres; b) elemento psicológico, en la filiación matrimonial, es consecuencia de la voluntad anticipada del marido de aceptar como propios los hijos que tenga su mujer durante el matrimonio; en cambio, en la filiación extramatrimonial, la voluntad se patentiza en el momento del reconocimiento del hijo; c) elemento jurisdiccional, que se da con la intervención del funcionario público, ya sea el registrador -si el reconocimiento es voluntario- o el juez -en el emplazamiento forzado **Cuarto:** La filiación extramatrimonial, es el vínculo que existe entre el hijo y su madre o entre el hijo y su padre, cuando los padres no sean casados ni para la época de la concepción del hijo, ni para la fecha de su nacimiento. No es un vínculo simultáneo. La prueba de la filiación se da de dos formas: el reconocimiento voluntario que puede ser por inscripción en el registro de nacimiento, por escritura pública, por testamento o por mandato judicial, en este caso, la investigación judicial de paternidad, se admite cuando se da algunos de los casos previstos en el artículo 402 del Código Civil, hechos que deben ser probados con pertinentes e idóneos medios probatorios, por tanto la filiación debe legalmente ser probada, jurídicamente no puede hablarse de filiación si no existe prueba de ella. **Quinto:** En el caso que nos ocupa, se plantea la filiación extramatrimonial de una persona mayor de edad, que luego de más de cuarenta años de haber nacido reclama vínculo jurídico de paternidad de una persona fallecida, cuyos restos no existen, pretensión incoada contra la cónyuge y las hijas matrimoniales de la persona fallecida.

Sexto: De lo actuado en el proceso, se puede extraer tres características singulares que hacen que el presente caso sea diferente a los que generalmente se plantean sobre esta materia, a saber: a) la que reclama la paternidad es una persona mayor de edad; b) no se puede realizar la prueba del ADN sobre los restos del presunto padre, pues, fueron incinerados; c) la negativa de los sucesores del presunto padre ha someterse a la prueba de ADN, amparados en su derecho a la libertad e intangibilidad de la persona. **Sétimo:** De lo expuesto, considero que no es razonable que una persona después de tanto tiempo -de adulto- pretenda atribuirse filiación con otra persona que ha fallecido, si bien, el Código Civil no ha establecido un plazo para iniciar esta acción, no debe perderse de vista el lapso de tiempo transcurrido, que cuanto más largo, la investigación de la

EL SOMETIMIENTO A LA PRUEBA DE ADN. ¿ES EXIGIBLE A LOS HEREDEROS DEL SUPUESTO PADRE?

filiación debe ser más rigurosa, debiendo recurrirse a medios de pruebas certeros e idóneos. **Octavo:** Que, finalmente, si bien la aplicación de pruebas biogenéticas, como el ADN, no transgreden derechos fundamentales (libertad, dignidad, intimidad, integridad, etc), por lo que nadie puede refugiarse en la Ley ni en sus derechos para negarse al sometimiento de una prueba, máxime si esta de por medio un derecho superior como es el de la identidad de una persona; también debe tenerse en cuenta que la negativa a someterse a dichas pruebas solo tiene un valor indiciario que debe ser complementada con otras pruebas idóneas, certeras, concretas y directas a efectos de admitirse la filiación, en suma la negativa no es una confesión ficta. Por lo que **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación de fojas cuatrocientos sesenta y seis, interpuesto por doña Graciela Piccone Gotuzzo Viuda de Rubini. Lima, ocho de abril del dos mil ocho. S. MIRANDA CANALES

EL SECRETARIO DE LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA

A QUE SUSCRIBE CERTIFICA: Que el señor Vocal Supremo Miranda Canales, vuelve a suscribir su voto que fuera firmado con fecha ocho de abril del alto en curso, el mismo que corre de fojas sesenta y siete a sesenta y nueve; de lo que doy fe. Lima, dieciséis de julio del dos mil ocho.

CAPÍTULO NOVENO

VISOS DE CONCLUSIÓN EN LA INDAGACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Nacido en Halicarnaso, casi medio siglo antes de la era Cristiana, Herodoto relata que los Ausees, antiguos nómadas del norte de Africa, tenían una costumbre en la atribución de paternidad “Estos pueblos sin cohabitar particularmente con sus mujeres, usan no sólo promiscuamente a todas, sino que se juntan con ellas en público, como suelen hacerlo las bestias. Cuando una mujer tiene en su poder un niño crecido, se reúne en un lugar a los hombres cada tercer mes, y se tiene al niño por hijo de aquel a quien más se parece”. Esta costumbre no sólo se perdió sino que, como típica de un pueblo, no tuvo mayor impacto en el resto de la población. Los efectos de la procreación merecieron una solución inmediata y justa para la época e idiosincrasia de este pueblo, mientras que en otros caseríos reinó desbande e irresponsabilidad parental. El sexo fue un instrumento generador de placer y de hijos por doquier que no cedió frente a la juricidad de la filiación.

Padres con hijos son la mayoría de los hombres. Hombres con cantidad de hijos son la excepción y más insólito es saber de padres con una cuantiosa prole que no tienen el mayor reparo de reconocerlos. Y es que, más allá de la paternidad responsable, el engendramiento, como símbolo del linaje, contribuyó a la formación de imperios, lo que implicaba una legitimación de la descendencia.

A pesar que cueste creerlo, quizá alguno de nosotros tengamos algo de asiático, un antepasado conocido en la historia. Gengis Khan es él. Denostado por bárbaro y cruel, lo cierto es que este líder mongol (1167) sabía hacer el amor, y por lo visto lo hacía soberbiamente, sin desperdiciar noche alguna. Esto quedó demostrado en un reciente estudio genealógico de ADN que indicó que cerca de 16 millones de personas en el mundo descienden de un ancestro

asiático en común. Gengis Khan engendró miles, léase bien, miles de hijos y su multiplicación aritmética, a partir del siglo XIII, ha contribuido a dejar huella no solo en Asia, sino también en Europa y América.

Mucho antes de este fecundo mongol, el lascivo y mujeriego faraón Ramses II (1279 adC) tuvo 101 hijos, muchos de ellos enterrados en una misma tumba llamada KV5 (símbolo homenaje del padre a sus hijos). También se sostiene que el hombre con mayor descendencia registrada, que rivaliza con Khan, fue el monarca de Marruecos: Ismael El Sangriento, con un total de 888 hijos, de los cuales fueron legitimados cerca de la mitad (matrimoniales o convivenciales) (<http://www.anfrix.com>, 18/10/07). Recientemente, hemos conocido casos como el de un beduino árabe israelí de 58 años de edad que tiene 67 hijos de su relación con ocho esposas (www.actualidad.terra.es, 18/10/07) y el caso de un argentino de 44 años que tiene 37 hijos (<http://www.clarin.com>, 08/06/2006) y viene requiriendo una ayuda económica para vasectomizarse.

Acaso ¿Ellos niegan su paternidad? No... no lo hacen, al contrario. Se enorgullecen de ella. Tantos hijos sin queja de ningún tipo. Mientras que en este lado de la vereda hay hombres que se jactan de sus derechos para impedir la identidad filiativa de quienes piden ser declarados judicialmente como descendientes (cosa absurda).

Un día me dijeron: Reconocí al hijo de fulanita de tal, ¿sabes por qué?... es que me hice la prueba de ADN y resultó ser mi hijo y, además, me casé con ella. Bueno –pensé– este no es un caso ejemplar, da mucho que desear, pero al menos la desconfianza mezclada con la culpa de aquel padre desconcertado, pero sabedor de la cópula mantenida, fue claramente venida a menos con la contundencia de la prueba genética que corroboraba su paternidad. Debería estar agradecido él y tantos otros.

Se imaginan a Gengis Kahn, a Ramses y al monarca marroquí Ismael El Sangriento, opinando acerca del nuevo proceso peruano de la filiación judicial de la paternidad extramatrimonial regulado por la Ley 28457 y alegando que se violan sus derechos a la libertad y al debido proceso porque la ley, dizque, obliga a someterse a una prueba que ellos no quieren. No creo que a estos señores les hubiese quitado

el sueño tanta disquisición doctrinal. No fueron cobardes. Concientes de sus actos, aceptaron con hidalguía su progenie.

*
* *

Con el tiempo, los problemas de paternidad en lugar de ir simplificándose fueron complicándose. Las presunciones creadas por el Derecho para justificar una investigación de paternidad resultaron medidas buenas para una época determinada. Luego generaron procesos judiciales interminables acompañados de argucias legales. La luz al final del túnel se aprecia en 1984 cuando se descubre la aplicación del ADN para verificar el nexo filial. Esto marcó un punto importante en las páginas del Derecho, civil y procesal. Por una parte las normas de filiación han ido adecuándose a tendencias más biológicas (la fuerza de los genes) dejando de lado el aspecto social (lo ocurrido a vista y paciencia de los demás sin mayor grado de certeza). Las normas procesales y las decisiones jurisdiccionales marcaron el paso en la investigación del nexo parental admitiendo todo tipo de pruebas para la investigación filial.

En el 2005, la Ley 28457 aprobó el proceso especial para investigar la paternidad extramatrimonial y con ella surgieron algunos poco afortunados contradictores. Se sintetiza en la presentación de una demanda ante el Juez de Paz Letrado que, a pedido de parte interesada, expedirá una resolución declarando la paternidad. La única defensa del emplazado es oponerse al mandato de paternidad sometiéndose a la prueba de ADN (en el plazo de 10 días siguientes). Los gastos de la prueba son de cargo del demandante. Transcurrido el plazo y no habiéndose realizado la pericia por causa injustificada el mandato se convierte en declaración de paternidad. Cabe la apelación en el plazo de tres días, el Juez de Familia tendrá diez días para resolver. Por el contrario, si la prueba de ADN descarta la paternidad la oposición será fundada y el demandante condenado en costas y costos. La diferencia con el proceso de conocimiento, que regia anteriormente, la materia es abismal por decir lo menos, incomparable. Entiéndase que el proceso aprobado solo 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.

Esta iniciativa legal nace en la Comisión de Reforma Integral de la Administración de Justicia - CERIAJUS. La justificación fue la contundencia de la prueba de ADN, es decir los resultados efectivos que de ella pueden obtenerse para establecer quién es el padre o quién no lo es, de forma irrefutable y que no merece mayor discusión. Con esta base se buscó dar solución al alarmante aumento de madres solteras, la irresponsabilidad de los progenitores, lo dificultoso de los procesos de paternidad (largos, costosos, tanto más que la pena y la angustia de los litigantes) y de la gran cantidad de niños sin padre (por sobre encima del millón). Más que un problema legal, la filiación es un drama social que merece ser afrontado con prontitud y rectitud por la ley.

La Ley 28457, intimatoria de paternidad extramatrimonial, no es una ley de encaje, es una buena ley, pero que no representa una solución integral, en todo caso. Tiene sus *pro* y sus *contras*. Los primeros con mayor ventaja frente a los segundos. Serán más los beneficiados que los perjudicados. El hijo en vez que el padre, sin enfrentamiento, solo retrepados en verdades. Uno de los dos, el que generó la filiación --no el generado-- asumirá un sacrificio en proporción a su acto y responsabilidad. Antes se cometían más abusos, lo ancho para el padre y lo angosto para el hijo fue la consigna del otrora modelo procedimental. Las cosas se revierten, el cauce cambió. Pensamos que es una solución parcial al problema central en el esclarecimiento del parentesco.

Con el antiguo proceso enrevesado en trámites, papeles, decires, desconociendo la fuerza probatoria de la genética ante el estado de indefensión, de soledad e impotencia de niños sin padres, desconocedores de su identidad, de qué justicia podía hablarse. No se quiere más de lo mismo. Se necesitaba un cambio. Este es uno radical por que la coyuntura lo requiere. Estamos esperando el desarrollo ordenado de esta novedad legislativa en el estatuto de la filiación que tanto asombro y aplausos viene ganando en el Derecho Comparado. Ayudemos a crear una conciencia en nuestros futuros “padres” y en los nuevos “hijos”. No dejemos a expensas del litigio la solución de estos casos. En el fondo este proceso desalienta, mejor dicho

disuade, la paternidad irresponsable tendiendo al reconocimiento voluntario. García Cantero acertadamente constata que “Quizá una de las cuestiones más importantes para el siglo XXI será repensar la paternidad (*rethinking the parentood*)^[1]”, al menos en el Perú hemos dado un primer y decisivo gran paso.

Esta ley --y todas en general-- no ofrece soluciones eficaces, solo alternativas. Depende de nosotros que encontremos la manera más correcta de alcanzar que cada sentimiento coincida con las relaciones humanas.

*
* *

A propósito de todo esto, en un caso judicial, el Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Condevilla del Distrito Judicial del Cono Norte de Lima declaró inconstitucional e inaplicable la Ley del Proceso de Filiación de Paternidad Extramatrimonial que ordena al demandado la realización de la prueba de ADN a fin de desvirtuar la paternidad declarada, caso contrario la atribución de paternidad se mantiene. El sustento del Juzgado es que se estarían lesionando los derechos constitucionales de libertad y el debido proceso. Elevado a consulta este caso, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia desaprobó la resolución emitida por dicha instancia, e indicó que esta Ley no afecta ningún derecho del demandado, preponderando el derecho fundamental al nombre y el derecho a la identidad personal consagrados en la Constitución, Convención de los derechos del niño, Código civil y Código de los niños adolescentes. Punto final. No hay más que decir, el pronunciamiento de la máxima instancia judicial peruana corre a foja vuelta de un expediente.

Este proceso de declaración de la filiación acaba con todo. Con las tachas a las pruebas, excepciones, contestación de demanda, con la negativa para no someterse a la prueba, apercibimientos, alegatos, informes orales, casación. En fin, es toda una revolución procesal

[1] GARCIA CANTERO, Gabriel: “¿Qué familia para el siglo XXI” en: *Revista de derecho comparado*, No. 9: Derecho de familia, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004, p.75.

que debe ser entendida en la dimensión del problema que busca afrontar. Este proceso fue pensado para los hijos sin padres, no para los padres que no quieren reconocer a sus hijos. No podemos seguir apañando la deslealtad en las relaciones familiares, con artilugios procesales. Respetemos los derechos de los menores de edad. Los niños no son el futuro, son el presente. El mañana para ellos puede ser demasiado tarde, no los hagamos esperar más. Un niño sin padre, aunque científicamente sea posible, socialmente es inaceptable. La ley nos ofrece una solución que no hace más que reconocer la fuerza de los genes por sobre el formulismo legal.

Pienso que si los hombres parieran como los caballitos de mar, la cosa sería muy diferente, ¿no lo creen ustedes?

CAPÍTULO DÉCIMO

FILIACIÓN Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1. INTRODUCCIÓN

La reproducción asistida representa una ventaja para aquellas parejas que adolecen de infertilidad permitiéndoles una descendencia biológica pero genera, a la vez, una serie de inconvenientes en materia legal: su calificación como derecho de la persona, su calidad de acto de libre disposición del cuerpo humano, la reducción y desplazamiento de la adopción y los intrincados problemas filiales.

Es aquí donde la determinación de la filiación se presenta como un tema recurrente. Y es que las normas jurídicas fueron pensadas y estructuradas en base a la reproducción natural hace bastantes siglos atrás.

Es con el *boom* de la procreática que empiezan a surgir los problemas que, en antaño, eran imprevisibles y que hoy son una realidad. Reproducción asistida y filiación son problemas cotidianos, que van en aumento, creciendo inconteniblemente. Requieren del interés, de una solución eficiente y eficaz en beneficio del ser humano, de la familia y de la sociedad frente al avance de las técnicas de reproducción asistida.

2. DEFINICIÓN Y APROXIMACIÓN

El tratamiento de la determinación de la filiación en las relaciones surgidas de las técnicas de reproducción asistida precisa tener claramente establecidos ciertos conceptos que han ido evolucionando como consecuencia del avance científico.

2.1. Procreación y filiación

La procreación natural es un acto biológico tan humano que implica la participación conjunta (*pro - crear*). Fueron dos quienes engendraron a uno. Ese “uno” necesita conocer a esos “dos” o a uno de los dos. Mis orígenes, mis padres, mis raíces, nada como sentirse identificado con sus ascendientes que nos dieron la vida. Pero, la unión sexual, la procreación matrimonial y la veracidad de la madre fueron destronadas por la procreática.

La filiación es consecuencia de reproducción. Esta puede ser natural o asistida. En el primer caso no se presentan mayores problemas (salvo los referidos a la determinación de la filiación extramatrimonial hoy solucionados con el ADN). Es la reproducción asistida la que genera inconvenientes que, en muchos casos, se condicen con los planteamientos legales tradicionales y con el biologismo imperante.

La tendencia actual es que el aporte de la ciencia genética en la determinación biológica de la paternidad con el ADN se aplique sólo y exclusivamente a la filiación por naturaleza (la matrimonial y la extramatrimonial), mientras que la voluntad y el afecto (socioafectividad) sea la base para la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida.

2.2. Determinación de la filiación

Consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándose a su fundamento natural: la procreación. Esta es el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial.

Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada).

El problema surge cuando se intenta correlacionar el vínculo biológico con el jurídico. Mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y

concreto en su establecimiento. Hasta cierto punto, como vemos, se contraponen.

2.3. Derecho a conocer nuestra identidad

Es la facultad del ser humano sustentada en el principio de la verdad biológica que le permite saber quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible.

Entre la identidad personal y la realidad biológica existe una relación mediante la cual un sujeto encuentra su ubicación en una familia y obtener el emplazamiento que le corresponde, el derecho a saber quiénes son sus padres.

Las técnicas de procreación afectan este derecho y no puede negarse a una persona la facultad a establecer el cuadro de su identidad cuando en su generación ha estado de por medio la asistencia reproductiva.

2.4. Verdad biológica

Se sustenta en la biología, en la transferencia de genes entre progenitores y generados, *favor veritatis*. Utiliza el presupuesto biológico o genético de la filiación dejando de lado el aspecto social (verdad social, verdad de vida, verdad vital representada en la posesión de estado, conocido como la verdad sociológica o el vínculo socioafectivo que trata el sistema brasileiro, como veremos luego).

El sistema legal tiende a ello favoreciendo la determinación de la filiación conforme a la realidad biológica.

Hay dos sistemas de regulación de la filiación: el realista, tiende al buscar la coincidencia entre la verdad biológica y la jurídica facilitando la investigación de la paternidad y, el formalista, que da importancia a la paz familiar preservando el vínculo de familia matrimonial, frente a lo cual limita la investigación de la paternidad.

2.5. Verdad formal

Se sustenta en el principio voluntarista. El consentimiento marca la obligación y responsabilidad de las personas que autorizaron la técnica de procreación quienes no pueden negar, luego, su compromiso.

Autorizada la técnica y admitida la filiación ésta no se determina por las pautas de la naturaleza sino por la declaración de voluntad. El principio voluntarista se sobrepone a la verdad biológica considerando que esta no es un valor absoluto, si se toma en cuenta las relaciones fácticas y el deseo de las partes. *Favor affectionis vs. favor veritatis* es lo que prima, la voluntad y la responsabilidad, reafirmandose al “padre de derecho”.

La verdad formal se aplica en la procreación asistida heteróloga en la que se prefiere la voluntad frente a la sangre.

La pregunta latente y de siempre es ¿Cuál debe tenerse en cuenta?

La filiación se determina a favor de aquel que, sin aportar sus gametos, asiente que su pareja recurra a la técnica de reproducción. Existe una disociación entre la paternidad y maternidad biológica y la filiación legalmente establecida.

Para adecuar las normas legales a los requerimientos de los usuarios se consideran dos excepciones al principio de veracidad: Inimpugnabilidad de la filiación y el anonimato del cedente.

2.6. Procreación asistida y filiación

En el sistema de filiación común la paternidad se sustenta en la verdad genética y la maternidad en la verdad biológica. En el hombre la atribución radica en el aporte de material genético y en la mujer el hecho de parir.

El fin de las técnicas de reproducción asistida es permitir descendencia a las parejas estériles por lo que debe estar acompañadas de un sistema de atribución de la filiación eficiente, que no imponga, que no solo construya sino que establezca la filiación de todos los concebidos y nacidos por estos medios.

El esquema típico de la filiación no responde a las necesidades de la procreática, la complican más, la alteran. Y es aquí cuando verificamos que no siempre hay coincidencia entre el aspecto biológico y el legal.

Un sector del Derecho comparado tiende a la prevalencia de la voluntad desplazando lo que mandan los genes.

Esta corriente busca distinguir la filiación de los hijos nacidos por asistencia médica haciéndola inatacable a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal. Es la voluntad la que prima y, además, la robustece.

Se habla de la filiación civil, contraria a la filiación por naturaleza, con conceptos nuevos. Se fundamenta en la generación y la voluntad de los participantes. Voluntad de procrear, de aportar, de gestar, voluntad de no asumir una relación paterno filial. La típica paternidad pierde fuerza, el *pater* es desplazado por el afecto, el amor y comprensión, ya no más conceptos cargados de biologismo, a partir de ahora deben primar las categorías sociológicas y culturales.

La paternidad es un concepto social que trasciende a lo biológico representado por el progenitor. La descendencia corresponde aquellos que la desearon. El régimen de la filiación para las técnicas procreáticas se asemeja al de la adopción dado que ambas se sustentan en la voluntad y no el dato biológico.

Cabe la siguiente interrogante ¿Qué hacer? 1) crear una nueva categoría de filiación en base a la procreática o, 2) adaptar la filiación a los modelos existentes, dirigir la solución de los problemas en base a la filiación matrimonial o extramatrimonial. La primera gana cada vez más adeptos y se presenta como una labor a realizar de forma apremiante, considerando que, la procreática exige nuevas reglas de filiación, sea a través de la paternidad real o formal, al parecer más segura es la segunda.

En el sistema tradicional la filiación depende básicamente del matrimonio, de la determinación biológica o de la paternidad socialmente aceptada, desconociendo el “querer” que es la motivación de las prácticas de generación asistida.

En la reproducción natural la falta de voluntad del hombre para procrear “es” irrelevante mientras que en la reproducción asistida “debe ser” tomada en cuenta. La atribución de la paternidad no es el acto de generación sino el consentimiento, la voluntad es la causa última dado que el elemento biológico puede variar entre uno u otro cedente. La voluntad del marido termina teniendo más fuerza que la presunción *pater est*, cuando se trata de una técnica homóloga, por ejemplo.

2.7. Anonimato de la cesión y el derecho a conocer nuestro origen

La regla que vino imponiéndose es que la información de la historia clínica de usuarios de las técnicas procreáticas, el proceso de selección de cedentes y la información contenida en el Registro Nacional de Cedentes es que fueran recogidos, tratados y custodiados en la más estricta confidencialidad con el fin de conseguir una suerte de inmunidad parental (principio de anonimato).

Pero este tratamiento no es uniforme. Suecia permite conocer la identidad del donante y España la limita considerándose que los hijos tienen derecho a obtener información general de los cedentes, información esta que no incluirá su identidad, correspondiendo igual derecho a las receptoras de gametos y preembriones.

Debemos tender a descartar la reserva de la identidad, desterrando el padre anónimo.

La reserva de la información no se trata de un límite total, es solo parcial. El hijo tiene el derecho de conocer su origen a fin de permitir la formación de su personalidad, independiente del establecimiento filial reconociéndose que el acto de cesión de gametos no implica una responsabilidad procreacional pues esa no fue la voluntad, el deseo que sustentó la práctica.

3. CASUÍSTICA

Desde el punto de vista clínico el estado civil de los participantes en una técnica procreática es irrelevante pero, jurídicamente, sus consecuencias son trascendentales.

La fecundación asistida puede realizarse en una pareja casada, una sin vínculo conyugal o puede ser realizada de manera individual, por una sola persona. Además, en cada caso el material puede o no ser de la pareja.

Más allá de las posibilidades nadie desconoce que la descendencia demanda jurídicamente llegar a ocupar en lugar en la familia con ambas figuras parentales, padre y madre.

4. FECUNDACIÓN HOMÓLOGA

Es una fecundación interconyugal. Se realiza con gametos del marido. No crea mayor problema en la determinación de la filiación puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a la descendencia en base a la presunción *pater est* y a la determinación de la maternidad por el parto.

Asimismo, puede aceptarse en la unión de estable pues ofrece una presunción legal de paternidad respecto del conviviente de la mujer.

4.1. Con consentimiento del marido

Cuando la fecundación es consentida expresa y formalmente por el marido no cabe la impugnación de la paternidad.

Sin embargo, se han venido presentando algunos casos a nivel judicial que contrarían las normas del Derecho de familia y la determinación de la paternidad, por ejemplo:

- Cuando existe un vicio en el consentimiento. El tema es que habiendo coincidencia genética y matrimonio de por medio solo cabría una acción de daños a favor del marido quedando la paternidad incólume.
- Error en la fecundación con semen distinto del marido.

4.2. Sin consentimiento del marido

Casos especiales en los que puede presentarse variadas soluciones al coexistir una verdad real carente de consentimiento.

- Solicitud de autorización judicial para la extracción de espermatozoides al marido incapaz.
- Paternidad del marido cuyo semen es utilizado sin su consentimiento para fecundar a su cónyuge.

4.3. Con consentimiento del conviviente

En este caso debe realizarse el reconocimiento para atribuir legalmente la paternidad.

Admite la doctrina y jurisprudencia comparada que el asentimiento de la pareja para la fecundación homóloga, sea por escritura pública o testamento, puede ser considerado un reconocimiento indirecto o, en su caso, un escrito indubitado a efectos de canalizar una demanda judicial de paternidad extramatrimonial.

Esto operaría como un caso de reconocimiento de un *concepturus* (aquel no concebido) lo que no es admitido uniformemente en el Derecho comparado (no es dable reconocer a un ser imaginario, a un futurible). Téngase presente que se está reconociendo a un hijo no biológico configurándose un reconocimiento por conveniencia o por complacencia. VERIFICAR

4.4. Sin consentimiento del conviviente

Al no existir título de estado y falta de consentimiento la atribución de paternidad estaría negada.

1.5. Fecundación post mortem

La fecundación *post mortem* está referida a:

- Los hijos póstumos (concebidos por el padre en vida, nacidos después de su fallecimiento pero antes de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio), y;
- Los hijos superpóstumos o *post póstumos* (hijos concebidos y nacidos después de la muerte del progenitor, luego de los 300 días siguientes a la disolución del casamiento, no siendo aplicable la presunción de paternidad).

A los primeros se les reconoce derechos sucesorios absolutos mientras que a los segundos no, por su calidad de extramatrimoniales.

En los casos de fecundación *post mortem* se impide la atribución de la paternidad al fallecido con anterioridad a la implantación del embrión en el útero de la mujer. Para que el difunto sea padre se requiere consentimiento expreso y formal, realización de la transferencia embrional en el plazo que amerite la apariencia filial (6 meses) y se realice una sola técnica, es decir se niega la posibilidad de varias técnicas.

La crioconservación significó la proliferación de estas prácticas y fue una forma de incentivar la fecundación *post mortem* como medio de revivir la muerte a través de la fecundación de un nuevo ser.

En estos casos se han optado por aplicar las siguientes reglas.

1. Si el hijo nace dentro del plazo se aplica la presunción *pater est*, siendo matrimonial y del difunto.
2. Si el hijo nace fuera del plazo debe diferenciarse si se trata de una:
 - a. Inseminación, si hay certeza de la identidad genética y de la voluntad, no cabe aplicar el plazo.
 - b. Transferencia embrional, si fue concebido durante el matrimonio se le reputa matrimonial.
3. Si la fecundación es con material genético de cedente. Un sector la rechaza al no haber matrimonio, identidad genética, ni voluntad salvo que el marido consienta de manera expresa e inequívoca. Para estos efectos se toma en cuenta la voluntad procreacional hecha en vida por el marido.

La procreación *post mortem* lleva a establecer que el derecho a la maternidad de la viuda genera hijos sin padre a pesar de acreditarse el vínculo biológico. Por lo demás, generaliza la uniparentalidad o monoparentalidad.

5. FECUNDACIÓN HETERÓLOGA

La generación de vida es la principal actividad del hombre. Aquel puede realizarla se inmortaliza trascendiendo sus genes y nombre.

El matrimonio es una institución cerrada en la que se consagra los fines de la familia. Es en ella donde nacen los hijos. Cuando un cónyuge es infértil recurrimos a un tercero para que ceda sus gametos, surgiendo diversos problemas, principalmente filiativos.

La fecundación supraconyugal, también llamada heteróloga, se trata de una técnica realizada con cesión de gametos en la que la fecundación es *ex útero*. Suprime la *unitas carnis* --el coito-- de allí que se diga que es una concepción antinatural. Crea situaciones inseguras puesto que con el cedente se carece de una relación jurídica reconocida para exigirle el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria), deberes naturales (reconocimiento), negación de vínculos filiales (impugnación de paternidad), entre otros.

La cesión de material genético implica tanto los productos biológicos del hombre (espermatozoides) como de la mujer (óvulos) y encuentra su fundamento en la libre disposición de los derechos de las personas, el derecho de fundar una familia, el derecho a procrear, la igualdad y libertad.

Esta técnica procreática tiene importante uso en mérito del ejercicio del derecho a la procreación a través del cual se facilita a quienes no pueden tener hijos propios encargarlos a un tercero mediante sus componentes genéticos.

En gran medida esta forma de procreación deja de lado la adopción, quedando en el olvido, siendo desplazada. Los hijos son más de mi naturaleza --no del todo pero al menos una parte sí-- a diferencia de los adoptivos en que no tiene nada de la pareja adoptante.

Cuando los gametos empleados son de terceros se produce una disociación entre la paternidad legal y la biológica rompiendo con el principio tradicional de la determinación de la filiación. Se parte del principio que aquel nacido de estas técnicas es hijo de la mujer

que lo da a luz y del marido o pareja estable de ésta, siempre que exista consentimiento.

Una de las cuestiones debatibles es cómo asegurar la filiación del hijo. Discutiéndose su admisibilidad, se corre el riesgo de quedarse sin un entroncamiento filial claro (por ejemplo Italia no las acepta).

5.1. Determinación de la filiación extramatrimonial

El Derecho comparado parte del principio que “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio” el cual queda desfasado como consecuencia de las modernas técnicas de reproducción asistida, el congelamiento de material genético y la crioconservación de embriones.

Hoy puede concebirse un hijo dentro del matrimonio, crioconservarse y ser implantado luego de disuelto el vínculo, incluso después de transcurrido el plazo de 300 días, de manera que estos casos de implantación *post matrimonial* vienen alterando la calidad legal y el estado civil de los hijos, como se vio *ut supra*.

5.2. Determinación de la paternidad

Consideramos en estos casos que la relación jurídica del hombre y la mujer puede estar sustentada en un matrimonio o convivencia, siendo ambos actos jurídicos fuentes de familia y que consolidan la relación filial con la descendencia. Cuando nos referimos al marido, entonces, debemos considerar también al conviviente, a la pareja estable.

Hay tres teorías que se han discutido: 1. El consentimiento del marido determina la paternidad con carácter inimpugnable y sin posibilidad que determinación de la paternidad de los cedentes, 2. En base al interés del menor, el consentimiento del marido es similar al reconocimiento y se descarta la investigación de la paternidad del cedente pues este no se responsabilizó de la paternidad y, 3. El consentimiento del marido es ineficaz para determinar la filiación pudiendo determinarse la filiación del cedente.

Se presenta una casuística variopinta.

2.2.1. Con consentimiento del marido

Sin mayor inconveniente considerando que existe una manifestación de voluntad en la realización de la técnica con material de cedente.

5.2.2. Con consentimiento del marido quien posteriormente niega la paternidad

Estos casos se han venido resolviendo en base a la teoría de los actos propios y la buena fe (*venire contra factum proprium non valet*), limitándose la impugnación de la paternidad. La impugnación es un acto contrario a la buena fé y se cometería un abuso del derecho.

La tendencia aplicable es que la voluntad procreacional inicial del marido marca su compromiso como padre en la aceptación y atención de la descendencia.

Imagínense aquel caso en el que el padre impugna su paternidad y no se puede conocer la identidad del cedente configurándose nada menos que un hijo de nadie, *parentless*.

5.2.3. Sin consentimiento del marido.

La falta de consentimiento de uno de los cónyuge en la participación del otro como aportante (marido) o receptora (mujer) afectan las relaciones conyugales tipificándose una causal de divorcio (teleadulterio o injuria grave) siendo el hijo pasible de impugnación de su filiación.

5.2.4. Sin consentimiento del marido por incapacidad

El acto procreacional se configura y legitima en base a la voluntad.

La decisión de tener un hijo genera obligaciones y responsabilidades que deben ser asumidas de manera general e integral. La incapacidad del procreante limita su responsabilidad y deberá comprometerse a quien utilizó indebidamente el material genético.

Otros casos que se han planteado en la doctrina y en la casuística son: a. Paternidad del hijo de mujer casada o conviviente fecundada sin su consentimiento con semen de cedente. b. Error en la fecundación respecto del material genético, c. Fallecimiento de los cónyuges antes de la transferencia del embrión, d. El caso de mujer soltera, separada legalmente, viuda o divorciada (Se crearía una familia unilineal o monoparental, mejor dicho matrilineal).

5.3. Determinación de la maternidad

El parentesco y la filiación siempre han estado afianzados a la madre.

Un análisis etimológico nos lleva a encontrar sus orígenes en la voz *parents*, madre de los dioses. Proviene del latín *parentes* (padre y madre), participio activo del verbo *parere* (parir) de allí su descomposición *partus* de la que se deriva la voz parentesco, parentela y parientes: es decir individuos paridos por una mujer, evidenciando la primitiva descendencia matriarcal en las sociedades matrilineales. En estas, la mujer fue la esencia social, ocupaba un lugar de honor y respeto aunque no necesariamente de dominio. Y es que la mujer adquiere fuerza social pues su descendencia era identificable, se sabía quienes eran sus hijos, lo que no sucedía con los hombres.

La determinación de la maternidad es compleja al vincularse con prácticas de maternidad subrogada relacionadas con la cesión de gametos como son, entre otras las siguientes:

5.3.1. Ovodonación

La mujer cesionaria tiene una *deficiencia ovárica*, no genera óvulos, pero sí puede gestar por lo que necesita de una mujer que sólo le ceda óvulos.

Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de tri-generación humana: 1) Espermatozoides del marido, 2) Óvulo de una cedente y 3) Gestación de la mujer cesionaria óvulo. La madre procreante no es la misma que la gestante.

5.3.2. *Madre sustituta*

La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, hay *deficiencia ovárica y uterina* por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones, es decir que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación.

Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de progeneración humana integral: 1) Espermatozoides del marido, 2) Inseminación en tercera mujer. La madre procreante es la misma que la gestante.

6. MATERNIDAD SUBROGADA

Aparte de los dos casos antes mencionados las prácticas de maternidad asistida son más complejas y variadas.

Actualmente es viable que hasta cinco (5) mujeres puedan ser madres participando indistintamente en el proceso biosociojurídico que ella implica. Puede haber una que aporta el óvulo (madre genética, *genitrix*), otra que lo gesticione (madre biológica, *gestatrix*), una que enriquezca con su material genético (madre biogenética) --con lo que serían dos las madres genéticas--, una cuarta mujer que lo adopte (madre legal) y, finalmente, la quinta, aquella que lo cría (madre social).

El Derecho comparado, casi unánimemente, se pronuncia sobre el tema al indicar que la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, prohibiendo los contratos de maternidad subrogada.

En el Perú existe una prohibición a la fecundación extracorpórea con óvulo de cedente (ovodonación), a la transferencia de embrión ajeno (embriodonación) y a los servicios de gestación subrogada (maternidad portadora).

Esta limitación se fundamenta en dos principios: la maternidad se prueba por el hecho del parto (Código civil, art. 409) y la calidad de madre genética debe coincidir con la de madre biológica (Ley general de salud, art.7).

Se trata de restricciones éticas al contrariar instituciones jurídicas como el parentesco, la filiación, el ejercicio natural del derecho reproductivo pero, como actos médicos, carecen de sanción penal. En buena cuenta son actos no arreglados a Derecho, ni a la moral, pero al no estar tipificados en la ley penal no son delito, ni falta. Lo delictual se produce cuando hay fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos (Código penal peruano, artículos 143 a 145), tendientes al tráfico de niños como es reconocido y así perseguido.

Debe considerarse que la ley peruana, en especial la de salud, no se ha pronunciado sobre la madre sustituta, cuando una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra a fin de entregar a la criatura una vez nacida. Aquí, la maternidad genética coincide con la biológica. La madre lo concibe y lo gesta, restando solo entrega. La prohibición indicada en la Ley general de salud resultaría inaplicable pues ambas maternidades guardan equidad. Lo ilícito se generaría con la vulneración del Código civil en su norma citada (artículo 409).

Muchas legislaciones consideran que la maternidad corresponde a la mujer que gesta, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra, tendencia reconocida en innumerables criterios judiciales a nivel mundial. Algunos países permiten la sustitución de maternidad y sus derivaciones cuando se realiza en mujeres emparentadas familiarmente (madre-hija, hermanas, tía-sobrina, primas, cuñadas) y no hay lucro de por medio.

La tendencia viene redireccionándose hacia el aspecto afectivo, primando el sentir procreacional, el deseo que tuvo la mujer de gestar para otra.

La maternidad subrogada puede realizarse de innumerables formas, a parte de las mencionadas, entre ellas:

6.1. Madre portadora

La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica.

Es un préstamo de útero dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Aporte de espermatozoides del marido, 2) Aporte de óvulo de su mujer y 3) La madre gestante es una tercera.

Casos extremos son el de la doble maternidad portadora. Como aquel presentado en 1997 en Italia, cuando se anunció la gestación de dos fetos de parejas distintas en el útero de una mujer.

6.2. Embriodonación

El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación.

Es un caso especial de procreación produciéndose un caso de multigeneración humana. 1) El marido y la mujer son infértiles, 2) El embrión es de una pareja cedente, y 3) El embrión es gestado por una tercera mujer o por la cedente del óvulo. La madre procreante puede o no ser la misma que la gestante.

7. CESIÓN MIXTA O CONJUNTA

Se da con la espermato donación y ovodonación incluso con madre portadora.

Los problemas legales de orden filiativo se complejizan al confluir una multiplicidad de componentes biogenéticas, una surte de mutigeneración parental.

8. CLONACIÓN

La clonación artificial causa problemas al Derecho. Su realización está sustentada en la voluntad y el interés humano presentándose como una técnica que crea una vida humana de una manera total y absolutamente antinatural, duplicando.

La naturaleza jurídica de la clonación es la de representar un hecho jurídico voluntario e ilícito realizado a través de una

manipulación genética en la etapa biológica de la fecundación. No es un acto jurídico pues su fin es ilícito al dañar los derechos del ser humano.

Puede ser realizada de varias formas:

- Autorreproducción, consiste en extraer el núcleo celular de la persona a duplicar y trasladarlo a un óvulo fecundado enucleado a fin que se desarrolle y así reproducir a un ser humano ya existente;
- Reproducción gemelar, se basa en fisiónar, dividir, el ovocito fecundado *in vitro* obtenido embriones iguales, y;
- Partenogénesis, permite el autodesarrollo del óvulo mediante la estimulación nuclear. Sin la presencia de espermatozoide se logra que el óvulo empiece el proceso generacional, en este proceso no hay fecundación.

Con estas variantes de la clonación se hace más complejo realizar un estudio jurídico de sus consecuencias legales las que a su vez son absolutamente distintas en cada caso.

Tomando en cuenta que la filiación es la más importante relación de familia, estructurada entre quienes comparten un parentesco consanguíneo en línea recta ascendente-descendente en primer grado, padre-hijo, el clon carecería de filiación clara e integral al no ser ascendiente ni descendente de nadie.

Veamos como se determinaría la filiación de acuerdo a cada tipo de clonación.

8.1. Autoreproducción

Los padres genéticos del clon serán sus abuelos (los padres del clonado) pues genéticamente compartimos con nuestro padres sólo el 50% de la información genética de cada uno, no el 100%, y esto puede ser demostrado con una prueba de ADN la que realizada daría como resultado que el clon es origen directo de la transferencia de genes de sus abuelos.

Es como si ellos hubieran vuelto a tener un hijo con las mismas características de su primogénito. El mismo problema se presenta en la partenogénesis.

8.2. Gemelación

En este caso los clones tendrán como padre biológico al cedente del material genético que generó el embrión luego fisionado y como madre biológica a quien lo gestó.

8.3. Partenogénesis

El tema es más complicado desde dos puntos de vista.

Primero, que el óvulo de la cedente, al ser autoestimulado y no requiriendo presencia espermática, carecería siempre de padre y siendo la clonada quien lo gestic tendríamos, como resultado, que ella será la madre legal, por el parto de su propia hermana genética, su clon partenogenético.

Segundo, que la clonada recurra a una maternidad subrogada, situación en la cual el clon tendrá dos (2) madres, la cedente del clon partenogenético y quien lo parió.

8.4. Clonaje de células masculinas.

En este caso se requerirá de un útero que anide al nuevo ser y que permita su gestación.

En este caso la mujer que ceda su vientre adquirirá la situación sólo de madre biológica ya que no intervino genéticamente (aportando su óvulo) en el proceso de fecundación. Desde el punto de vista legal esta maternidad no será subrogada ni sustituta puesto que no existe una segunda mujer que intervenga en este proceso biológico. Sólo existirá una cesión de útero.

8.5. Clonaje de células femeninas

En este caso, aparte de concebirse sólo mujeres (puesto que la conformación cromosómica de estas es XX) puede darse el caso de la maternidad sustituta o subrogada ya que la madre genética puede tener dificultades para permitir la anidación o la gestación del clon.

8.6. Reflexiones

Como se ve en la autoreproducción y en la partenogénesis existen los principales problemas.

Por lo demás, los procesos de clonación alterante (1.4. y 1.5.) participa un sólo progenitor --sea hombre o mujer-- y, aparte de no existir los sexos complementarios para la reproducción natural, no se va a producir la recombinación, *crossing over* o intercambio de la información génica que determine la conformación biológica de un ser único, singular e irreplicable en cuanto a la estructura de su patrimonio genético, puesto que no existe dualidad de progenitores que transmitan cada quien sus rasgos típicos al nuevo ser sino que, simplemente, se va a crear un cigoto con el patrimonio genético de su progenitor procediéndose, únicamente, a duplicar su información biológica, lo que si bien en nada afecta el derecho de tener un relación filial, la filiación en su esencia es desencajada al no compartirse realmente la información genética con un verdadero progenitor.

En materia de clonación, la biologicidad de los progenitores puede ser determinada a través de estudios genéticos, pero la complejidad y alteraciones en la generación de vida es lo que genera el conflicto ético y legal de ésta técnica.

A efectos de no generarse más problemas debe primar, en la determinación de la filiación, el aspecto formal sustentado en la voluntad procreacional.

9. CONSIDERACIONES FINALES

La vertiginosa carrera científicista en materia procreática avasalla el Derecho de familia, sobre todo en el tema filial, siendo la tendencia actual en la determinación del nexo filial la prevalencia de la voluntad, desplazando el aspecto biogenético, tendiendo a su desbiologización. Esta corriente distingue la filiación de los nacidos por las técnicas de reproducción haciéndola inatacable en sustento de la motivación de las partes y el interés de los hijos, a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal. Se habla de la denominada filiación civil fundamentada en la voluntad procreacional de los participantes, el deseo de ser padres, el contenido socioafectivo.

La filiación biológica perdió su fuerza frente a la voluntad y el afecto. En la filiación derivada de la procreación asistida priman los conceptos sociológicos y culturales. La paternidad y maternidad corresponde aquellos que la anhelaron. El régimen paterno-filial se asemeja al de la adopción, ambas se sustentan en la voluntad y no el dato biológico (en el padre, no el progenitor ni dador).

Se crea un tercer género, aparte de la filiación por naturaleza y la adoptiva, la llamada filiación civil cuya naturaleza es la socio-afectividad y no la biologicidad.

CAPITULO UNDÉCIMO

PATERNIDAD SOCIOAFECTIVA LA EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES PATERNO- FILIALES DEL IMPERIO DEL BIOLOGISMO A LA CONSAGRACIÓN DEL AFECTO^(*)

^(*) Capítulo desarrollado conjuntamente con Marianna Chaves. Maestría en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa; Especialista en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Lisboa Posgrado en Derecho Médico y Bioética por la APDI – Asociación Portuguesa de Derecho Intelectual y la Universidad de Lisboa; Con estudios de Posgrado en Derecho de la Filiación, Adopción e Protección de Niños e Adolescentes por la Universidad de Lisboa; Directora del Núcleo de Relaciones Internacionales de IBDFAM - PB (Instituto Brasileño de Derecho de Familia, www.ibdfam.org.br); Miembro de la International *Society of Family Law*.

1. GENERALIDADES

La familia es el conjunto de individuos que comparten una vida bajo la misma escala de valores en la cual el afecto es su principal razón de integración^[1]. En el entorno familiar, la estabilidad, permanencia y ostensibilidad es la forma natural del relacionamiento de sus integrantes lo cual genera un estado de familia sustentado en una identidad familiar. *Sentirse y ser* tratado como hijo implica el legítimo reconocimiento de una verdad que no puede ocultarse, de una paternidad que se vive y se siente, conocida modernamente como la paternidad socioafectiva que, por más que se condiga con la biológica debe prevalecer al estar amparada en el máximo componente de la vida social del ser humano, el afecto e interrelacionamiento.

1.1. ¿Quién puede ser o no ser el padre?

Para el Derecho, padre es aquel que confiere su apellido en la partida de nacimiento. Si es nacido dentro del matrimonio se presume que el marido es el padre y la partida de matrimonio el documento para proceder al registro de nacimiento con la identidad del padre-marido.

[1] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho de las Familias. La nueva teoría institucional, jurídica y principista de la familia*, Lima, Proyecto de Investigación inédito auspiciado por el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, Lima, 2009.

Una vez que haya establecido la paternidad registral se configuran los derechos y obligaciones como son el sostenimiento, custodia y educación. Pero el sistema jurídico, tan vinculado a elementos biológicos a la paternidad, acaso:

- ¿Puede asegurar o ayudar a garantizar el establecimiento de la paternidad?,
- ¿Puede identificarse al padre, como progenitor, marido o pareja de la madre a aquel cría a los niños y les proporciona el mantenimiento, o a aquel que le da su nombre?^[2].

Para demostrar que la paternidad no es un mero hecho de la naturaleza nada mejor que ejemplificar el instituto milenario de la adopción. Como señala João Baptista Vilella^[3], la adopción suplanta el origen biológico por un nivel más alto como es la libre determinación de la voluntad. Incluso, teniendo en cuenta las líneas evolutivas del Derecho de familia, la adopción se presenta como la paternidad del futuro por la excelencia enraizada en el ejercicio de la libertad. Sólo el padre adoptivo se da la opción de algún día ser capaz de repetir a sus hijos lo que Cristo dijo a sus apóstoles: “No me habéis elegido vosotros a mí, sino que yo os elegí a vosotros” (Juan: 17, 16).

Según Rodrigo da Cunha Pereira^[4], separándose del concepto de la paternidad biológica y de las ideologías que disfrazan los sistemas de parentalidad, considera que la paternidad es, según el psicoanálisis, una función. Si, una función paterna realizada por uno “padre” que es decisivo y responsable por el desarrollo de los sujetos. Por lo tanto, calidad de padre puede recaer en una serie de personas: el padre, el marido de la madre, el amante, el compañero, el protector de la madre durante el embarazo, el tío, el abuelo, el aquel que cría al niño, aquel que le da su apellido, aquel que lo

[2] Cfr. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, pp. 116 y 117.

[3] VILLELA, João Batista. “Desbiologização da paternidade”, em Sep. da *Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, Maio, p. 400 – 419, 1979, p. 417.

[4] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 117.

reconoce, aquel que lo reconoce ritualmente, aquel que lo adopta. En fin, quien detenta la calidad paterna es aquel que desempeña un papel – función como padre.

Actualmente, se viene consolidando en la dogmática *ius familista* la teoría que en ejercicio del derecho a la dignidad y el derecho al conocimiento del origen genético es perfectamente viable investigar la paternidad biológica de una persona sin destruir el vínculo socioafetivo y los derechos que de ella se configuran, considerándose que éstos se originan de una paternidad legalmente existente^[5]. Y es que el estado de filiación se deriva de la comunión afectiva que se construye entre padres e hijos, independientemente de ser parientes consanguíneos originarios, por lo que no debe confundirse el derecho al conocimiento del origen genético con el derecho a la filiación, sea genética o no^[6]. Una prueba de ADN negativa no puede albergar el poder para dismantelar la filiación cuando está probada la existencia de vínculo socioafetivo^[7] por lo que se dice

[5] En este sentido, ya ha expresado el Tribunal de Justicia del Rio Grande do Sul – Brasil: **Ação de investigação de paternidade. Presença da relação de socioafetividade. Determinação do pai biológico através do exame de dna. Manutenção do registro com a declaração da paternidade biológica. Possibilidade. Teoria tridimensional.** Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. Apelo provido. (TJRS; AC 70029363918; 8ª C.Cív.; Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda; DOERS 14/05/2009; p. 55).

[6] LÔBO, Paulo: *Familias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.204.

[7] Como ya indicó el Tribunal de Justicia de Minas Gerais – Brasil: **Ação negatória de paternidade. Exame de dna. Perícia excludente da paternidade. Direito de família. Evolução. Hermenêutica. Demonstração da existência de vínculo sócio-afetivo. Improcedência do pedido.** Em princípio, quando o lastro genético não subsiste, segundo a perícia, exame de DNA, a declaração da não paternidade é medida que se impõe, visando proteger até mesmo

que la imputación de una paternidad biológica no sustituye el estado de filiación^[8], este se generado y como tal debe prevalecer.

2. EL RENANCIMIENTO DE LA POSESIÓN DE ESTADO

La posesión de estado en materia de filiación se refiere a la situación fáctica en la que una persona disfruta el *status* de hijo en relación a otra independientemente que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica.

El estado de filiación se identifica en cuanto existan componentes como (i) *tractatus* comportamiento aparente de parientes (la persona es tratada por los padres ostensiblemente como hijo, y esta los trata como padres); (ii) *nomen* (la persona tiene el nombre de familia de los padres) y (iii) *fama* (imagen social y reputación: la persona es reconocida como hija de la familia y por la comunidad, siendo así considerada por las autoridades)^[9]. En conjunto, estos componentes se revelan por la convivencia familiar, por el efectivo cumplimiento de los deberes de guarda, educación y sustento del hijo por el relacionamiento afectivo, en fin, por el comportamiento que adoptan los padres e hijos en la comunidad en que viven^[10].

Determinado el rol de padre respecto de una persona que no ha transmitido los rasgos biológicos a otra es evidente que tenemos una hipótesis de filiación socioafectiva. El padre afectivo, sociológico o socioafectivo es lo que ocupa en la vida del niño un verdadero lugar y presencia, cumpliendo una función, convirtiendo la paternidad socioafectiva en una especie de adopción de hecho^[11] y el símbolo máximo de una relación social paterno - filial.

direito do próprio menor. Entretanto, se comprovada a existência da paternidade sócio-afetiva, como no caso dos autos, a improcedência do pedido formulado na ação negatória de paternidade é medida que se impõe. (TJMG; AC 1.0701.06.166161-0/001; 1ª C.Cív.; Rel. Des. Geraldo Augusto; DJEMG 23/04/2008).Bottom of Form

[8] LÔBO, Paulo: *Famílias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.204.

[9] LÔBO, Paulo: *Famílias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.212.

[10] LÔBO, Paulo: *Famílias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.212.

[11] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, pp. 589-590.

La posesión de estado de filiación, consolidada en el tiempo, no puede ser contradicha por una investigación de la paternidad fundada en la prueba genética^[12] en razón que más valen las vivencias que los resultados biológicos. Si bien los primeros se van (re) componiendo, los segundos son inalterables pero no trascienden en la vida del hombre, solo afectan su genealogía al identificar su perfil genético respecto de otro lo cual no genera una relación de familia sino, simplemente, una relación genética. La posesión de estado ofrece los parámetros indispensables y necesarios para el reconocimiento de una filiación, haciendo resaltar la verdad socioafectiva o, como también, se le conoce la verdad sociológica de la filiación, la que es construida sin dependencia alguna del aspecto genético^[13].

3. SOCIOAFECTIVIDAD

La socioafectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafec-

[12] LÔBO, Paulo: *Familias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.212.

[13] La simple ausencia de vínculos biológicos no tiene el poder para dismantelar a una paternidad que persistió en el tiempo y poseía como base la buena fe y el afecto, como demuestra la siguiente Resolución judicial de Brasil, juzgada en el Distrito Federal: Embargos infringentes. Ação de anulação de registro civil. Ausência de vínculo biológico. Relação socioafetiva demonstrada. Vícios não comprovados. Validade do ato. Improcedência do pedido. 1. Registro de nascimento feito por quem sabia não ser o verdadeiro pai é tido como adoção simulada. 2. Uma vez procedido o registro civil de forma livre, consciente e de boa-fé, por pessoa capaz e com discernimento do ato que praticara, inexistente o alegado vício de consentimento. 3. A mera ausência de vínculo biológico entre o falecido e a adotada não importa, necessariamente, no imediato acolhimento do pedido de anulação do registro civil, haja vista que a paternidade e a filiação podem se assentar em critérios socioafetivos, por não decorrerem de um fato meramente natural. 4. Restando comprovado que o falecido reconheceu a paternidade da menor, de forma voluntária e espontânea, além dos depoimentos colhidos em juízo demonstrarem que a infante encontrava-se inserida no seio familiar do *de cuius*, não deve prevalecer os vícios alegados, tornando-se insubsistente a declaração da nulidade do ato registral. 5. Embargos infringentes conhecidos e não providos. (TJDF; EIC 1999.06.1.003958-5; Ac. 354.784; 3ª C.Cív.; Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa; DJDFTE 08/05/2009; p. 62)

tivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana^[14].

3.1. Concepto y prueba de la paternidad socioafectiva

La filiación socioafectiva no se basa en el nacimiento (hecho biológico) sino en el acto de la voluntad cimentado a diario por el tratamiento y la publicidad encausando, al mismo tiempo, la verdad biológica y las presunciones legales. La filiación socioafectividad se construye desde el respeto mutuo, de un tratamiento recíproco --de ida y vuelta-- como padre e hijo, firmes y concientes ambos en el conocimiento que realmente son parientes en primer grado entre sí. Se muestra, pues, el criterio socioafectivo para la determinación del *status* del hijo como un excepción a la regla de la genética lo que representa una verdadera “desbiologización” de la filiación haciendo que la relación paterno - filial no sea atrapada sólo en la transmisión de genes^[15] cuando existe una vida de relación y un afecto entre las partes.

La afectividad es un principio jurídico reconocido en el Derecho Comparado^[16] que caracteriza en el ámbito de la familia la solidaridad^[17]. Tenemos entonces que llevada al ámbito de la paternidad la socioafectividad está marcada por una serie de actos de cariño, de entrega y consideración que demuestran, claramente, la existencia de

[14] SEREJO, Lourival: “O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade”, en: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira* (coord.), Sao Paulo, IOB Thomson, 2005, p.547.

[15] Cfr. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, 2. ed. rev. ampl. e atual, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, p. 590.

[16] CUNHA PEREIRA, Rodrigo da: *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2005, p. 92 y ss. LÔBO, Paulo: *Famílias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.34. DIAS, Maria Berenice: *Manual de Direito das famílias*, 4ª edición revisada, actualizada y ampliada, São Paulo, Ed. Revista Dos Tribunais, 2007, p.58 y ss.

[17] LÔBO, Paulo: “Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula No. 301/STJ”, en: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira* (coord.), Sao Paulo, IOB Thomson, 2005, p.798.

una relación entre padres / madres e hijos. Significa, como dice Rolf Madaleno “encender la llama del afecto que siempre ha calentado los corazones de los padres y los niños socioafectivos, el espacio reservado por Dios en el alma y en los deseos de cada mortal, de acoger, como un hijo aquel que se crió dentro de su corazón”^[18].

El vínculo socioafectivo depende, obviamente, de la prueba de la convivencia respetuosa, pública y firmemente establecida. Sin embargo, y como es lógico, no es necesario que el afecto esté presente en el momento en que se discute en la Corte una filiación. A menudo, cuando se trata en los tribunales la cuestión filiativa es por qué el afecto cesó, desapareció por diversas razones. Lo importante es demostrar que el cariño estaba presente durante la convivencia, que el afecto como vínculo conectó a las personas durante esa parte de la vida. Esto equivale a decir que la personalidad del niño se formó alrededor del enlace emocional, incluso si en ese mismo momento, ya no existe. Aquí se acomoda, precisamente, el ejemplo de la llamada *adopción a brasileira* establecida cuando una persona registra y reconoce como su hijo a uno extraño. Imaginemos que a pesar de estos años de afecto y de la vida cotidiana como padre e hijo por algún motivo desea negar la relación filiatoria alegando, por alguna cuestión valedera, quizá, que el afecto ya no existe más; en este caso, la filiación fue establecida por el criterio afectivo que *debe ser* reconocido por el juez^[19] y que *no puede* quedar un simple arbitrio por más prueba negativa de componentes genéticos.

3.2. La filiación socioafectiva en el derecho constitucional y en la jurisprudencia internacional

La Constitución Política del Perú en su artículo 6 consagra explícitamente el deseo de ser padres con el correspondiente componente socioafectivo cuando indica que “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad

[18] MADALENO, Rolf: *Direito de Família em pauta*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 27.

[19] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson: *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, p. 592..

y maternidad responsables”. Paternidad responsable es asumir voluntariamente un compromiso filial bajo el esquema que *el derecho a la filiación no es solamente el derecho a la filiación biológica es, también, el derecho a la filiación vivida*^[20], lo cual se enlaza con el compromiso y el compartimiento de los sujetos. Esta declaración de principio en la Carta Magna es un reconocimiento de la filiación socioafectiva o como la *filiación por ligación afectiva*.

Independientemente que la codificación civil no trate la filiación socioafectiva, en el caso del Brasil, la jurisprudencia la ha reconocido y le viene concediendo prestigio a la prevalencia de la denominada *posesión de estado de hijo*, lo que representa en esencia el substrato fáctico de la única y verdadera filiación, sostenida el amor y el deseo para ser un padre o una madre, en definitiva, para establecer espontáneamente los lazos de la relación filial^[21]. A criterio de Krasnow “... amar al hijo en referencia al *deber ser* es integrarlo en la vida de los padres, creándose un vínculo triangular que buscará la personalización de quienes lo integran, en cumplimiento del valor humanidad”^[22], es lo que luego veremos al tratar el moderno tratamiento de la posesión de estado.

Una reciente decisión judicial dictada en el Estado de Porto Alegre – Brasil determinó que *comprobada la paternidad biológica por más de 40 años de nacimiento del hijo y no existiendo interés de anular o rectificar el actual registro de nacimiento implica solo el reconocimiento de la paternidad biológica, sin concesión del derecho hereditario o rectificación del nombre*^[23]. Se trata de una decisión

[20] DUARTE, Rodrigo Collares. Desbiologização da paternidade e a falta de afeto. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 481, 31 out. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

[21] Cfr. MADALENO, Rolf: *Curso de direito de família*, 3. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 366.

[22] KRASNOW, Adriana Noemí: *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p.123.

[23] Exp. Nº 70031164676, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, Comarca de Porto Alegre - Brasil. Sumilla: Apelação Cível. Ação de investigação de paternidade. Concordância do pai e filho biológicos em manter o registro que espelha a paternidade socioafetiva. Pedido que se restringe ao reconheci-

inédita que consagra la posibilidad de declarar judicialmente la paternidad biológica sin que ello implique la anulación del actual registro en el que consta la paternidad socioafectiva^[24]. En este caso, se legitima objetivamente la existencia de paternidades concomitantes, es decir la presencia de una paternidad biológica, marcada por los genes y una paternidad socioafectiva, sustentada en el afecto y que así consta en Registro. El argumento es que no existe ningún tipo de justificación para impedir la libre investigación de la paternidad por el hecho que un sujeto esté registrado como hijo de padres socioafectivos. Concluyéndose que, negar el reconocimiento de la verdad biológica es una restricción al derecho de la persona y sobretodo al derecho a la identidad^[25].

Con esta lógica, y el amparo jurisdiccional que se le otorga, nada impide que una persona tenga dos padres, uno legal y otro afectivo. Es más, que se indique así en el Registro de estado civil presentándose actualmente los dominados casos de bipaternidad, un hijo con una madre y dos padres^[26]. Esta es una forma directa de garantizar el legítimo derecho de saber quien es el progenitor, aquel que engendró siendo, por su parte, los padres afectivos aquellos vinculados jurídica y emotivamente al hijo.

mento da paternidade biológica. Sem condenação em honorários em razão da ausência de conflito de interesses.

[24] SILIPRANDI GIORDANI, Cristina: “Decisão inédita reconhece paternidade biológica tardia sem anular paternidade socioafetiva”, en: <http://forum.jus.uol.com.br> [20/11/2009].

[25] SILIPRANDI GIORDANI, Cristina: “Decisão inédita reconhece paternidade biológica tardia sem anular paternidade socioafetiva”, en: <http://forum.jus.uol.com.br> [20/11/2009].

[26] CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. Dois pais e uma mãe. A prevalência da paternidade sócio-afetiva. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1750, 16 abr. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

3.3. La posibilidad de coexistencia de la parentalidad socioafectiva con el derecho al conocimiento de los orígenes genéticos

Estas dos formas de paternidad, la socioafectiva y la biológica no son excluyentes. Se trata de institutos diversos que tutelan bienes distintos^[27].

La primera resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y, la segunda consagra el derecho de saber quien engendró con la finalidad de poder conocerlo y relacionarse con él. Es así que, el Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar en el registro la verdad socioafectiva y, sin temores, la biológica igualmente.

La paternidad socioafectiva^[28] es el tratamiento dispensado a una persona en calidad de hijo y se encuentra sustentada en el sentimiento de cariño y amor, independientemente de la imposición legal o vínculo sanguíneo. En su esencia natural, la relación paterno - filial trasciende las imposiciones legales y se cimienta en una relación afectiva que debe tomar en cuenta la norma para su determinación y establecimiento. La afectividad implica una conducta querida y llevada a cabo teniendo como contracara, de quien la goza, la satisfacción y contentamiento personal; como dice Krasnow, cuando amamos a alguien su bienestar se extiende a nuestro bienestar^[29], este es el resultado de una efectiva y afectiva paternidad.

Claramente considera Maria Berenice Dias^[30] que la filiación socioafectiva corresponde a la verdad aparente y recorre el Derecho

[27] CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. Dois pais e uma mãe. A prevalência da paternidade sócio-afetiva. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1750, 16 abr. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

[28] SILVA, Luana Babuska Chrapak da. A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

[29] KRASNOW, Adriana Noemí: *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p.122.

[30] DIAS, María Berenice: *Manual de Direito das famílias*, 4ª edición revisada, actualizada y ampliada, São Paulo, Ed. Revista Dos Tribunais, 2007, p.35.

a la filiación. La necesidad de mantener la estabilidad de la familia en reconocimiento de su función social hace que se atribuya un papel secundario a la verdad biológica. La socioafectividad revela la constancia social de la relación entre padres e hijos caracterizando una paternidad, no por el simple hecho biológico o por la fuerza de la presunción legal, sino como consecuencia de los lazos espirituales generados en la convivencia, en todos y cada uno de esos días de mutua coexistencia. El parentesco psicológico prevalece sobre la verdad biológica y, también sobre la realidad legal^[31]. Es la relación diaria de las personas más fuerte, incluso, que la misma sangre y genes que puedan llegar a compartir.

Se trata de la verdad real entendida como el hecho de gozar la posesión de estado siendo esta la máxima prueba de un estado filial.

Padre es el que cría siendo el que engendra el progenitor. Existe entre ambos una enorme diferencia que *debe ser* observada y tratada normativamente en su verdadera dimensión y trascendencia lo contrario implicaría un retroceso. Considera Roberto Albuquerque Júnior^[32] que no puede confundirse *padre* con *progenitor*, debiendo prevalecer siempre el vínculo de filiación construido a través de la convivencia y el afecto sobre aquel meramente biológico. En este orden de ideas, fundamental diferenciar el *derecho al padre*^[33] y el derecho al conocimiento del origen genético ambos derechos, a nuestro criterio, inconfundibles.

[31] DIAS, Maria Berenice. “Investigando a parentalidade”. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 27, p. 64-68, out./dez. 2004.

[32] ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1547, 26 set. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

[33] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes: “Se eu soubesse que ele era meu pai”, en: *Direito civil: Estudos*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2000, p. 69-80.

4. DE LA DESBIOLOGIZACIÓN A LA AXIOLOGIZACIÓN DE LA PATERNIDAD

El sustento de la desbiologización de la paternidad es enfatizar el *afecto* en la relación padre e hijo considerando que las relaciones familiares son fruto de la afectividad^[34]. Desbiologización de la paternidad significa convivencia socioafectiva sobrevenida a la biológica^[35]; es decir, es aquella situación en la que se hace prevalecer el hecho cultural versus el hecho natural y representa la máxima expresión de la afectividad que es inicial y finalmente el sustento de las relaciones familiares.

Roberto ALBUQUERQUE JÚNIOR considera que “Ese paradigma del biologismo pasó a ser contestado a partir del momento en que la doctrina volvió los ojos para a la existencia de otro fundamento para la filiación, verdaderamente de orden cultural y desde siempre radicalmente presente en la adopción: la socioafectividad”^[36].

La Ministra Nancy Andrichi^[37] al juzgar un caso de reconocimiento de filiación consideró que *tomar como falsa la declaración*

[34] DUARTE, Rodrigo Collares. Desbiologização da paternidade e a falta de afeto. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 481, 31 out. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

[35] PAULILLO, Sérgio Luiz. A desbiologização das relações familiares. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 78, 19 set. 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

[36] ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1547, 26 set. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

[37] Resp 878.941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.08.2007, DJ 17.09.2007 p. 267. <http://br.vlex.com/vid/41870947> [20/11/2009] RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. - O reconhecimento de paternidade é válido se refletir a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da

de paternidad cuando no coincide con los tests biológicos, sin mayores ponderaciones, es ver la realidad sobre el prisma estrictamente tecnicista, volteándose las cosas a lo que interesa de hecho para que las personas existan dignamente. La magistrada busca reconocer y sustentar la filiación en su contenido vivencial más que en su esencia genética. La primera es vivida, la segunda adquirida.

El profesor brasileiro Paulo LÔBO expresa claramente, por su parte, que hacer coincidir la filiación con el origen genético es transformar el hecho cultural en determinismo biológico que no contempla sus dimensiones existenciales^[38]. La certeza absoluta del origen genético no es suficiente para fundamentar la filiación dado que otros son los valores que dominan ese campo de las relaciones humanas^[39].

La identidad genética no se confunde con la identidad de la filiación que está (entre) tejida de relaciones afectivas que el ser humano construye entre la libertad y el deseo^[40]. Como ya se ha dicho, la parentalidad, *per se*, no es un hecho de la naturaleza sino un hecho cultural. Y, como dice João Baptista Vilella “ser padre o madre no es tanto el hecho de generar cuanto en la circunstancia de amar y servir”^[41]. Debe tenerse en cuenta que la filiación no sólo se refleja en el nacimiento. La familia no se limita a la sangre,

declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.

[38] LÔBO, Paulo: *Famílias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.203.

[39] LÔBO, Paulo: *Famílias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.204.

[40] LÔBO, Paulo: *Famílias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.204.

[41] VILLELLA, João Baptista. “Desbiologização da paternidade”, em *Sep. da Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, Maio, p. 400 – 419, 1979, p. 409.

esta significa el crecimiento, la experiencia, la madurez y el envejecimiento juntos. Se es madre y padre por elección y la libertad personal, lo contrario, simplemente, no determinada nada. Familia debe ser concebida como la opción y el ejercicio que puede conducir a un feliz acercamiento entre los que tienen y necesitan dar y los que no tienen y necesitan recibir^[42], nunca puede ser establecida en base a la fatalidad.

El derecho alemán a través de su tribunal Constitucional, en una decisión de 1994, reconoció nítidamente el derecho a la personalidad en el conocimiento del origen genético “sin efectos en la relación de parentesco”^[43]. En razón de ello se puede decir que todo ser humano, como regla general, tiene derecho a conocer su origen genético por varias razones: como derecho de la persona, como información para efectos de la ciudadanía, por necesidad psicológica, por razones de información para diagnósticos y efectos de la terapia de enfermedades genéticas. Pero es necesario e imperativo tener en cuenta que el derecho a conocer los orígenes genéticos no tiene --y jamás deberá tener-- el poder para dismantelar una filiación socioafectiva explícita y sin lugar a dudas existentes. Negar la paternidad socioafectiva en particular por motivos patrimoniales es volver al pensamiento antiguo de la monetización, la estandarización, la sacralización, la deificación del mundo genético. El punto esencial es que la relación de paternidad no depende más de la exclusiva relación biológica entre el padre y el hijo, siendo toda paternidad socioafectiva y esta tener sea un origen biológico o no biológico^[44]. La socioafectividad es la regla es decir, la paternidad socioafectiva es el género del cual son especies la paternidad biológica y la no biológica^[45]. El afecto es la piedra angular de cualquier relación familiar.

[42] VILLELA, João Baptista: “Desbiologização da paternidade”, e: Sep. da *Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, Maio, p. 400 – 419, 1979, pp. 415-417.

[43] LÔBO, Paulo: *Familias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.204.

[44] LÔBO, Paulo: “Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula No. 301/STJ”, en: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.)*, Sao Paulo, IOB Thomson, 2005, p.795.

[45] LÔBO, Paulo: “Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula No. 301/STJ”, en: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.)*, Sao Paulo, IOB Thomson, 2005, p.796.

El Derecho de la familia moderno muestra que el afecto está por encima del biologismo de muchas maneras, si no todas, sobre todo cuando hay una relación existente.

Así, a un ser humano no se le debe negar su derecho al conocimiento de su origen genésico pero en la presencia de una relación de paternidad socioafectiva, la filiación genética sólo puede tener un efecto declarativo, sin ninguna implicación patrimonial o sucesoria en relación con el padre biológico, porque esto iría contra todos los principios democráticos e inclusivos que el Derecho de familia moderno viene construyendo.

Un caso en Argentina. Una pareja casada desde 1966 en cuyo lapso de convivencia tres hijos, divorciándose en el 86. En el 95 ella se casa con otro hombre a quien, luego de exámenes de ADN, se demuestra que es el padre biológico de los tres hijos. Estos accionan contra la madre y el padre originario para impugnar la paternidad solicitando, además, la declaración de filiación extramatrimonial respecto del padre biológico, acciones que son procedentes en base al resultado del ADN. Ante tal situación el ex marido accionó contra la mujer y su nueva pareja para que se compense por los daños sufridos, acción que es declarada procedente en primera y segunda instancia. La decisión se centró en el daño sentimental sufrido por el padre socioafectivo por la desconstitución del estado de filiación que le originó un sufrimiento moral, privándolo del contacto con sus hijos que crió durante veinte años de convivencia con la madre. Situaciones dramáticas como esta hacen resaltar los riesgos del absolutismo de la llamada verdad biológica, que confunde la filiación con el derecho a la personalidad^[46].

Es por ello que se sustenta que vamos hacia el camino de la juridización de la afectividad y la desbiologización de la paternidad.

[46] FAMÁ María Victoria y HERRERA, Marisa: “Un *leading case* sobre responsabilidad civil en materia de filiación ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial?”, en: *Jurisprudencia Argentina*, t. 2004-III, ps. 392 y ss.

5. DERECHO A LA FILIACIÓN Y EL DERECHO CONOCIMIENTO DEL ORIGEN GENÉTICO: DISTINCIONES NECESARIAS

Si bien se dice que la paternidad de naturaleza socioafectiva es hipercompleja e inclusiva^[47] es claro establecer que son dos los fundamentos básicos de la teoría de este tipo de paternidad: (i) La distinción entre progenitor y padre, y; (ii) La distinción entre el derecho a la filiación y el derecho a conocer el origen genético, ambos derechos con sus propias diferencias pero que se encuentran entrelazadas^[48].

Toda persona humana tiene derecho al estado de filiación. La constitución de dicho estado puede darse a través del conocimiento del origen genético solo cuando una persona carezca de lazos de paternidad construidos por vía de la afectividad^[49]. Es decir, la determinación jurídica de la paternidad en base al biologismo debe darse en aquellos en los que una persona carece de padre y progenitor (ADN sin afecto). La premisa para estos casos es que la investigación de la paternidad tiene como objeto asegurar un padre a quien no lo tiene, es un reconocimiento del *derecho a la paternidad* que se concede a quien carece de contrapartida, no tiene a un sujeto con quien ejercerlo lo que amerita que pueda investigarse para que sea reconocida judicialmente.

Diferente es el caso cuando hay una relación de paternidad socioafectiva preconstituida. Frente a esta situación existe el derecho a la investigación del origen genético sin que ello implique una vindicación de la paternidad^[50] (afecto sin ADN). Con ésta lógica,

[47] LÔBO, Paulo: "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula No. 301/STJ", en: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família* / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Sao Paulo, IOB Thomson, 2005, p.802.

[48] ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1547, 26 set. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

[49] LÔBO, Paulo Luiz Netto: "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária", en: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 19, p. 134-156, ago./set. 2003b.

[50] LÔBO, Paulo Luiz Netto: "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária", en: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 19, p. 134-156, ago./set. 2003b.

no es admisible la sustitución de una paternidad socioafectiva por una biológica en la medida que ésta solo se impone si corresponde a aquella^[51]. Es decir, si hay coincidencia entre una y otra es viable la acción de determinación de paternidad para complementar una relación filial. Guilherme de Oliveira, citado por Paulo Lôbo, considera que la posesión de estado de hijo consolida vínculos que no se asientan en la realidad natural, impidiendo el ejercicio del derecho a impugnar el interés del hijo contra la relevancia jurídica de una paternidad manifiestamente prejudicial^[52]. De allí fluyen las diferencias existentes entre el derecho a reclamar la filiación, el derecho a tener un padre y el derecho al conocimiento del origen genético, derechos estos que no pueden confundirse ni tratarse como sinónimos.

En el escenario actual de las relaciones familiares y del desarrollo de la genética, la tendencia es buscar una armonización entre el derecho de la personalidad al conocimiento de origen genético, así como la necesidad de materialización y prevención del derecho a la salud y el derecho al parentesco cuando ya está establecido tomándose en cuenta el principio jurídico de la afectividad^[53].

6. EL ERROR DE LA DESCONSTITUCIÓN DEL VÍNCULO FILIAL PARA FINES SUCESORIOS O PATRIMONIALES

La paternidad es mucho más que el mero compromiso económico reflejado en el provisionamiento de alimentos o la causa para la partición de bienes hereditarios^[54]. Los efectos patrimoniales en un vínculo filial deben consagrarse en los mismos orígenes de la

[51] LÔBO, Paulo: "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula No. 301/STJ", en: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira* (coord.), Sao Paulo, IOB Thomson, 2005, p.806.

[52] OLIVEIRA, Guilherme: *Criterio jurídico da paternidade*, Coimbra, Almedina, 2003, p.414. Cit. LÔBO, Paulo: *Famílias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.213 y 214.

[53] LÔBO, Paulo: "Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental", en: *Afeto e estruturas familiares/ Maria Berenice Dias; Eliene Ferreira Bastos; Naime Márcio Martins Moraes* (coords).Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, pp. 453-472, 2010, p. 460.

[54] LÔBO, Paulo: "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula No. 301/STJ", en: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira* (coord.), Sao Paulo, IOB Thomson, 2005, p.796

esencia de la paternidad, vale decir en la afectividad entre las partes. Por muy sencillo que parezca no solo por cumplir una fórmula o compartir componentes genésicos vamos a crear una *verdad*. La verdad en el vínculo filial, con los efectos que esta genera, está consagrada en la realización de vida de un hijo y un padre.

Por estas consideraciones, que son premisas de trabajo insoslayables y antes de sustentarnos en la normativa escrita, debemos apelar a la ética para responder a estas preguntas:

- ¿Puede un padre socioafectivo, a sabiendas que no es su hijo biológico, dismantelar la consciente relación afectiva construida durante la larga convivencia gobernada por una comunión de vidas y afecto con su hijo registral, tomando como argumento que el registro de nacimiento es ideológicamente falso, única y exclusivamente para deshacerse del sostenimiento económico o sólo por el hecho de no existir más afecto?
- ¿Puede un hijo hacer caso omiso de la relación de toda una vida con su padre socioafectivo y destruir el lazo paternal sociológico y jurídico existente, única y exclusivamente con una finalidad sucesoral o patrimonial respecto de un padre biológico con quien nunca tuvo una relación de padre y hijo?

La respuesta a ambos casos *debe ser* negativa.

La acción de desconstitución de una paternidad socioafectiva a largo plazo en estos casos se traduce en la conveniencia de eliminar una paternidad o buscar un segundo padre con el propósito de lograr beneficios económicos. En el segundo caso que es, tanto o más controversial que el primero, el punto es la sólo búsqueda del origen genético con una finalidad ilícita, contraria a toda norma legal y ética.

Existiendo padre registral y socioafectivo, razones éticas --de acuerdo al pensamiento Rolf MADALENO^[55]-- nos guían hacia la eliminación de los efectos jurídicos de la vinculación parental con

[55] MADALENO, Rolf: *Curso de direito de família*, 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 370.

efectos materiales y económicos en relación con el padre genético, por las siguientes razones:

- Porque una relación biológica tardía no debe prevalecer sobre la paternidad basada en la vida familiar, que es el resultado de una intensa relación socioafectiva construida por el afecto a lo largo de los años entre hijo y padre registrales;
- Porque negar esa relación pura y preciosa generada por un vínculo de afecto sólo por monedas, dinero o bienes materiales significa una vulneración a la dignidad de la persona al sobreponer las cosas materiales;
- Porque en la ponderación de los valores debe prevalecer el derecho constitucional de respeto a la dignidad humana y el valor que se muestra digno de preservación son los lazos que nacen del amor.

Sumándonos a José Roberto Moreira^[56] concluye que si fuera voluntad del hijo, sea por acto propio, asistido o representado, el podrá en cualquier tiempo, en base a la imprescriptibilidad de su derecho, investigar a su origen genético sin que esto constituya una disminución, discriminación o desconsideración de la filiación socioafectiva, por ventura formada, y sin que implique cualesquiera otros derechos inherentes a la filiación que generen un mero reconocimiento genético.

7. CONCLUSIÓN

Socioafectividad es una palabra compuesta de dos adjetivos.

Es sinónimo de convivencia familiar en el que se valoran las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos del derecho sin considerar en lo más mínimo el origen. Más allá de los genes, lo que interesa al Derecho es la relación de estado generada entre las personas. Implica la preexistencia de un grupo familiar

[56] MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

(socio) en el que se crean relaciones sentimentales (afectividad). La paternidad socioafectiva es la regla en tanto que la biológica o la no biológica son el complemento que podrán ser determinadas a falta de la primera, no pudiendo nunca ser enfrentadas. Sustentada en una posesión de estado, esta paternidad se basa en el afecto y no puede ser contradicha en mérito de la verdad real que la sostiene, reafirmando el principio de inmodificabilidad del estado de filiación.

La razón de la socioafectividad se sustenta en el hecho que las vivencias no pueden ser desechadas por componentes muchas veces no deseados, como son los orígenes biológicos. Acreditado el estado solo queda viabilizar el derecho a conocer el origen genético, saber quien fue mi progenitor, sin generar consecuencias jurídicas. Vamos, como se viene diciendo, hacia el camino de la juridización de la afectividad y la desbiologización de la paternidad. Adiós de ADN si de afecto se trata.

El objetivo de la investigación de la paternidad es encontrar un padre a quien no lo tiene. No es admisible motivar judicialmente la sustitución de una paternidad socioafectiva por una biológica. Esta podrá ser establecida, mediando una socioafectiva, siempre y cuando corresponda a ella, es decir que exista coincidencia entre una y otra de forma tal que la acción de determinación de paternidad tenga como fin complementar una relación filial. Toda persona tiene derecho a la paternidad. Si tiene el derecho más no la paternidad puede investigarse para que sea reconocida judicialmente. Además de ello, el derecho a saber quien es el padre biológico implica el reconocimiento de los orígenes genealógicos, además de operar como una medida para saber los antecedentes de salud y para que se activen los impedimentos matrimoniales generando de una paz social.

El reconocimiento jurídico de la paternidad socioafectiva es un paso sumamente importante en favor de la teoría de la repersonalización del Derecho de familia, de la afirmación de del derecho a la dignidad de la persona y del principio de afectividad. Es bajo esta conceptualización que se viene rescatando la esencia de las relaciones familiares considerando que la persona es el eje y su centro de atención. Persona que, para integrarse en estas relaciones *sui generis*, requiere de motivaciones espirituales y sentimentales, es

decir de afecto para consolidar los vínculos familiares, ocupando los intereses patrimoniales un lugar secundario. Así como la voluntad es para la teoría contractual su esencia, el amor es a la familia su esencia de ser y continuar. Esto es importante dado que en la mayoría de las acciones de filiación los intereses patrimoniales son los móviles más comunes.

El derecho a la identidad es la consagración normativa del respeto a nuestros signos distintivos dentro de los que se encuentra la filiación. Esta se determina por la voluntad y no necesariamente por el hecho jurídico de la concepción o nacimiento, salvo el establecimiento de la misma en el matrimonio. La filiación no es un acto jurídico, es la relación jurídica que surge por determinación de la ley, la adopción, el reconocimiento o una sentencia, siendo estos tres últimos típicos actos jurídicos del Derecho de familia. El objeto de cada uno de estos actos es generar la relación paterno filial, siendo su fin o causa ser parte de una familia, lo cual no puede tener un fin económico en la medida que el acto sería ineficaz.

Debemos recordar que si un sujeto tiene un vínculo de filiación consagrado en la posesión de estado de hijo, ya tiene un padre. La Justicia debe respetar la *verdad afectiva* que es la construida por la convivencia. Una declaración de paternidad biológica debe limitarse a esto, solo con fines declarativos sin ningún cambio o corrección en el registro civil, sin generar consecuencias jurídicas y aún menos patrimoniales. Permitir el imperio de la biología y la genética por sobre encima del efecto sería hacer caso omiso de toda la construcción despatrimonializante y dignificante del Derecho de familia, promoviendo el enriquecimiento ilícito en muchas acciones tendenciosas. De manera tal que, quien teniendo un padre socioafectivo y busca un progenitor con el cual no ha tenido alguna vinculación accionando su declaración obtendría una sentencia declarativa de paternidad que cuyo objeto sería física y jurídicamente imposible y, además, carecería de causa al tener como fin solo heredar y obtener un beneficio económico de su progenitor.

Esta sentencia judicial implicaría legitimar el reconocimiento a una renuncia a lo adquirido por naturaleza que no es otra cosa que desconocer la esencia social y natural de la familia y del hombre como ser social.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1547, 26 set. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- ARIANO DEHO, Eugenia: “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”, en: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica), Lima, tomo 134, enero, 2005.
- ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa: “Una ley inteligente: La Ley peruana N° 28457 de 2006”, en: *Jus jurisprudencia*, Lima, No.6, noviembre, 2007.
- AZPIRI, Jorge: *Derecho de familia*, 1ed., 1ra. Reimpresión, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2005.
- AZPIRI, Jorge: *Juicios de filiación y patria potestad*, 2ed., Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2006.
- BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet: “Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial. Análisis de la sentencia emitida por la Sala Constitucional y Social en torno a la Ley No. 28457”, en: *Jus jurisprudencia*, Lima, No.6, noviembre, 2007.
- BERENICE DÍAS Maria y CHAVES, Marianna “El predominio del derecho a la identidad. Sobre la constitucionalidad de la Ley 28457 de 8/1/2005”, en: *Jus jurisprudencia*, Lima, No.7, diciembre, 2007.

- BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BETERO, Sergio Manuel: “El descubrimiento del genoma humano. Su impacto en el Derecho”, en: *La Ley. Actualidad*, Buenos Aires, jueves 7 de julio de 2005, Año LXIX, No. 131.
- BITTAR, Carlos Alberto: *Os directos da personalidade*, 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003.
- BOSCH, Alejandro F.: “La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas”, en: *La Ley*, Año LXVII N° 39, Martes 25 de febrero de 2003.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo: *Hijos legítimos*, Buenos Aires, Astrea, 1981.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo: *Manual de Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo: *Régimen legal de la filiación y de la patria potestad*, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- BOSSERT, Gustavo, *Manual de Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- BUENO RINCÓN, Enrique Fabio, *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*, 2ª edición, Santa Fe de Bogotá, Ed. Gustavo Ibañez, 1996.
- CAMBI, Eduardo: “O paradoxo da vedade biológica e sócio-afetiva na acção negatoria de paternidade, surgido com o examen de DNA, na hipótese de adoção à brasileira”, en: *Revista de direito privado*, No. 13, janeiro-março 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- CAROZZI, Ema: “Reformas introducidas por el Código de la niñez y la adolescencia en el derecho filiatorio uruguayo”, en: *Re-*

BIBLIOGRAFÍA

- vista de derecho comparado*, No. 10: Derecho de familia, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004.
- CASTRO Verónica Adriana y DIANA, María José: “La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación”, en: *XIX Jornadas Nacionales de Derecho civil*, Rosario 2003, Libro de ponencias, Tomo II, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni editores.
 - CÉSPEDES SUZUKI, Erika: “Deficiencias de la Ley N° 28457”, en: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano, Año 2, martes 2 de agosto de 2005, No. 57.
 - CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. Dois pais e uma mãe. A prevalência da paternidade sócio-afetiva. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1750, 16 abr. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
 - CORNEJO CHAVEZ, Héctor: *Derecho familiar peruano*, 6ª edición, t.II, Lima, Librería Studium, 1987.
 - CORRAL TANCANI, Hernán: *Derecho y derechos de familia*, Lima, Grijley, 2005.
 - CUNHA PEREIRA, Rodrigo da: *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, Bello Horizonte, Ed. Del Rey, 2005.
 - CHINCHILLA MONGE, Cristian: “Detalles sobre la Ley de Paternidad Responsable”, en: <http://www.uca.ac.cr>, Acceso el 1/4/2005.
 - DA COSTA PIMENTA, José: *Filiação*, Portugal, Coimbra, 1986.
 - DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: “El caso contra el Derecho civil: Críticas, estrategias, perspectivas”, en: *Homenaje a Max Arias Schreiber*, Academia Peruana de Derecho, Lima, Gaceta Jurídica, 2005.
 - DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *Compendio de Resoluciones Defensoriales*, Tomo II, Lima, 2000-2004.

- DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira: “O direito de ser filho e a Constituição de 1988”, en: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 825, 6 out. 2005, en: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso 06/10/2005.
- DI LELLA. Pedro: *Paternidad y pruebas biológicas*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1977.
- DIAS, Maria Berenice. “Investigando a parentalidade”. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 27, p. 64-68, out./dez. 2004.
- DIAS, María Berenice: *Manual de Direito das famílias*, 4ª edición revisada, actualizada y ampliada, São Paulo, Ed. Revista Dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. “A prevalência do direito à identidade: O novo processo de filiação extramatrimonial no Peru e sua perspectiva de aplicação no Brasil”, in *Jus Scriptum*: Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Ano IV, n. 08, JAN/MAR, p. 120-133, Lisboa: NELB, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.
- DINIZ, María Elena, *Curso de Derecho civil brasileiro*, vol. 5, 17ª edición actualizada, Sao Paulo, Saraiva, 2002.
- DUARTE, Rodrigo Collares. Desbiologização da paternidade e a falta de afeto. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 481, 31 out. 2004. Disponível em: jus2, 20 nov. 2009.
- DUTTO, Ricardo: “El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas”, en: *Revista derecho procesal 2002 - 2: Derecho procesal de familia II*, Santa Fe, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2002.
- ENGELS, Federic: *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, Lima, Editorial Perú Andino, 1988.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “La Ley No. 28720 y el mal entendido derecho a la identidad del menor”, en: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica), Lima, tomo 150, Mayo, 2006.

BIBLIOGRAFÍA

- FAMÁ María Victoria y HERRERA, Marisa: “Un *leading case* sobre responsabilidad civil en materia de filiación ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial?”, en: *Jurisprudencia Argentina*, t. 2004-III, ps. 392 y ss.
- FAMÁ María Victoria: “Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial”, en: *Jus jurisprudencia*, Lima, No.6, noviembre, 2007.
- FAMÁ, Victoria y HERRERA, Marisa: “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, en: *Anales de la legislación argentina*, Boletín Informativo, año 2005, No. 29, Tomo LXV-E.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, 2. ed. rev. ampl. e atual, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010.
- FERRANDINO, Álvaro: “Acceso a la justicia”, en: PASARA, Luis (Compilador): *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, Lima, Consorcio de Justicia Viva, 2004.
- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo: “La bioética en Latinoamérica: perspectiva jurídica”, en: *Revista de Derecho y genoma humano*, Bilbao, No. 18, 2003.
- FONSECA, João Maurício Cavalcanti Gomes da: “Da possibilidade da coerção ao exame de DNA na investigação de paternidade”, en: *Jus Navigandi*, No. 112, 24/10/2003. Disponible en: <http://www.jus.com.br>, acceso el 30/5/2005.
- FURUKEN ZEGARRA, Carlos: “El (actual) proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y el derecho a un debido proceso”, en: *Diálogo con la jurisprudencia*, No. 108, setiembre 2007.
- GARCIA CANTERO, Gabriel: “¿Qué familia para el silo XXI” en: *Revista de derecho comparado*, No. 9: Derecho de familia, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004.

- GARCÍA POVEDA, Carmen: “Constitucionalidad de las pruebas biológicas”, en: *Revista de derecho de familia*, Ed. Lex Nova, España, No. 25, octubre de 2004.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes: *O pós-modernismo*, Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris, 2005.
- GONZALES LUNA, María Alejandra: *Importante sentencia de la Corte Suprema sobre el derecho a la identidad de los niños*, Lima, <http://www.justiciaviva.org.pe> (8/09/07).
- GROSMAN, Cecilia y ARIANNA, Carlos: “Los efectos a de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, en: *La Ley*, 1992-B.
- GRUNWALD, Astried Brettas: “Laços de família: critérios identificadores da filiação”, en: *Jus Navigandi*, No. 112, 24/10/ 2003. Disponible en: <http://www.jus.com.br>, acceso el 30/5/2005.
- GUERRA CERRÓN, María Elena: *Hacia una justicia de paz. Un asunto de interés nacional*, Lima, Ed. Grijley, 2005.
- HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, María Dolores: “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica”, en: *Revista de derecho privado*, Madrid, Julio – agosto 2005.
- HERRERA NAVARRO, Santiago: *Proceso de ejecución*, Trujillo, Normas Legales, 2002.
- HERRERA VELARDE, Eduardo: “Presunción de inocencia, duda y certeza”, en: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano, Año 2, martes 9 de agosto de 2005, No. 58.
- HERRERA, Marisa: “La identidad en serio. Un debate inconcluso sobre la compulsión de las pruebas biológicas en los juicios de filiación”, en: *Revista de Derecho de familia*, Lima, No.2, diciembre del 2007.
- HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de derecho procesal. Dirigida iberoamérica*, Madrid, año 2001, No.1-3.

BIBLIOGRAFÍA

- HINOSTROZA MINGUES, Alberto, *La Prueba en el proceso civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Gaceta Jurídica, tercera edición, Lima, 2002.
- HINOSTROZA MINGUÉS, Alberto: *Comentarios al Código procesal civil. Análisis artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, Mayo 2003, Tomo II.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes: “Se eu soubesse que ele era meu pai”, en: *Direito civil: Estudos*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2000.
- JACQUARD, Albert: *La leyenda de la vida*, Lima, La Olla gigante, 1992.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa: “Material genético y reproducción asistida. Reacción jurisprudencial (Parte I)”, en *Revista de Derecho y genoma humano*, N° 6, enero-junio, Bilbao, 1997.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa: “Material genético y reproducción asistida. Reacción jurisprudencial (Parte I)”, en *Revista de Derecho y genoma humano*, N° 6, enero-junio, Bilbao, 1997.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “El derecho de familia en la República Argentina del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”, en: *Revista de derecho comparado*, No. 10: Derecho de familia, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004.
- KRASNOW, Adriana Noemí: “La filiación y sus fuentes”, en: *La Ley*, Buenos Aires, Tomo 2005 A.
- KRASNOW, Adriana Noemí: *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*, Buenos Aires, la Ley, 2005.
- KRASNOW, Adriana Noemí: *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*, Buenos Aires, la Ley, 2005.

- LA ROSA CALLE, Javier: “¿Y cómo va la reforma de la justicia promovida desde Ceriajus?”, en: *Justicia Viva Mail*, Instituto de Defensa legal, PUCE, N° 179, 11 de abril del 2005.
- LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 1982.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1930.
- LASTARRIA RAMOS, Edgard: “Titulares de la acción”, en: *Código civil comentado*, tomo III, Lima, Gaceta Jurídica, julio de 2003.
- LEDEZMA NARVAEZ, Marianella: *Ejecutorias*, Lima, Cultural Cusco, 1995, T.I.
- LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César (h): “Naturaleza y dimensiones del `stare decisis`”, en: *La Ley*, 31 de octubre de 2005, año LXIX, No.211.
- LIÉSI THURLER Ana: “Un fenómeno latinoamericano en el siglo XXI: Intentos de inconstitucionalizar iniciativas legislativas dirigidas a la superación del sexismo”, en: *Jus jurisprudencia*, Lima, No.6, noviembre, 2007.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto: “Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária”, en: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 19, p. 134-156, ago./set. 2003b.
- LÔBO, Paulo: “Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula No. 301/STJ”, en: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.)*, Sao paulo, IOB Thomson, 2005.
- LÔBO, Paulo: “Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental”, en: *Afeto e estruturas familiares/ Maria Berenice Dias; Eliene Ferreira Bastos; Naimé Márcio Martins Moraes (coords)*.Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, pp. 453-472, 2010.

BIBLIOGRAFÍA

- LÔBO, Paulo: *Familias (Direito civil)*, São Paulo, Saraiva, 2008.
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús: *patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*, São Paulo, Ed. Método, 2004.
- LLOVERAS, Nora y ORLANDINI, Olga: “El derecho del niño a la identidad filiatoria y su reafirmación por la Corte Suprema del Perú”, en: *Jus jurisprudencia*, Lima, No.6, noviembre, 2007.
- LLOVERAS, Nora: *La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú*, 1ed., Buenos Aires, Ed. Universidad, 2007.
- LLOVERAS, Nora: *Nuevo régimen de adopción*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998.
- MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- MADALENO, Rolf: *Curso de direito de família*, 3. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- MADALENO, Rolf: *Direito de Família em pauta*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario: *Instituciones de derecho civil*, Tomo III, Derecho de familia , México, Ed. Porrúa, 1988.
- MARQUEZ MATAMOROS, Arturo: *Legislación internacional sobre derechos de los niños. Aplicación y obligatoriedad en el Ecuador*, Quito, Ed. Abya-Yala, 2000.
- MARTEL CHANG, Rolando: “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro”, en: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica), Lima, tomo 138, mayo, 2005.
- MAZEAUD, Henry – León y Jean: *Lecciones de Derecho civil*, parte primera, volumen III, Buenos Aires, EJEA, 1959.
- MAZZINGHI, Jorge: “Negativa a colaborar con la investigación de la paternidad y la indignidad sucesoria”, en *La Ley*, 1996-B.

- MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo: *Derecho de familia*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2001.
- MIRANDA CANALES, Manuel Jesús: “ADN como prueba de filiación en el Código civil”, en: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, Lima, 5 de febrero del 2008.
- MIRANDA, Pontes de: *Tratado de direito privado*, Parte especial, tomo IX, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 2000.
- MIZRAHI, Mauricio Luis: “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, en: *La Ley*, Tomo 2004 E.
- MIZRAHI, Mauricio Luis: *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- MONROY GALVEZ, Juan: “Los límites ético de la actividad probatoria”, en: *La formación del proceso civil peruano*, 2da edición aumentada, Lima, Palestra, 2004.
- MONTROYA CHAVEZ, Víctorhugo: “La tutela constitucional de los menores en abandono”, en: *Actualidad Jurídica*, (publicación mensual de Gaceta Jurídica), Lima, tomo 138, mayo, 2005.
- MORÁN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación extracorpórea*, Coedición Ara editores y Universidad de Piura. Lima, 2004.
- MORAN DE VICENZI, Claudia: *El concepto de filiación en la fecundación extracorpórea*, Lima, Lima, Coedición Ara editores y Universidad de Piura, 2004.
- MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara, “La Ley No. 28457 y los nuevos procesos de filiación”, en: *Legal Express*, Lima, año 5, junio 2005, No.54.
- MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma. *Derecho de Familia Islámico*. Madrid: Colex, 2002.

BIBLIOGRAFÍA

- OLIVEIRA, Guilherme: *Criterio jurídico da paternidade*, Cimbra, Almedina, 2003, p.414.
- ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: “Daños y perjuicios causados al concebido aun no nacido (en la jurisprudencia)”, en: *Aequitas*, No. 1, año 1, Lima, Perú. TERAN LOMAS, Roberto, *Los hijos extramatrimoniales*, Buenos Aires, TEA, 1954.
- ORTIZ DE ROSAS, Abel Fleitas: “Derecho a la identidad”, en: *La Ley*, Buenos Aires, Año LXIX, N° 222, Martes 15 de noviembre de 2005.
- PALMERO, Juan Carlos: “Vélez Sárfield y el derecho Latinoamérica”, en: *Homenaje a Dalmacio Vélez Sárfield*, Tomo I, Academia Nacional de Córdoba, Córdoba, 2000.
- PAULILLO, Sérgio Luiz. A desbiologização das relações familiares. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 78, 19 set. 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- PAZ ESPINOZA, Félix: *Derecho de familia y sus instituciones*, 2ª edición, La Paz, G.G. Gráfica, 2002.
- PEREIRA, Caiio Mário da Silva: *Instituições de directo civil*, 14ª edição, Vol. V, Río de Janeiro, Forense, 2004.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- PEYRANO, Jorge W.: “Sobre la prueba científica”, en: *La Ley*, Buenos Aires, jueves 3 de mayo de 2007, Año LXXI, No.85.
- PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*. Vol. I, 3. ed. Lisboa: aafdl, 2007.
“Investigação da paternidade - «direitos e abusos»”, in *Parentalidade - análise psicojurídica/ Ivone Maria Candido Coelho de Souza (coord.)*, Curitiba: Juruá, p. 77-90, 2009, p. 78.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex: “*Creditur virgini pregnantibus...*, volviendo al *ancien droit*: A propósito de la Ley No. 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, en: *Actualidad jurídica*, Lima, Tomo 134, enero 2005.

- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex: “Es inconstitucional obligar al demandado a someterse a la prueba de ADN”, en: *Legal Express*, Lima, año 5, enero 2005, No.49.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex: “La pretensión de alimentos del hijo extramatrimonial cuya paternidad no está determinada”, en: *Actualidad Jurídica*, Lima, Tomo 139, junio 2005.
- POCAR, Valerio y RONFANI, Paola: *La famiglia e il diritto*, Roma, Editori Laterza, 2003.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D: *Derecho romano*, Buenos Aires, Ed.Astrea, 2001.
- RÄDDA BARNEN: *Filiación*, Programa DEMUNA, Manual para promover reconocimientos voluntarios, Lima, Gráfica S.A., octubre 1997.
- RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz May Ling: “¿Qué puedo hacer si el padre de mi hija o hijo no quiere reconocerlo? Análisis de la constitucionalidad de la Ley No. 28457 desde la perspectiva de género”, en: www.derechovirtual.com , Año II, No. 4, junio 2007.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos: *Historia del Derecho civil peruano*, Tomo II, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2001.
- RASKIN, Salmo. “DNA e investigação de paternidade”. Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=538>. Aceso en: 25 de Julio de 2009.
- REIS, Rafael Luís Vale e. *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- REZEK, Francisco. “O direito à identidade”, in *A família além dos mitos/ coord. Maria Berenice Dias e Eliene Ferreira Bastos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- RIVERA, Julio César: *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1993.
- RIZZARDO, Arnaldo: *Direito de família*, 2da edição, Río de Janeiro, Editora Forense, 2004.

BIBLIOGRAFÍA

- RODRÍGUEZ AVALOS, Yovar Osven: “Modernos lineamientos de la filiación biológica y la ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial”, en: *Actualidad Jurídica*, Lima No. 169, diciembre del 2007.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito: *Manual de Derecho procesal civil*, 6ª edición, Lima, Ed. Grijley, 2004.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ALVAREZ, Juan: *Genoma humano y Constitución*, Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 2002.
- SAMBRIZZI, Eduardo A.: *La filiación en la procreación asistida*, Buenos Aires, UCA El Derecho, 2004.
- SAMBRIZZI, Eduardo A.: *La filiación en la procreación asistida*, Buenos Aires, UCA El Derecho, 2004.
- SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina: *La filiación en el nuevo de derecho de familia*, Chile, Ed. Cono Sur, 2001.
- SEREJO, Lourival: “O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade”, en: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.)*, Sao Paulo, IOB Thomson, 2005.
- SESTA, Michele: “Derecho de familia italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?”, en: *Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, julio de 2003.
- SILIPRANDI GIORDANI, Cristina: “Decisão inédita reconhece paternidade biológica tardia sem anular paternidade socioafetiva”, en: <http://forum.jus.uol.com.br> [20/11/2009].
- SILVA, Luana Babuska Chrapak da. A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- SILVIO RODRÍGUEZ, *Direito civil*, Direito de familia, 27ª edición actualizada por Francisco José Cahali, volumen 6, Sao Paulo, Saravia, 2002.

- SUÁREZ VARGAS, Luis: “El ‘especialísimo’ proceso de filiación”, en: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano, Año 2, martes 15 de febrero de 2005, No. 33.
- THURLER, Ana Liési: “Reconhecimento paterno, direito de cidadania”, en: www.arpenbrasil.org.br
- VALLE, Gabriel: *Ética e Directo*, Porto Alegre, Síntese, 1999.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: “La bioética en las constituciones del mundo”, en: *Acta Bioética*, Chile, año VIII, No. 2, 2002.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)”. In *Revista Persona*. N^{os} 49, 50 e 51, JAN/ FEV/ MAR 2006. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar>. Acceso en: 20 de Julio de 2009.
El proceso de filiación extramatrimonial. Lima: Ed. Gaceta Jurídica S.A., 2006.
Filiación, Derecho y GeNética. Lima: Co edición Universidad de Lima y Fondo de cultura económica, 1999.
“La inversión de la carga de la prueba: la experiencia latinoamericana peruana”. Disponible en: <http://www.scielo.br>. Acceso en: 20 de Julio de 2009.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: “El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre”, en: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano, Año 2, Lima, martes 25 de enero de 2005, No.30.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: “El principio de libertad personal y el principio de legalidad”, en: *Suplemento Actualidad. La Ley*, Buenos Aires, 28 junio de 2005, Año LXIX, No. 124.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: “En el nombre del padre. El ADN: Un Tsunami genético que arrasó con el formulismo procesal”, en: *El Comercio*, Lima, sábado 26 de febrero de 2005.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: “En el nombre del padre. El ADN: Un Tsunami genético que arrasó con el formulismo pro-

BIBLIOGRAFÍA

- cesal”, en: *La Ley*, Buenos Aires - Argentina, miércoles 16 de marzo de 2005, Año LXIX, No.53.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: “La Bioética en las Constituciones del mundo (Máxima protección al ser humano deberá ofrecer la nueva Constitución Política del Perú)”, en: Suplemento de *La Ley: Actualidad*, Buenos Aires, martes 30 de octubre de 2001, Año LXV, No.207.
 - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: “Los vientos nuevos del sur en materia de filiación.”, en: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano, Año 2, Lima, martes 06 de setiembre de 2005, No. 62.
 - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho de las Familias. La nueva teoría institucional, jurídica y principista de la familia*, Lima, Proyecto de Investigación inédito auspiciado por el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, Lima, 2009.
 - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho genético*, Lima, Grijley, 2001.
 - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho genético*, Lima, Grijley, 2001.
 - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho médico peruano*, Lima, Grijley, 2006.
 - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *El proceso de filiación extramatrimonial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2006.
 - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *El proceso de filiación extramatrimonial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2006.
 - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Filiación, Derecho y GeNética*, Lima, Co edición Universidad de Lima y Fondo de Cultura económica, 1999.
 - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Filiación, Derecho y geNética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*, Lima, coedición de la Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial y Fondo de cultura económica, 1999.

- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Filiación, Derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*, Lima, Universidad de Lima, 1999. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho genético*, 4ª edición, Lima, Grijley, 2001.
- VELARDE BOLAÑOS, Rosa: “La verdad os hará libres. A propósito de *inaplicabilidad* de la Ley No. 28457”, en: *Jus jurisprudencia*, Lima, No.6, noviembre, 2007.
- VELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti: *Lecciones de derecho de familia*, 11ª edición ampliada y puesta al día, Caracas, Ed. Vadell Hermanos, 2002.
- VERDERA SERVER, Rafael: *Determinación y acreditación de la filiación*, Barcelona, Bosch, 1993.
- VERDERA SERVER, Rafael: *Determinación y acreditación de la filiación*, Barcelona, Bosh, 1993.
- VILLELA, João Baptista. “Desbiologização da paternidade”, em Sep. da *Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, Maio, p. 400 – 419, 1979.
- WEBER, Albretch: “Protección constitucional de la infancia”, en: *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Coordinar Miguel Carbonell, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- ZANNONI, Eduardo, *Derecho de familia*, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1989.

JURISPRUDENCIA

Exp. 316-88, Lima.

Exp. 271-92-LIMA, en: *Revista jurídica del Perú*, Trujillo, Ed. Normas Legales S.A., 1995, año XLV, No.2.

Exp. N° 1339-94, 4ta. Sala, Ejecutoria de 12 dic. 1994. *Vid. LEDEZMA NARVAEZ, Marianella: Ejecutorias*, Lima, Cultural Cusco, 1995, T.I

BIBLIOGRAFÍA

Exp. No.34-96/Lima, Corte Suprema de Justicia. *Vid.* “La prueba de ADN”, En: *Cuadernos jurisprudenciales*, Suplemento mensual de Diálogo con la jurisprudencia, No.37, año 4, julio 2004, pp.43 y 44.

Exp. 3114-96, Lima.

Exp. 542-97, Lima.

Exp. N.º 015-2001-AI/TC.

Exp. N.º 016-2001-AI/TC.

Exp. N.º 004-2002-AI/TC.

Exp. 183518-2004-00067, 18º Juzgado de Familia, Corte Superior de Lima.

Casación No. 720-97-Lima, 03/12/1998.

Casación No. 2542-99/Lima, *Diario Oficial El Peruano*, 18-12-1999, p.4357.

Casación No. 3115-99/Lima, *Diario Oficial El Peruano*, 19-02-2000, p.4646.

STC. EXP. No.010-2002-AI/TC.

STC. Exp. No.2868-2004-AA/TC, Fundamento jurídico 21.

STC. EXP. No.2915-2004-HC/TC, Lima.

COMUNICACIONES, PROYECTOS DE LEY, INFORMES Y DOCUMENTOS

Comunicaciones por correo electrónico:

ESTIGARRABIA BIEBER, Maria Laura, comunicación por correo electrónico del 16 de junio del 2005. Reproducción autorizada por la autora.

MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara, Comunicación por correo electrónico del 16 de junio del 2005.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., Comunicación por correo electrónico del 09 de julio del 2005.

Proyectos:

Proyecto 10772/2003-CR, 9/6/2004, *Paternidad extramatrimonial/ Proceso de filiación*, Sumilla: Propone regular el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial, Proponente: Alcides Chamorro.

Proyecto 10919/2003-CR, junio 2004, *Código de los niños y adolescentes: 182 / Proceso de filiación de paternidad*, Sumilla: Propone modificar el artículo 182° del Código del Niño y Adolescente, referente a la vía procesal especial para filiación, Proponente: Yonhy Lescano Ancheta tomando como base lo aprobado por la Ceriajus.

Proyecto 11536/2004-CR, 23/09/2004, *Filiación extramatrimonial*: Sumilla: Propone la “Ley que establece el proceso de filiación extramatrimonial”, Proponente Fausto Alvarado Doderó.

Proyecto 10312, 7/4/2004, *Filiación extramatrimonial/ Sumariza el proceso*, Sumilla: Propone sumarizar el proceso de filiación extramatrimonial.

Proyecto 7471, 3/7/2003, *Código procesal civil: 546,547/ Proceso sumarísimo filiación extramatrimonial*, Sumilla: Propone modificar los artículos 546° y 547° del Código Procesal Civil, referente a que es procedente tramitar como proceso sumarísimo la filiación extramatrimonial.

Proyecto 5781, 3/3/2003, *Código procesal civil: 546,547/ Trámite sumarísimo/ Filiación extramatrimonial*, Sumilla: Propone modificar los artículos 546° y 547° del Código Procesal Civil, e incorpora al trámite sumarísimo a la filiación extramatrimonial.

Informes:

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE PERÚ, Comisión Especial de Estudio del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia: *Informe Preliminar*, Octubre 2004 – Abril 2005, Presidente Fausto Alvarado Doderó.

BIBLIOGRAFÍA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Boletín N° 3.043-07, INFORME DE LA COMISIÓN MIXTA encargada de proponer la forma y modo de resolver las divergencias suscitadas entre ambas Cámaras, durante la tramitación del proyecto de ley que modifica el Código Civil en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad, y a la valoración de los medios de prueba sobre el particular.

OFICIO N° ST-741-10-2000, Informe elaborado por la Licenciada María Eugenia Román Mora, Asesora Parlamentaria, en colaboración con las Licenciadas Guiselle Bolaños, Georgina García, Ingrid Rojas y Rebeca Videche y Revisado por la Licenciada Ana Lucía Jiménez Méndez, Directora Departamento de Servicios Técnicos, San José de Costa Rica 31 de Octubre de 2,000.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los/as hijos/as extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos, Lima, Serie Informes Defensoriales, Informe No.74, setiembre de 2003.

Documentos:

Documento político de la CERIAJUS, Comisión especial de reforma integral de la administración de justicia, verano 2004.

VOCES EN DICCIONARIOS O ENCICLOPEDIAS

CABANELLAS, Guillermo: *Diccionario de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L, 1974, tomo I.

Diccionario de lengua española, 22ª edición.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Argentina, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., tomo I.

LEY N° 28457

LEY N° 28457

El Peruano, 8 de enero de 2005

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Artículo 1°.- Demanda y Juez competente

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Artículo 2°.- Oposición

La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179° y siguientes del Código Procesal Civil.

El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo.

Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Artículo 3°.- Oposición fundada

Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso.

Artículo 4°.- Oposición infundada

Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso.

Artículo 5°.- Apelación

La declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El juez de Familia resolverá en un plazo no mayor de diez días.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- Modifica el artículo 402° inciso 6) del Código Civil

Modificase el artículo 402° inciso 6) del Código Civil, en los términos siguientes:

“Artículo 402°.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...)

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.”

SEGUNDA.- Modifica los artículos 53° y 57° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Modificanse los artículos 53° y 57° del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del poder Judicial, en los términos siguientes:

Artículo 53°.- Competencia de los Juzgados de Familia

Los Juzgados de Familia conocen:

En materia civil:

- a) Las pretensiones relativas a las disposiciones generales del Derecho de Familia y a la sociedad conyugal, contenidas en las Secciones Primera y Segunda del Libro III del Código Civil y en el Capítulo X del Título I del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.
- b) Las pretensiones concernientes a la sociedad paterno-filial, con excepción de la adopción de niños adolescentes, contenidas en la Sección Tercera del Libro III del Código Civil, y en los Capítulos I, II, III, VIII y IX del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes y de la filiación extramatrimonial prevista en el artículo 402° inciso 6) del Código Civil.

(...)

Artículo 57°.- Competencia de los Juzgados de Paz Letrados

Los Juzgados de Paz Letrados conocen:

En materia civil:

1. De las acciones derivadas de actos o contratos civiles o comerciales, inclusive las acciones interdictales, posesorias o de propiedad de bienes muebles o inmuebles, siempre que estén dentro de la cuantía señalada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
2. De las acciones de desahucio y de aviso de despedida conforme a la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
3. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria que establezca la ley, diligencias preparatorias y legalización de libros contables y otros;
4. De las acciones relativas al Derecho Alimentario, con la cuantía y los requisitos señalados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
5. De las tercerías excluyentes de propiedad, derivadas de los procesos de su conocimiento. Si en éstas no se dispone el levantamiento del embargo, el Juez de Paz Letrado remite lo actuado al Juez Especializado que corresponda, para la continuación del trámite. En los otros casos levanta el embargo, dando por terminada la tercería;
6. De los asuntos relativos a indemnizaciones derivadas de accidentes de tránsito, siempre que estén dentro de la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
7. De los procesos ejecutivos hasta la cuantía que señale el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
8. De las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402° inciso 6) del Código Civil;
9. De los demás que se señala la ley.

TERCERA.- Disposición modificatoria y derogatoria

Modificase o derógase toda disposición que se oponga a lo dispuesto en la presente Ley.

CUARTA.- Proceso en trámite

Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los cuatro días del mes de diciembre de dos mil cuatro.

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E.

Presidente del Congreso de la República

NATALE AMPRIMO PLÁ

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

No habiendo sido promulgada dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, en cumplimiento de los artículos 108° de la Constitución Política y 80° del Reglamento del Congreso, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los siete días del mes de enero de dos mil cinco.

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E.

Presidente del Congreso de la República

NATALE AMPRIMO PLÁ

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

*Este libro se terminó de
imprimir en la ciudad de Lima,
en el mes de marzo de 2010.*

