

EL MODERNO TRATAMIENTO LEGAL DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL EN RAZÓN DE LA LEY 28457 Y LA ACCIÓN INTIMIDATORIA DE PATERNIDAD

Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Generalidades*. III. *Del proceso de filiación*. IV. *Características*. V. *Del trámite*. VI. *Antecedentes normativos*. VII. *Justificación del proceso*. VIII. *Importancia de la norma*. IX. *De sus opositores y los supuestos derechos violados*. X. *La identidad y la investigación de la paternidad. Dos derechos constitucionales*. XI. *La aplicación del test de razonabilidad en la investigación de la paternidad extramatrimonial*. XII. *Marco de aplicación y supuestos controvertidos*. XIII. *Referencias en el derecho comparado*. XIV. *Visos de conclusión*.

I. 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 fue siempre 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, 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, siempre fue mera especulación. El compromiso natural de la mujer, la desaprensión

¹ Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Lima, Perú Andino, 1988, pp. 17, 57, 70, 104, como referencias.

personal del hombre fueron, y son, factores que fijan la relación parental (El padre y el hijo son dos. La madre y el hijo uno, Lao-Tse).

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 sólo deposita el espermatozoide, no tiene ningún otro papel específico provocando un acontecimiento en el que, valgan verdades no participa. Son los inicios de la *teoría ovista*. Hasta el siglo XVI, la generación de la vida estuvo llena de interrogantes, la incertidumbre y perplejidad era lo que reinaba repercutiendo en la definición del parentesco, por obvias razones. A principios de 1500, Leonardo Da Vinci trató en sus bocetos temas de anatomía femenina, masculina y realizó una de las primeras representaciones gráficas del feto humano influyendo en el pensamiento científico renacentista. Luego, los *espermetistas* con su *homúnculo* —“pequeño hombrecito” dentro de cada espermatozoide— 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; también los griegos cuando 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, de fines y etapas de la vida no pasaron. Como vanguardia se presenta la teoría de la *pangénesis* planteando que cada genitor colabora en la descendencia, lo que fue fortalecido por la teoría de la mezcla (*Blending theories*) en el siglo XIX considerando que la progenie es una mezcla (“blend”) de las características de los padres. Mendel 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, lo biológico, debe amalgamarse con lo jurídico. Así, se producen cambios, no sé si para mejor, el hecho es que se producen. 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 trans-

² Jacquard, Albert, *La leyenda de la vida*, Lima, La Olla Gigante, 1992, pp. 105-131.

³ Comunicación por correo electrónico del 9 de julio de 2005. Reproducción autorizada por el autor. Rabinovich-Berkman, Ricardo D., *Derecho romano*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

mutar 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 irrelevante a este efecto). Otro tanto podría decirse del paradigma medieval, que se retroalimenta en el 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 la procreación como elementos claves (lo que la Iglesia llama amor unitivo). La procreación legalmente está garantizada, no así la fornicación.

II. GENERALIDADES

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, quienes nos dieron “la vida”. Bosch ilustra esta posición y sostiene: “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”, *La Ley*, Buenos Aires, año LXVII, núm. 39, 25 de febrero de 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 exposiciones del delicado asunto, el más celoso de todos ellos, el embajador español, el Conde de Aranda, hasta llega a hacer examinar las

La filiación es un tema recurrente. No falta oportunidad para tratarlo y, sobre todo, para un análisis moderno. Es un problema cotidiano, de siempre, de muchos y tantos más que va en aumento, creciendo de una manera incontenible, más aún en estos últimos tiempos en que la filiación es vista como una institución dirigida a la protección del hijo⁶ 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 sólo fue vedada —desde el punto de vista social— sino que *de iure condendo* la legislación clásica, influida 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 Por todos conocida, la vergonzosa calificación de los hijos legítimos e ilegítimos, es más de los naturales y los 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 influyó 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 una fuerte y marcada tendencia a un tratamiento unívoco de la filiación que no distingue entre la matrimonial y la extramatrimonial¹⁰ 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

sábanas del lecho real por criados sobornados, para seguir del modo más minucioso, la pista posible de todo suceso fisiológico...” (Zweig, S., “María Antonieta”), p. 16, *idem*.

⁶ Krasnow, Adriana Noemí, “La filiación y sus fuentes”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 2005 A, Sec. Doctrina, p. 1459.

⁷ Miranda, Pontes de, *Tratado de derecho privado*, Parte especial, Campinas, Bookseller, 2000, t. IX, pp. 119 y 120.

⁸ Ramos Núñez, Carlos, *Historia del derecho civil peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, t. II, p. 288.

⁹ Es el caso del criterio conservador del profesor chileno Corral Tanciani, Hernán, *Derecho y derechos de familia*, Lima, Grijley, 2005, p. 206.

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

establecida tienen los mismos derechos y obligaciones, sin importar las circunstancias de su nacimiento (artículo 522) y 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.

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 en gran medida remecer los cimientos de la familia tradicional, echar por la borda varios siglos de tradición jurídica, de doctrinas que en algún momento fueron vanguardistas y que hoy son historia, casi consideradas leyendas, grandes obras de la mitología jurídica.

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 muestra de lo poco efectivo y anacrónico de muchas instituciones privadas.¹¹ Años de trabajo en la formulación de 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 28457 que aprueba un proceso especial para investigar la paternidad extramatrimonial. La nueva normatividad 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.¹²

¹¹ 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. De Trazegnies Granda, Fernando, "El caso contra el derecho civil: críticas, estrategias, perspectivas", *Homenaje a Max Arias Schreiber*, Lima, Academia Peruana de Derecho, Gaceta Jurídica, 2005, p. 111.

¹² Betero, Sergio Manuel, "El descubrimiento del genoma humano. Su impacto en el derecho", *La Ley*, Buenos Aires, 7 de julio de 2005, año LXIX, núm. 131, p. 3.

La filiación ameritaba ser analizada y regulada con un criterio real, con una tendencia vanguardista propia del pensamiento posmoderno.¹³ 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 que 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”.¹⁴

III. DEL PROCESO DE FILIACIÓN

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,¹⁵ 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”,¹⁶ en virtud de que los lazos biológicos familiares que lo sustentan son irrefutables. Amerita un estudio serio y

¹³ Mayor detalle y explicación de la estructura del posmodernismo jurídico y el impacto de la modernidad en las relaciones humanas y sociales, Godoy, Arnaldo Sampaio de Moraes, *O pós-modernismo*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2005.

¹⁴ Véase prólogo de Díaz de Guijarro, Enrique, a la obra de Terán Lomas, Roberto A. M., *Los hijos extramatrimoniales*, Buenos Aires, Tipografía Editora, 1954, pp. XI y XII, *cit.* Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, 1988, t. III, p. 459.

¹⁵ Verderra Server, Rafael, *Determinación y acreditación de la filiación*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 16.

¹⁶ Méndez Costa, María Josefa y D’Antonio, Daniel Hugo, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, t. III, p. 124.

pormenorizado, en el que no pueden faltar los estudios biológicos de rigor. Como señalamos anteriormente, el sector tradicional sostiene que “es dable aclarar que éste 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”.¹⁷ 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 los resultados periciales cuya fuerza, contundencia y exactitud generan una convicción plena en el juzgador. La jurisprudencia comparada reconoce, citamos una colombiana: “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”.¹⁸ Siguiendo este razonamiento, el proceso propuesto es ágil, moderno, *sui generis* 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.

Este proceso es 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 que sea resuelto judicialmente. 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. Es un proceso especial *ex code*, no tratado en el Código Procesal Civil.¹⁹

¹⁷ Di Lella, Pedro, *Paternidad y pruebas biológicas*, Buenos Aires, Depalma, 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”, *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, t. II, pp. 82 y 83.

¹⁸ Bueno Rincón, Fabio Enrique, *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*, 2a. ed., Colombia, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 204.

¹⁹ 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 28457

Ninguno de los procesos del Código cumplían con satisfacer adecuadamente la pretensión de paternidad y la fuerza probatoria del ADN. Este vacío legal fue subsanado mediante la promulgación de la ley analizada. Es decir, el legislador optó, preferentemente, por dictar una ley en vez de modificar el Código Procesal Civil, produciéndose el denominado fenómeno de la *descodificación*. Esta situación no es mala política legislativa, por el contrario, se trata de leyes concebidas al margen del Código Procesal y del 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.

IV. CARACTERÍSTICAS

El proceso, como queda expresado, es especial, *sui generis*. Su singularidad está representada en un conjunto de características que lo connotan, otorgándole un nivel diferenciador de los demás procesos. Entre las características del nuevo proceso de paternidad extramatrimonial tenemos las siguientes.

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 no existiendo mayor complejidad en la probanza en el nuevo proceso, sino únicamente fallar con base en el 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

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 28457 que modifica el artículo 402 del Código Civil, *es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Procesal Civil* (las cursivas son nuestras).

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 trata de prevenir conflictos personales y sociales, todos en general, desde sus orígenes.²⁰ Finalmente, se logra descargar la labor de los jueces especializados en familia.

Como siempre, con su agudo y sustancioso análisis, la procesalista Ariano Deho alude:

Es muy probable que se le haya atribuido la competencia al juez de paz letrado por el noble argumento “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 5) 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.²¹

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.

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 “sólo” al hijo. Es éste quien tiene la legitimidad para obrar²² 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 en paternidad a favor de un tercero.

²⁰ Guerra Cerrón, María Elena, *Hacia una justicia de paz. Un asunto de interés nacional*, Lima, Grijley, 2005, pp. 1-12.

²¹ Ariano Deho, Eugenia, “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”, *Actualidad Jurídica*, Lima, enero de 2005, t. 134, p. 65.

²² *Cfr.* Lastarria Ramos, Edgard: “Titulares de la acción”, *Código Civil comentado*, Lima, Gaceta Jurídica, julio de 2003, t. III, p. 48.

Éste 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.

3. De los lineamientos del proceso

El proceso aprobado está estructurado con base en 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 ADN²³ 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 generis*. Algunos refieren que se trata de un proceso *especialísimo*,²⁴ otros de un proceso *monitorio*²⁵ en el entendido que

²³ El carácter científico, el grado de efectividad y la certeza de la prueba de ADN son reconocidos en la jurisprudencia local desde hace un buen tiempo: Exp. 316-88, Lima, Exp. 3114-96, Lima, Exp. 542-97, Lima, sólo por citar tres casos pero, ojo, no necesariamente los más remotos.

²⁴ Suárez Vargas, Luis, “El ‘especialísimo’ proceso de filiación”, en “Jurídica”, Suplemento de análisis legal de *El Peruano*, año 2, núm. 33, martes 15 de febrero de 2005, p. 3.

²⁵ Martel Chang explica: “Para tramitar la pretensión de filiación por paternidad extramatrimonial se ha dejado el proceso ordinario (de conocimiento) y se ha adoptado el proceso monitorio puro, donde el dicho de la parte demandante es suficiente para obtener decisión favorable, salvo que el resultado de la prueba del ADN le resulte adverso”. Martel Chang, Rolando, “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro”, *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica), Lima, t. 138, mayo, 2005, p. 70. En igual norte Ariano Deho manifiesta que “el legislador en aras de la ‘agilidad’ procesal ha optado por consagrar un *sui generis* 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

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 ejecutivo²⁶ de averiguación del estado (decimos *ejecutivo* en un sentido netamente académico dado que no podemos equivalerlo).²⁷

- *Proceso basado en la efectividad del ADN.* Este proceso se fundamenta, es decir, tiene su *ratio essendi*, en la fuerza y contundencia de los resultados genéticos que 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 genética 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. Núm. 36.643,

procedimiento monitorio en relación a situaciones jurídicas indisponibles como son los *status*”. Ariano Deho, Eugenia, *op. cit.*, nota 21, p. 66.

Para mayor detalle del proceso monitorio tenemos que el profesor 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”, *Revista de derecho procesal. Dirigida Iberoamérica*, Madrid, 2001, núms. 1-3, 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.

²⁶ 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., Lima, Grijley, 2004, p. 402.

²⁷ “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).

Anchieta, Relator Desembargador Napoleão Amarante, Pub. DJSC de 27.09.1991, p. 12).²⁸

- *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”,²⁹ 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,³⁰ tomando en consideración lo delicado de su probanza, la exigencia en su determinación. (De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia, 22a. ed.), el término “inquisición” significa indagar, averiguar o examinar cuidadosamente algo. Asimismo, de una acción intimatoria de paternidad, denominación que preferimos asumir. (Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia, el término “intimar” significa: Requerir, exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad o fuerza para obligar a hacerlo.

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

²⁸ Bahena, Marcos, *Investigando a Paternidade*, São Paulo, Editora de Direito, 1998, p. 99. Cit. por Cavalcanti Gomes da Fonseca, João Mauricio, “Da possibilidade da coerção ao exame de DNA na investigação de paternidade”, *Jus Navigandi*, núm. 112, 24/10/2003. Disponible en <http://www.jus.com.br>. Acceso el 30/5/2005.

²⁹ Ferrandino, Álvaro, “Acceso a la justicia”, en Pasara, Luis (comp.), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, Lima, Consorcio de Justicia Viva, 2004, p. 379.

³⁰ Velede de Luigi, Isabel Grisanti, *Lecciones de derecho de familia*, 11a. ed., Caracas, Vadell Hermanos, 2002, p. 389.

abierto. No sólo 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 nexa parental, sin restricciones. Descartadas las posiciones basadas en los desaires, ofensas y escándalos que con este accionar puedan producirse.³¹ Todo al más puro estilo minimalista, *menos es más*. ¡Qué duda cabe! Es una reacción frente al subjetivismo y emocionalismo que cede paso a la inmediatez. Marca la importancia por el fondo, no por la forma. 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: alcanzar la realidad. Adiós 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, 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 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*, Boccaccio, Giovanni, Proemio). El fin del proceso se consigue, como manifestamos antes, con una cultura de paz que rechace la violencia, esta violencia familiar que pasa desapercibida.

³¹ Compartimos con Vélez Sarfield 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 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. Palmero, Juan Carlos, “Vélez Sarfield y el derecho en Latinoamérica”, *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarfield*, Córdoba, Academia Nacional de Córdoba, 2000, t. I, pp. 245 y 246.

Algunos siguen pensando a su estilo clásico, por decir, y tienen derecho a hacerlo y a todos beneficia, si no, no tendríamos con quien 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 restringido³² por lo que no procederían otros casos de aquellos no 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”.³³

Consideramos que no es así, por nuestros argumentos anteriores que de más está repetirlos por más deseos que tengamos. Sólo recordaremos dos cosas. 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 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.³⁴

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 inclui-

³² Plácido Vilcachagua, Alex, “*Creditur virgini pregnant...*”, volviendo al *ancien droit*: A propósito de la Ley núm. 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, *Actualidad jurídica*, Lima, enero de 2005, t. 134, p. 42.

³³ Plácido Vilcachagua, Alex, “La pretensión de alimentos del hijo extramatrimonial cuya paternidad no está determinada”, *Actualidad Jurídica*, Lima, junio de 2005, t. 139, p. 44.

³⁴ Exp. núm. 271-92-Lima, *Revista jurídica del Perú*, Trujillo, Normas Legales, 1995, año XLV, núm. 2, pp. 157 y 158. Véase mi *Filiación, Derecho y GeNética*, Lima, Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 225 en adelante.

das, 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 sólo es de ella, sino de aquel que colaboró en el engendramiento, merecen todo el respeto y acción de la ley. El denominado, mal que bien, culto a la mujer que implica rendirle un homenaje por su esencia, atributos, abnegada labor, en fin por su ser, podemos verlo representado en esta ley. No está en discusión, qué duda cabe, la legalidad de las relaciones sexuales, éstas 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 sólo alcanza a través de la unión con la divinidad sagrada” (Brown, Dan, *El Código Da Vinci*, Barcelona, Umbriel, 2003).

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. *Eva Luna*, Isabel Allende), situación de los expósitos, abandonados, hospicianos, recogidos y albergados en inclusas. Sin familia, no hay pobreza mayor.

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 sólo 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,³⁵ resulta discriminatoria en cuanto no permite el mismo tratamiento para quien pretenda reclamar la declaración de maternidad. En 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 tener acceso 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 trágico 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.
- Con base en el interés superior del niño puede demandarse a través del nuevo proceso.³⁶

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 mortem*). La ley —curiosamente—

³⁵ Estigarribia Bieber, María Laura, comunicación por correo electrónico del 16 de junio de 2005. Reproducción autorizada por la autora.

³⁶ *Diálogos a la jurisprudencia*, núm. 84, septiembre de 2005, año 11, p. 14 (consulta a cartas).

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.

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 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, 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 éstos que abundan en los procesos en trámite. El criterio adoptado por uno que 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 núm. 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 8o. 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 núm. 28457, en su artículo 1o. 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 del 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 28457.³⁷

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.

³⁷ Exp. 183518-2004-00067, 18 Juzgado de Familia, Corte Superior de Lima, 26 de enero de 2005.

- 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 del 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 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 ésta manera, el trámite establecido en la norma citada conforme se advierte del tercer y cuarto considerando de la apelada... *Sétimo:* 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 ciento setentauno³⁸ del Código Procesal Civil; máxime, si se tiene presente 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.³⁹

³⁸ Código Procesal Civil. “Artículo 171. 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.

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”.

³⁹ Exp. 821-2005, Corte Superior de Lima, Sala Especializada de Familia, 12 de septiembre de 2005.

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. Es cuestión de coordinación entre los magistrados para conseguir la plena aplicación de estos principios y de las normas materia de declaración paterna. Téngase en cuenta que se trata, en cuanto a la disposición complementaria dedicada a la 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 Deho⁴⁰ observa un matiz de inconstitucionalidad en las normas de adecuación con base en el 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 CPC.

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, sobre todo, *rápido*.

V. DEL TRÁMITE

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 360 grados que lo hace incomparable con la gestión procesal anterior y con otra existente en razón de su singularidad. Se reducen etapas, actos, plazos. Cuenta con un trámite que podemos esquematizar de la siguiente forma.

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 conte-

⁴⁰ Ariano Deho, Eugenia, *op. cit.*, nota 21, p. 68.

nido de fundamentos de hecho. En esencia, es una solicitud que expone una relación con el presunto padre requiriéndolo al sometimiento a la prueba técnica.

2. De la defensa, oposición y el mandato de paternidad

A. De la defensa

La única defensa del emplazado frente a la demanda es oponerse al mandato de paternidad sometándose a la prueba de ADN, en el plazo de diez (10) 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.

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 (5) causales (nulidad del título, inexigibilidad, cancelación, extinción o prescripción).⁴¹ En opinión de Hinostroza⁴² “nada

⁴¹ 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.

Para la contradicción sólo 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”.

⁴² Hinostroza Mingués, Alberto, *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, t. II, p. 1398.

obsta para que el ejecutado pueda plantear excepciones o defensas previas (sobre todo las primeras)”. Si bien la normatividad no contempla la posibilidad de plantear tales instrumentos, tampoco lo prohíbe expresamente siendo valor entendido, entonces, su admisibilidad. Los derechos de la persona sólo pueden ser restringidos expresamente, concluye el autor. Continúa la limitación de causales no se hace extensiva a las excepciones o cuestiones previas dado que éstas son defensas de forma, mientras que las causales de contradicción son defensas de fondo.⁴³ 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 setecientos del código acotado (C.P.C.), permite al ejecutado proponer excepciones o defensas previas, en el trámite de la ejecución de garantía no existe dicha posibilidad...”.⁴⁴
- De acuerdo con el artículo setecientos veintidós del Código Procesal Civil y a diferencia del artículo setecientos del mismo cuerpo de leyes, referido al proceso ejecutivo, no se prevé la formulación de excepciones y defensas previas, debido 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.⁴⁵
- 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.⁴⁶

Un criterio opuesto que afianza nuestra posición:

⁴³ *Ibidem*, p. 1399.

⁴⁴ Casación núm. 2542-99/Lima, *Diario Oficial El Peruano*, 18 de diciembre de 1999, p. 4357.

⁴⁵ Casación núm. 3115-99/Lima, *Diario Oficial El Peruano*, 19 de febrero de 2000, p. 4646.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 4646.

- 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.⁴⁷

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.⁴⁸

B. 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 éstos 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.

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. Una madre soltera que trabaja, cría, educa, mantiene el hogar y que dinero no le sobra —al contrario lo corriente es que sus ingresos estén a la par que sus gastos— no parece nada justo cargarla con tremendo gasto. Un proceso judicial implica un costo y a éste se suma la realización de la experticia, nada barata. En casos espe-

⁴⁷ Exp. núm. 1339-94, 4a. Sala, Ejecutoria de 12 de diciembre de 1994. Ledezma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Lima, Cultural Cusco, 1995, t. I, pp. 156 y 157.

⁴⁸ 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”. Legarre, Santiago y Rivera, Julio César (h), “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*,” *La Ley*, Buenos Aires, 31 de octubre de 2005, año LXIX, núm. 211, p. 1.

ciales deberá pedir auxilio judicial⁴⁹ 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 que el Estado asuma el valor en casos de indigencia? No es la idea, al menos, no la de esta ley. Entonces, la solución planteada a través de este proceso especialísimo puede verse truncada por la imposibilidad económica de la parte demandante a lo que nos preguntamos, y ¿por qué no la paga el que se opone? Al final de cuentas es quien está haciendo uso del derecho de defensa a través de la oposición. Punto interesante, la demanda de paternidad implicaría un precio al demandado que sería reembolsado en caso de que la prueba genética lo descarte.

Este interesante punto es tratado por el presidente de la Corte Superior de Apurímac:

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 2o. de la Ley núm. 28457, para evitar la aplicación literal de que el costo de la prueba del 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”.⁵⁰

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

⁴⁹ “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).

⁵⁰ Olmos Huallpa, René, “Derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales. ¿Realidad o ilusión?”, “Jurídica”, Suplemento de análisis legal del *Diario Oficial El Peruano*, año 2, 20 de septiembre de 2005, núm. 64, p. 7.

La no oposición. El demandado puede abstenerse del derecho de defensa. No se opone, restándole sólo 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 *facta*. 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 sólo 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 ocurriría con el tratamiento legal previsto en el inciso 6 del artículo 402, antes de su modificatoria por esta ley especial”.⁵¹ 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. Sirva la presente de reflexión.

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 éste, 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.

⁵¹ Martel Chang, Rolando, *op. cit.*, nota 25, p. 70.

- *Actore non probante, reus absolvitur*: el demandado será absuelto si el demandante prueba los hechos fundamento de su pretensión.

Para nuestro estudio nos interesan 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) 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 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.

C. Diferencias entre la negativa y la oposición

Las diferencias de la oposición con la negativa al sometimiento de la prueba biológica que se regulaba en el Código Civil en el artículo 402 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.

Cuadro de diferencias

	<i>Negativa</i>	<i>Oposición</i>
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	<i>Negativa justificada.</i> No se realiza la prueba. <i>Negativa injustificada.</i> 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 conduc-	<i>Oposición fundada.</i> Si la prueba fuera negativa la oposición será declarada fundada, condenándose al demandante a las costas y costos. <i>Oposición infundada.</i> Si la prueba fuera positiva, la oposición será declarada infundada, convirtiéndose el mandato en declaración judicial

	ta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista	de paternidad y el emplazado condenado en costas y costos. <i>Oposición improcedente.</i> 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 del 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.

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 *iuris 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 Hinostrza 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”.⁵² Aplicado a nuestro caso, quiere decir que la única forma de que se

⁵² Hinostrza Mingués, Alberto, *La prueba en el proceso civil. Doctrina y jurisprudencia*, 3a. ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 264.

desvirtúe la presunción *iure et de iure* de paternidad por la negativa del requerido, sería necesario que éste se someta a la prueba de ADN.

Muy a pesar de ello, Céspedes Suzuki nos dice expresamente:

Lo que la Ley 28457 ha buscado es 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 núm. 27048.⁵³

La posición de la autora citada es discutible. La autora al confundir prueba por 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 ésta 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,⁵⁴ advertencia, ni exhortación a la realización de actos, como lo era antes. La ley busca de manera directa lo que ayer establecía de

⁵³ Céspedes Suzuki, Erika, “Deficiencias de la Ley núm. 28457”, “Jurídica”, Suplemento de análisis legal del *Diario Oficial El Peruano*, año 2, 2 de agosto de 2005, núm. 57, p. 7.

⁵⁴ 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 hiciere. Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, Buenos Aires, Heliasta, 1974, t. I, p. 762. En la *Enciclopedia 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*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, t. I, p. 1033.

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. Ella escribe: “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 del por qué se resuelve en un sentido o en otro, pues quien decide es el laboratorio”.⁵⁵ Un poco extremista para nuestro gusto pero resulta sustentable su posición.

D. *Del mandato de paternidad*

Éste 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 sólo sobre la base del relato fáctico, sino a las pruebas aportadas. Y si el emplazado no formula oposición alguna, la cosa juzgada material no sólo 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”.⁵⁶

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 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,⁵⁷ es un auto que al notificarse da inicio

⁵⁵ Ariano Deho, Eugenia, *op. cit.*, nota 21, p. 67. Agrega: “Hemos, pues, entrado en una nueva era. Una era en la que bajo la máscara de la infalibilidad de la prueba del 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.

⁵⁶ Martel Chang, Rolando, *op. cit.*, nota 25, p. 69.

⁵⁷ Término utilizado por Herrera Navarro refiriéndose al mandato ejecutivo. Herrera Navarro, Santiago, *Proceso de ejecución*, Trujillo, Normas Legales, 2002, p. 29.

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 que la prueba no sea realizada en plazo estipulado. Como acto procesal, el mandato de paternidad debe contener:

- Una parte expositiva, una considerativa y la dispositiva.
- Intimación al sometimiento a la prueba genética.
- Plazo para su realización.
- Apercebimiento de declararse la paternidad.

3. *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.
- 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, sólo 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.⁵⁸

No declara la paternidad

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

⁵⁸ Martel Chang, Rolando, *op. cit.*, nota 25, p. 70.

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, sólo debe comprobar los resultados de la pericia y 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”.⁵⁹

4. *Apelación*

- En mérito de la pluralidad de instancia⁶⁰ cabe la apelación respecto de la declaración de paternidad en el plazo de tres (3) 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 sentencia que lo declara padre.

¿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. Misma pregunta se plantea Ariano Deho cuando sostiene que “el legislador en un arranque de “garantismo” establece que la declaración judicial de filiación” es apelable, pero es “garantismo” a medias, pues olvida de la resolución que declara fundada la oposición. ¿Será también apelable?”.⁶¹

⁵⁹ Paz Espinoza, Félix, *Derecho de familia y sus instituciones*, 2a. ed., La Paz, Gráfica, 2002, p. 340.

⁶⁰ “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.

⁶¹ Ariano Deho, Eugenia, *op. cit.*, nota 21, p. 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?

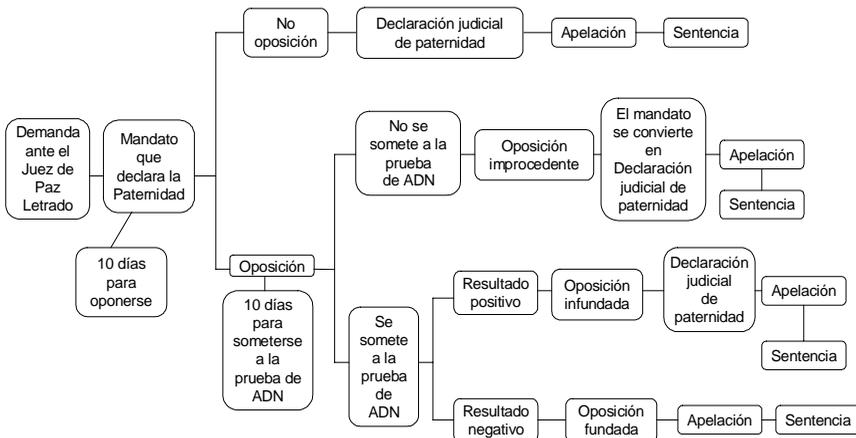
Pueden ser varias las razones:

- 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.

5. Procedimiento. Resumen

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

Proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial



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.

VI. ANTECEDENTES NORMATIVOS

A lo dicho, 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 e, incluso, gran parte fue producto de labor académica y jurisdiccional a la que suma el espíritu de los plenos jurisdiccionales de derecho de familia.

Es en el verano de 2004 que mediante una iniciativa legal en las propuestas de la Ceriajus, Comisión especial de reforma integral de la administración de justicia,⁶² se proyecta la necesidad y se desarrolla un texto normativo que detallaba el proceso especial de filiación. 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.⁶³

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 paterni-

⁶² Ley 28083, mediante la que se crea la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia, Ceriajus. Su finalidad fue elaborar el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. Como indica el artículo 1 este Plan debía contener una propuesta global y concertada de reforma de la administración de justicia.

⁶³ Documento político de la Ceriajus. Se consideró un plazo: 2004-2005, el que como puede verse, se cumplió.

dad.⁶⁴ La cifra es abrumadora, de un millón de niños sin un padre. Niños sin identidad plena, con vivencias y experiencias compartidas sólo en una línea familiar, la materna. En estos casos nada se conoce de él, vale decir del padre, menos 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 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 sea un proceso demasiado largo y engorroso para garantizar las pretensiones alegadas. Las partes pueden valerse de un sinnúmero de recursos para dilatar el proceso, sumando el hecho que los plazos establecidos por el código son los más amplios que se prevén. 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 fi-

⁶⁴ 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, Afida, “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”, *Revista de Derecho Comparado*, núm. 10, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 33.

	liación 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	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 legislativo⁶⁵ por varios congresistas, plasmada el 8 de enero de 2005 en la Ley 28457.⁶⁶

⁶⁵ 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 Anchieta 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. Los tres congresistas fueron miembros de Ceriajus. 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 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.

⁶⁶ 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 cum-

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 modificadorio del Código Procesal Civil:

TÍTULO III
PROCESO SUMARÍSIMO
CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 546. 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 547. Competencia.

(Último párrafo)

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

SUBCAPÍTULO 7
RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Artículo 607 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 607 B. Competencia. Las acciones reclamación de la filiación extramatrimonial se tramitan ante el juez de familia.

plimiento. 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 Zarái Toledo Orozco, dejó una huella en él. *Diálogos con la Jurisprudencia*, Lima, año 8, núm. 40, enero de 2002.

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

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

Artículo 607 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 607 D. Acumulación de pretensiones. Se puede demandar acumulativamente la rectificación de nombre y la indemnización por daños.

Artículo 607 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 607 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 sólo corresponde al hijo, a la madre o al padre.

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

Artículo 607 G. Medidas cautelares.

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

Artículo 607 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 607 I. Efectos de la negativa injustificada.

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

67 Como lo recuerda La Rosa Calle, Javier, “¿Y cómo va la reforma de la justicia promovida desde Ceriajus?”, *Justicia Viva Mail*, Instituto de Defensa Legal, PUCE, núm. 179, 11 de abril de 2005.

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.⁶⁷ 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.⁶⁸

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

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 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.

⁶⁸ 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.

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

Cuadro comparativo

	<i>Propuesta de la Ceriajus</i>	<i>Ley</i>
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	Sólo 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 cuatro disposiciones complementarias: <ul style="list-style-type: none"> • 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

VII. JUSTIFICACIÓN DEL PROCESO

Lo decimos una vez más, la justificación para 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 certeza existe en la prueba de la pretensión a invocarse, el proceso debe ser ágil, de prontitud y eficacia en mérito de lo reclamado.

Con esta base y en virtud del *bonum filii*⁶⁹ se buscó dar solución al incremento cada vez mayor de madres solteras, la irresponsabilidad 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 sobre 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, éstos son elementos pasajeros. La ternura no, la ternura es una forma estructural del ser”, Guayasamín, Oswaldo, *Volti rostros*, Quito, Editalia, 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

⁶⁹ Se ha mencionado con solvencia que el interés del niño tiene tanta importancia que ha sido adjetivado como “superior”, “exclusivo”, “prevalente”, “objeto de primaria consideración”, Pocar, Valerio y Ronfani, Paola, *La famiglia e il diritto*, Roma, Laterza, 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) Márquez Matamoros, Arturo, *Legislación internacional sobre derechos de los niños. Aplicación y obligatoriedad en el Ecuador*, Quito, Abya-Yala, 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”, *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, núm. 10, p. 9.

tomando en cuenta el interés familiar y sobre todo del niño. 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”.⁷⁰ La jurisprudencia local a mediados de los noventa entendió la realidad del problema y consideró la necesaria aplicación de la prueba de 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 cuatrocientos trece 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.⁷¹

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 sostiene que no se admite un juzgamiento de la investigación de paternidad sin agotar la posibilidad de confirmar la filiación por el ADN.⁷² Todo lo demás se explica por sí solo.

VIII. IMPORTANCIA DE LA NORMA

Como mencionáramos en su oportunidad,⁷³ este proceso especial de filiación acaba con todo, restringiendo —por otro lado— aquellos actos

⁷⁰ Montoya Chávez, Victorhugo, “La tutela constitucional de los menores en abandono”, *Actualidad Jurídica*, mayo de 2005, t. 138, p. 150.

⁷¹ Exp. núm. 34-96/Lima, Corte Suprema de Justicia. “La prueba de ADN”, *Cuadernos jurisprudenciales*, año 4, núm. 37, julio de 2004, pp. 43 y 44.

⁷² Cfr. Rodríguez, Silvio, *Direito civil*, 27a. ed., Sao Paulo, Saravia, 2002, vol. 6, *Direito de familia*, p. 374.

⁷³ Varsí Rospigliosi, Enrique, “El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre”, *Jurídica*, año 2, núm. 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”, *El Comercio*, Lima, sábado 26 de febrero de 2005, A. 5; asimismo, *La Ley*, Buenos Aires, miércoles 16 de marzo de 2005, año LXIX, núm. 53, pp. 1 y 2.

procesales dilatorios como las excepciones, tachas a las pruebas, farragosas contestaciones de demanda, más aún no hay audiencia.⁷⁴ Acaba en sí con la negativa para no someterse a la prueba (siempre se encontraba alguna), apercebimientos, 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 prometedora: 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 sólo Adán y Cristo carecieron de padres terrenales, como nos lo recuerdan las 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 —ésta 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,⁷⁵

⁷⁴ “Quinto. No es necesaria la realización de una audiencia por cuanto se desnaturaría 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).

⁷⁵ Valle, Gabriel, *Ética e direito*, Porto Alegre, Síntese, 1999, p. 28.

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 no es tampoco 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.

Decimos discutible, a la par que 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, quierase 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”.⁷⁶ 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 (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 brasilera⁷⁷ lo discute ampliamente y fija una po-

⁷⁶ Mizrahi, Mauricio Luis, “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, *La Ley*, t. 2004 E, Sección Doctrina, p. 1198.

⁷⁷ La discusión en la teoría brasilera, 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, Astrid Brettas, “Laços de família: critérios identificadores da filiação”, *Jus Navigandi*, núm. 112, 24/10/2003. Disponible en: <http://www.jus.com.br>. Acceso el 30/5/2005. *Asimismo* Cambi, Eduardo, “O paradoxo da vedade biológica e sócio-afetiva na acçã negatoria de paternidade, surgido com o examen de DNA, na hipótese de adoçã à brasilera”, *Revista de Directo Privado*, núm. 13, janeiro-março 2003, pp. 85 y ss. Zeno Veloso, “A sacralização do DNA na investigação da paternidade”, *Grandes temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação*, p. 388, citado por Pereira, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, 14a. ed., vol. V, Río de Janeiro, Forense, 2004, p. 370.

sición por la verdad cultural y social, además de ser reconocido por su moderno Código Civil.⁷⁸

IX. DE SUS OPOSITORES Y LOS SUPUESTOS DERECHOS VIOLADOS

Como de costumbre opositores a la ley de intimación de paternidad no faltan. 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 paternidad⁷⁹ lo que vulnera el derecho a la defensa, y por ello inconstitucional.⁸⁰

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 física e, incluso, 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".⁸¹

Con razonamiento par tratan el tema Suárez Vargas⁸² y Rodríguez Domínguez,⁸³ quien además alega que es inconstitucional porque atenta con-

⁷⁸ 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 consangüinidade ou adoção".

⁷⁹ Plácido Vilcachagua, Alex, "*Creditor virgini pregnant...*", volviendo al *ancien droit*. A propósito de la Ley núm. 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial".

⁸⁰ Plácido Vilcachagua, Alex. "Es inconstitucional obligar al demandado a someterse a la prueba de ADN", *Legal Express*, Lima, año 5, núm. 49, enero de 2005, p. 19.

⁸¹ Céspedes Suzuki, Erika, *op. cit.*, nota 53, p. 7.

⁸² 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, Luis, *op. cit.*, nota 24, p. 3.

⁸³ Rodríguez Domínguez, Elvito, *op. cit.*, nota 26, p. 402.

tra la presunción de inocencia (consagrada en el artículo 2, inciso 24, literal e, de la Constitución) lo que resulta desatinado. Vayamos por partes.

1. *Derecho a la libertad*

La libertad es la facultad de hacer o dejar de hacer aquello que el orden jurídico permita. Digamos, la prerrogativa que tiene la persona de realizar —sin obstáculos— sus actividades en el mundo de las relaciones.⁸⁴ 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*),⁸⁵ parámetro asumido por la ley con base en el *principio de reserva de la ley* y al *principio de legalidad* (mi derecho termina donde empieza el derecho de los otros). Entonces, es la ley aquella que precisa lo que una persona está obligada a *hacer* o en todo caso a *no hacer*.⁸⁶

Considero, no de ahora sino 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.⁸⁷ Entiéndase claramente que el abuso del 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.⁸⁸ Esto encaja de manera precisa a nuestra posición. Mejor aún, como lo hemos confrontado, la jurisprudencia española (tanto del Supremo como del Constitucional) sienta como criterio —compartido— que la imposición coercitiva, forzada de la prueba

⁸⁴ Bittar, Carlos Alberto, *Os directos da personalidade*, 6a. ed., Río de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 105.

⁸⁵ Dante Alighieri anotó: “*Jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societaten; corrupta, corrumpit*”, Esto es entendido en el sentido 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.

⁸⁶ Varsí Rospigliosi, Enrique, “El principio de libertad personal y el principio de legalidad”, *Suplemento Actualidad. La Ley*, Buenos Aires, 28 de junio de 2005, año LXIX, núm. 124, p. 2.

⁸⁷ Varsí Rospigliosi, Enrique, *Filiación, Derecho y GeNética*, Lima, Universidad de Lima-Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 186.

⁸⁸ Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 178.

genésica, viola derechos personales extensamente la libertad individual.⁸⁹ 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 de paso, no es la única ley que impone la realización de exámenes *in corporis*⁹⁰ (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 mandato [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 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.⁹¹

⁸⁹ Varsi Rospigliosi, Enrique, *Filiación, Derecho y GeNética*, op. cit., nota 87, p. 191.

⁹⁰ 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 obligatoria, certificado prematrimonial, examen médico obligatorio 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 VIH o SIDA) o en materia laboral. En estos ejemplos prima el interés social frente al individual. Cfr. mi *Derecho médico peruano*, Lima, Grijley, 2006, p. 170.

⁹¹ Exp. núm. 180-05, Resolución núm. 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. Jueza Clara Mosquera Vásquez.

Nuestra posición no se ajusta al considerando citado. Sólo para puntualizar un tema: 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. Sólo establece como requisito de procedibilidad a la oposición el sometimiento a la prueba de ADN. Mi libertad es un derecho que debo realizarlo pero no puedo sobre ejercerlo ni forzarlo a límites de mi individualidad, de mi provecho personal, o es que estamos dando paso al “Super-Hombre” de Nietzsche que inventa sus valores, contraría la verdad, el bien 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.

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 que es el resultado de la fusión de la historia biológica de sus padres”.⁹²

El acto íntimo generador de vida no puede ser esgrimido como medio de defensa para objetar la pesquisa filial. Por el contrario, es el medio más directo para escudriñar el origen parental. Mizrahi con claridad se encuadra dentro de este razonamiento:

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 aquél 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

⁹² Krasnow, Adriana Noemí, “La filiación y sus fuentes”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 2005 A, Sec. Doctrina, p. 1461.

dejó de lado su propia intimidad, al transportar fuera de sí su propio material genético.⁹³

Con la misma idea y razón la profesora Hernández Díaz-Ambrona considera: “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”.⁹⁴

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 públicas⁹⁵ 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.⁹⁶

⁹³ Mizrahi, Mauricio Luis, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 99. Aquí cita el autor jurisprudencia y doctrina, Tribunal Constitucional de España, Sala I, 17/1/94, ED, pp.157-259; 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, 194-254; 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*, núm. 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; Álvarez, “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.

⁹⁴ Hernández Díaz-Ambrona, María Dolores, “Notas sobre el derecho de la identidad del niño y la verdad biológica”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, julio-agosto de 2005, p. 51.

⁹⁵ Rodríguez-Drincourt Álvarez, Juan, *Genoma humano y Constitución*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2002, p. 125.

⁹⁶ Morán de Vicenzi, Claudia, *El concepto de filiación en la fecundación extracorpórea*, Lima, Ara Editores-Universidad de Piura, 2004, pp. 58 y 60 (nota 79).

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 sólo fluidos, secreciones corporales, cabello, mucosa bucal, simplemente eso. 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 hereditarias— por lo que no puede calificarse de traumática.⁹⁷

La más reciente doctrina sustenta que en la disciplina del derecho de familia el cuerpo es, a veces, objeto de derechos a pesar 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 sólo 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.⁹⁸

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. Los derechos del demandado van de acuerdo al principio constitucional del debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículo 139, inciso 3 de la Constitución). Su defensa está amparada con el derecho al recurso

⁹⁷ Mizrahi, Mauricio Luis, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 68.

⁹⁸ Rizzardo, Arnaldo, *Direito de família*, 2a. ed., Río de Janeiro, Forense, 2004, p. 494. En esta obra se analiza la Ley 8560, del 29 de diciembre de 1992, que regula la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales.

efectivo,⁹⁹ 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”.¹⁰⁰

5. *Derecho al debido proceso, prueba y derecho de defensa*

Se viene discutiendo en cuanto al proceso en sí, en el modo de actuarse las pruebas y en cuanto si éstas 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. Duda queda que la pretensión podría carecer no sólo 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 que con sólo 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 ju-

⁹⁹ “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”. Exp. núm. 015-2001-AI/TC, Exp. núm. 016-2001-AI/TC, Exp. núm. 004-2002-AI/TC.

¹⁰⁰ STC. Exp. núm. 010-2002-AI/TC.

risdiccional 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.¹⁰¹

Hemos sostenido que el fin de este proceso de paternidad justifica su diseño procedimental especial, economizando al máximo la labor de las partes, tecnicizando 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 424, inciso 6) bajo sanción de su inadmisibilidad (artículo 426, 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*”.¹⁰²

6. 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

¹⁰¹ *Op. cit.*, nota 92.

¹⁰² Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005.

responsable del delito que se le imputa”.¹⁰³ Su contenido es penal del que se deriva, a mayor abundamiento, el principio *indubio 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 investigador llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla”.¹⁰⁴ Está de más 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 sólo condena, también libera.¹⁰⁵ Libera al hijo de la ausencia de identidad biológico paterno, lo redime de la inopia para enterarse, al fin, de sus orígenes. El desconocimiento de identidad paterno debe ceder el paso a la verdad, conocida (al menos por regla general) por sus progenitores.

Como adicional, el Tribunal Constitucional deja indicado que el derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si no existe prueba plena que acredite su responsabilidad administrativa o judicial de los cargos atribuidos,¹⁰⁶ situación que no se da en los procesos filiales.

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,¹⁰⁷ 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

¹⁰³ Herrera Velarde, Eduardo, “Presunción de inocencia, duda y certeza”, *Jurídica*, año 2, martes 9 de agosto de 2005, núm. 58, p. 9.

¹⁰⁴ STC. Exp. núm. 2915-2004-HC/TC, Lima.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ STC. Exp. núm. 2868-2004-AA/TC, Fundamento jurídico 21.

¹⁰⁷ Monroy Gálvez, Juan, “Los límites éticos de la actividad probatoria”, *La formación del proceso civil peruano*, 2a ed., Lima, Palestra, 2004, pp. 550-557.

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.

La profesora y magistrada Mosquera Vásquez¹⁰⁸ 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 éstos 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 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. Además, los jueces de familia son capacitados y 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,¹⁰⁹ supuestamente están bien notificados pero no es así, y esto se torna más peligroso aun en un proceso en el cual no existe actuación de medios probatorios. En caso se notifique al demandado y éste 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.

c. ¿El juez emite un auto o una sentencia? Parece ser lo primero, pues la ley no es clara.

¹⁰⁸ Comunicación por correo electrónico del 16 de junio de 2005. Reproducción autorizada por la autora. Además, estas opiniones se publicaron en “La Ley núm. 28457 y los nuevos procesos de filiación”, *Legal Express*, Lima, año 5, núm. 54, junio de 2005, p. 5.

¹⁰⁹ 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.

d. ¿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.

e. ¿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 dos 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.

f. ¿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.

g. 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 a 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.

h. Debe definirse si se trata de un proceso contencioso o no contencioso, pues es un híbrido jurídico.

i. 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 otra 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”,¹¹⁰ 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. 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”,¹¹¹ 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.¹¹² 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 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 aturridos, 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

¹¹⁰ Weber, Albretch, “Protección constitucional de la infancia”, en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 114.

¹¹¹ Mizrahi, Mauricio Luis, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 123.

¹¹² Hernández Díaz-Ambrona, María Dolores, “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, julio-agosto de 2005, p. 51.

Márquez, *Vivir para contarla*, Bogotá, Norma, 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.¹¹³

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

Los criterios en contra que buen tiempo 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*.¹¹⁴ 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.

Como se indica, 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 denomi-

¹¹³ Verdera Server, Rafael, *Determinación y acreditación de la filiación*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 38.

¹¹⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 519.

nando el derecho identitario del niño.¹¹⁵ Como señala Figueroa Yáñez,¹¹⁶ 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 Bosch¹¹⁷ resultan francamente anacrónicas todas las argumentaciones que aluden a la violencia de las personas. El Tribunal Supremo y Constitucional de España, en líneas generales categórico en este planteamiento, viene fallando a favor del máximo derecho a la libre investigación de la paternidad frente a la integridad física, la libertad religiosa, intimidad y honor¹¹⁸ que como derechos son comúnmente alegados en estos procesos.

El *derecho a la identidad* debe primar siempre tal como lo mencionáramos en nuestra tesis de bachiller en 1990,¹¹⁹ fundamentalmente en su faz estática que está referida a al origen genético biológico de la persona.¹²⁰ Y es que el derecho a la identidad está comprometido por lógica consecuencia la dignidad personal¹²¹ —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.¹²² De más está decirlo, pero la dignidad de aquel sin padre está en un mejor nivel que los derechos del presunto progenitor.¹²³

¹¹⁵ Dutto, Ricardo, “El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas”, *Revista Derecho Procesal*, 2002-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 154 y 155.

¹¹⁶ Figueroa Yáñez, Gonzalo, “La bioética en Latinoamérica: perspectiva jurídica”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, núm. 18, 2003, p. 73.

¹¹⁷ Bosch, Alejandro F., “La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas”, *La Ley*, Buenos Aires, año LXVII, núm. 39, martes 25 de febrero de 2003.

¹¹⁸ García Poveda, Carmen, “Constitucionalidad de las pruebas biológicas”, *Revista de Derecho de Familia*, España, núm. 25, octubre de 2004, p. 96.

¹¹⁹ Varsi Rospigliosi, Enrique, *Las pruebas heredobiológicas en la determinación jurídica de la paternidad*, Lima, Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, junio de 1990, p. 189. Sustentada el 8 de junio de 1990.

¹²⁰ Ortiz de Rosas, Abel Fleitas, “Derecho a la identidad”, *La Ley*, Buenos Aires, año LXIX, núm. 222, martes 15 de noviembre de 2005, p. 1.

¹²¹ Rivera, Julio César, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, t. II, p. 118.

¹²² Lora Alarcón, Pietro de Jesús, *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*, São Paulo, Método, 2004, p. 160.

¹²³ Rizzardo, Arnaldo, *Direito de família*, 2a ed., Río de Janeiro, Forense, 2004, p. 494. En esta obra se analiza la Ley 8560, del 29 de diciembre de 1992 que regula la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales.

En lo que respecta al *derecho a la investigación de la paternidad*¹²⁴ su reconocimiento en el derecho comparado es uniforme y cada vez va teniendo mayor trascendencia. 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”.¹²⁵

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.¹²⁶

XI. 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 por que así lo exige no sólo 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 ceder, dejar lim-

¹²⁴ 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. Cfr. mi “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, núm. 207, p. 4 o “La bioética en las Constituciones del mundo”, *Actualidad Jurídica (publicación mensual de la Gaceta Jurídica)*, t. 100, marzo de 2002.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ Por citar un solo ejemplo en el sistema uruguayo se han eliminado las causales de admisibilidad, lo único que debe ser probado es el vínculo biológico paterno-filial conforme lo sostiene Carozzi, Ema, “Reformas introducidas por el Código de la niñez y la adolescencia en el derecho filiatorio uruguayo”, *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, núm. 10, p. 103. Código de la Niñez y la Adolescencia en Uruguay (Ley 17.823 de 2004) de 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.

pio el camino en “son” 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.

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 ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del *test* sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran.¹²⁷

¹²⁷ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, 3 de junio de 2005. Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio 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 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley 20530. Véase Razonamiento 109.

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 menor grado en que éste intervinga 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. 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 sólo 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 niñez y estimular la paternidad responsable.

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*.¹²⁸ 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.

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 éstos 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 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 merezca, en el caso concreto, el amparo que reclama el justiciable”.¹²⁹ En ese sentido, nos queda prístinamente establecido que 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.

¹²⁸ García Cantero, Gabriel, “¿Qué familia para el siglo XXI?”, *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires, núm. 9, 2004, p. 52.

¹²⁹ Mizrahi, Mauricio Luis, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 95.

Claro no todo va en esa corriente. Pueden existir criterios más consistentes o menos contundentes; en una línea consolidadora o, incluso, antagónica a la misma. En este último sentido se ha llegado a declarar inaplicable la Ley en referencia por un juzgado de paz¹³⁰ con base en el control difuso —facultad que permite al juez preferir la norma constitucional a una legal ordinaria— en mérito a la vulneración del derecho a libertad y al debido proceso. Al parecer esta tendencia será la aplicable en el Distrito Judicial del Cono Norte. Por lo pronto aquel que quiera iniciar una acción de paternidad extramatrimonial deberá crear un domicilio distinto, en otro distrito judicial, para evitar trabas para sortear un fallo contrario a las pretensiones de filiación.

XII. MARCO DE APLICACIÓN Y SUPUESTOS CONTROVERTIDOS

1. *Marco de aplicación*

Podemos preguntarnos: ¿el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, regulado por la Ley 28457, es sólo 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 que el demandado tiene la facultad de negarlos o contradecirlos.

Analizando el espíritu de la Ley 28457 nos daremos cuenta 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 tenía 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

¹³⁰ *Ibidem*, nota 92.

hechos sucedidos en una relación personal.¹³¹ 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 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 sólo para el ADN (artículo 57, inciso 2). Es el juez quien debe calificar la demanda y fijar la competencia, máxime si de acuerdo con su facultad inquisitiva¹³² debe agotar los medios necesarios para establecer la paternidad en aras de los superiores intereses del niño.¹³³ 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 de 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 28457. Con un criterio distinto Rodríguez Domínguez¹³⁴ menciona que la ley en comentario sólo es aplicable a las demandas fundamentadas en el inciso 6 del artículo 402, criterio que es compartido por algunos jueces.

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

2. Supuestos controvertidos

El modelo de proceso optado para definir la paternidad puede traer algunos casos límites, situaciones en las que resulten controversiales las re-

¹³¹ 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 pregnantii...*, *cit.*, nota 80, p. 43.

¹³² 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. Cas. 720-97-Lima, 03/05/1998. "Cuadernos jurisprudenciales", Suplemento mensual de *Diálogo a la Jurisprudencia*, núm. 51, septiembre de 2005, año 5, pp. 45 y 46.

¹³³ Respecto de la facultad inquisitiva del juez Véase Casación 720-97-Lima, 03/12/1998.

¹³⁴ Rodríguez Domínguez, Elvito, *op. cit.*, nota 24, p. 401.

glas generales del proceso lo que es lógico por tratarse de un proceso exclusivo, de excepción frente a aquellos escenarios en que a pesar de existir la posibilidad de dilucidar una relación paterno filial el padre se negó, 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—, como 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, vamos que pueda entender de la consecuencia de su no actuar. Es más a pesar 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 de ADN, creemos que ello está fuera de sus facultades. Éste 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 éste sea; en esta situación si se daría una afectación de los derechos del incapaz. Podemos incluso decir que frente al auto de paternidad procedería interponer un *habeas corpus* al atentarse directamente contra la libertad del demandado.
- *Investigación 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 presente, además siendo demandado 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 demandado los herederos sea para determinar la fraternalidad, la abuelidad u otro grado de parentesco resulta impertinente el proceso analizado en razón 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 de material genético.* Como es sabido, en el derecho comparado primó la reserva de la identidad del cedente de mate-

rial 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.¹³⁵

XIII. REFERENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

Existe una fuerte y marcada tendencia en el derecho comparado 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), merituando la importancia del nexo filial aligerando y tecnificando su investigación.

1. *Brasil*

Por Ley 8560, del 29 de diciembre de 1992, se regula la investigación de oficio de la paternidad de los hijos extramatrimoniales¹³⁶ establecién-

¹³⁵ *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 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 tener acceso a las técnicas de reproducción asistida (BBC News, Health, *Sperm donors “to lose anonymity”*, <http://news.bbc.co.uk, 18/1/2004>).

¹³⁶ Esta Ley deroga los artículos 332, 337 y 347 del Código Civil de 1916, tendencia que es seguida por el actual Código brasileño de 2002.

dose que todo registro de nacimiento debe indicar el nombre del padre a fin de permitir su indagación. En doctrina brasilera 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:

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.¹³⁷

Esta ley tiene como objetivo facilitar el reconocimiento de los hijos imponiendo en su oportunidad las responsabilidades debidas a los padres biológicos.¹³⁸ Parte del texto que interesa para fines del presente tema nos dice:

Artigo 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.

§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.

¹³⁷ Cavalcante de Oliveira Deusdará, Ingrid Caroline, “O direito de ser filho e a Constituição de 1988”, *Jus Navigandi*, Teresina, año 9, núm. 825, 6 de agosto de 2005, en <http://jus2.uol.com.br>. Acceso, 6 de octubre de 2005.

Como puede apreciarse, esta ley representa un avance singular en el tema de paternidad. Claro que no es del todo contundente, es una muestra —sí— 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 conteste 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 Thurler¹³⁹ al indicarnos los cerca de 800 mil niños nacidos anualmente en Brasil quedan sin reconocimiento.

2. Costa Rica

La Ley 8101 de Costa Rica, Ley de paternidad responsable, del 27 de abril de 2001 tiene un fondo y matiz muy similar a nuestra Ley 28457 pues “...pretende brindarle a las madres un proceso mucho más rápido, menos costoso y con ello descongestionar un sistema judicial que se encuentra

¹³⁸ Grunwald, Astried Brettas, “Laços de família: critérios identificadores da filiação”.

¹³⁹ Thurler, Ana Liési, “Reconhecimento paterno, direito de cidadania”, en *www.arpen.brasil.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*”, “Résistances des hommes, exigences des femmes: l’exemple de la reconnaissance paternelle au Brésil”, material facilitado vía Internet por la propia autora.

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”.¹⁴⁰

Esta ley costarricense tiene como precedente el Proyecto de Ley 14064, denominado proyecto de ley de paternidad responsable (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 sólo 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:¹⁴¹
 - 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.

¹⁴⁰ Chinchilla Monge, Cristian, “Detalles sobre la Ley de Paternidad Responsable”, en <http://www.uca.ac.cr>. Acceso el 1o. de abril de 2005.

¹⁴¹ 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.

Como se señala en el Informe Técnico:¹⁴² “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 1 una modificación a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil¹⁴³

¹⁴² Oficio núm. ST-741-10-2000, Informe elaborado por María Eugenia Román Mora, Asesora Parlamentaria, en colaboración con Guiselle Bolaños, Georgina García, Ingrid Rojas y Rebeca Videche y revisado por Ana Lucía Jiménez Méndez, directora del Departamento de Servicios Técnicos, San José de Costa Rica, 31 de octubre de 2000.

¹⁴³ El texto de la norma citada dice:

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

“Artículo 54. 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 presunto padre se le citará mediante notificación, para que se manifieste al respecto dentro de los diez (10) 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 sólo 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 a 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.

(que es una norma similar al Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú).¹⁴⁴

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 aquél. 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.
 - b) Se considera la efectividad de la prueba de 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.

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”.

¹⁴⁴ Decreto Supremo 015-98-PCM, publicado el 25 de abril de 1998.

- 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 busca 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 7 de esta ley, que se refiere al financiamiento, e indicar que sean los padres quienes paguen estas pruebas.

3. *Ecuador*

El Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, Codificación núm. 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.¹⁴⁵

¹⁴⁵ El texto completo dice:

“Artículo 131. 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 demandado, 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

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.
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 mortem*.
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

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.

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 *ultrapetita*, se deja de 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 sea solicitada una manutención, la lógica es que se autorice al magistrado a tender al esclarecimiento de 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.

4. *Estados Unidos*

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 Público. 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 de ADN como evidencia de paternidad. Si una de las partes disputa el resultado de las pruebas, ésta tiene derecho a requerir, bajo costo personal, un segundo análisis de ADN.

5. Chile

El 5 de julio de 2005 se publicó en Chile la Ley 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,¹⁴⁶ 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 19968 (30/08/2004), que crea los Tribunales de Familia.¹⁴⁷

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 peruano 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.

¹⁴⁶ Los incisos 2, 3 y 4 del artículo 188 del Código Civil chileno contemplaban este tipo de reconocimiento.

¹⁴⁷ Congreso de la República de Chile. Boletín núm. 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.

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 sólo testimonio es insuficiente (*Cfr.* artículo 198). Se consagra el principio de inmediación 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 ya lo hiciéramos notar,¹⁴⁸ 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 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 o 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.¹⁴⁹

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

¹⁴⁸ Varsi Rospigliosi, Enrique, “Los vientos nuevos del sur en materia de filiación”, *Jurídica*, año 2, núm. 62, Lima, martes 6 de septiembre de 2005, p. 8.

¹⁴⁹ 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 (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.

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 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.

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 aquél (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 éste la posibilidad en los primeros años de su vida de tener una identidad plena”.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹

En Perú la situación es distinta. En los casos de reconocimiento diferidos se restringe la revelación del nombre de la persona con la cual tuvo el hijo, lo que a nuestro entender es inconstitucional. En esta línea, la Defensoría del Pueblo, mediante Resolución Defensorial núm. 023-2003-

¹⁵⁰ Dutto, Ricardo, “El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas”, *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, núm. 2, 2002, pp. 154 y 155.

¹⁵¹ En la jurisprudencia de Holanda tenemos el caso *Valkenhorst* que es el nombre de una institución caritativa que durante 1920 a 1940 albergó a las madres solteras para que dieran a luz a sus hijos, algunos de los cuales han demandado a aquella institución para obtener información sobre sus padres. *Cfr.* García Cantero, Gabriel, “¿Qué familia para el siglo XXI?”, *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, núm. 9, 2004, p. 54.

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.¹⁵² En la práctica se vienen inscribiendo a los hijos extramatrimoniales, conforme lo dice la norma, con los apellidos del progenitor que los reconoció, sea el padre o la madre.

XIV. VISOS DE CONCLUSIÓN

La determinación del *nexum filii* merece una justa solución. 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 *contra*, como apreciamos en rigor con este ensayo. 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, sólo retrepados en verdades. Uno de los dos, el que generó la filiación --no el generado-- asumirá un sacrificio en proporción a su acto y reponsabilidad. 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. Éste es uno radical porque la coyuntura lo requiere. Esperemos el desarrollo ordenado de esta nueva era en el estatuto de la filiación, ayudemos a crear una conciencia en nuestros futuros “padres” y en los nuevos “hijos”. No dejemos a expensas del litigio la solución de

¹⁵² 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*, Lima, Defensoría del Pueblo, Serie Informes Defensoriales, Informe núm. 74, septiembre de 2003.

estos casos; en el fondo este proceso desalienta, mejor dicho disuade, la paternidad irresponsable tendiendo al reconocimiento voluntario. García Cantero acertadamente constata: “Quizá una de las cuestiones más importantes para el siglo XXI será repensar la paternidad (*rethinking the parenthood*)”,¹⁵³ al menos en el Perú estamos dando un primer y decisivo gran paso.

Esta ley —y todas en general— no ofrece soluciones eficaces, sólo alternativas. Depende de nosotros que encontremos la manera más correcta de alcanzar que cada sentimiento coincida con las relaciones humanas.

ANEXO

Ley 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 1o. 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 2o. 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 3o. 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.

¹⁵³ García Cantero, Gabriel, “¿Qué familia para el siglo XXI?”, *Revista de derecho comparado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, núm. 9, p. 75.

Artículo 4o. 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 5o. 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 procedentes 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

Modifícanse 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

Modifícase o derogase 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.