

UNA VEDETTE, UN REPORTERO Y UN VIEJO CUENTO... (A PROPÓSITO DE LOS MODELOS JURÍDICOS CIRCULANTES EN MATERIA DE PRUEBAS BIOLÓGICAS A EFECTOS DE DECLARAR LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA NACIONAL)

JUAN ESPINOZA ESPINOZA

PROFESOR DE DERECHO CIVIL DE LAS UNIVERSIDADES PONTIFICIA CATÓLICA DEL PERÚ, NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS Y LIMA

Sumario: I.- El caso II.- Las cuestiones 1.- Sobre la creativa (e imaginativa) interpretación del artículo 402 Código Civil antes de la reforma de la Ley N° 27048 del 06.01.99 2.- Análisis del caso bajo comentario 3.- Las pruebas biológicas: el interés del menor frente al derecho a la integridad y a la vida privada de los presuntos padres naturales.

I. El caso

Una vedette y un reportero televisivo se conocieron un 29.05.96 en una discoteca, en la cual el reportero le entregó una tarjeta de presentación. Días después comenzaron a frecuentarse, llegando a tener "relaciones sexuales múltiples"¹. Producto de ello, la vedette quedó embarazada y el (presunto) padre (que estaba casado) se negó a reconocer a la menor que nació el 01.03.97. En vista de ello, la vedette (ya madre) demandó por filiación extramatrimonial al reportero. Por su parte, el demandado, reconvino para que se declare por no puesto su nombre en la partida de nacimiento de la menor. El Octavo Juzgado de Familia de Lima, con resolución de fecha 07.12.99, teniendo como pruebas la tarjeta de presentación entregada por el reportero; las declaraciones testimoniales de dos amigas de la vedette que la acompañaron la noche que se conoció con el reportero en la discoteca; la declaración de su propia madre; la del administrador del hostel que frecuentó la pareja, el cual indicó que "el demandado concurría al referido hostel frecuentemente"; la inspección judicial y sobre todo, por la conducta procesal del demandado, declaró infundada la reconvención y fundada la demanda, ordenando cursar los par-

tes judiciales a la municipalidad respectiva para que se haga la anotación marginal correspondiente, indicándose el reconocimiento judicial de filiación extramatrimonial.

II. Las cuestiones

1. Sobre la creativa (e imaginativa) interpretación del artículo 402 del Código Civil antes de la reforma de la Ley N° 27048 del 06.01.99

El legado que nos dejó el joven Ihering, devoto defensor de la jurisprudencia de los conceptos, es que de los dispositivos legales se podría crear una jurisprudencia superior, que no se limite a ser una fedataria de erratas, sino que llegue a crear nuevos horizontes en la aplicación de la ley. Esto es lo que pasó con la jurisprudencia que interpretó el artículo 402 c.c., antes de la reforma por la Ley N° 27048, del 06.01.99.

Para tener una visión clara sobre cómo eran las coordenadas legislativas antes de la reforma, debemos precisar que el artículo 402 c.c. contenía cinco supuestos de hecho (escrito indubitable, posesión constante de estado, concubinato durante la época de la concepción, violación y seducción con promesa de matrimonio), por los cuales se podía so-

licitar la declaración de paternidad extramatrimonial. En caso que no se pudiese acreditar una de estas causales, se podía solicitar judicialmente (al presunto padre) una pensión alimenticia hasta que el menor (producto de las relaciones sexuales extramatrimoniales acreditadas durante la época de la concepción) llegue a cumplir 18 años, *ex* artículo 415 c.c., utilizándose (hasta ahora) la impropia denominación de *hijo alimentista*.

Las pruebas de grupos sanguíneos u otras de validez científica sólo eran consideradas como pruebas de descarte de paternidad, según el artículo 413 c.c. (repito, antes de la reforma). En este contexto de dispositivos legales, la naturaleza que se le daba al elenco de supuestos de hecho contenidos en el artículo 402 c.c. era de una cláusula cerrada, o *numerus clausus*, es decir, basada en el principio de la tipicidad, sólo se podían amparar las causales ahí previstas y no otras.

A raíz de que una madre (soltera) inscribe a su hijo, que nace el 09.05.89, en el Registro del Estado Civil de la Municipalidad de San Martín de Porres, en cuya partida de nacimiento indica el nombre de la persona con la cual tuvo el niño, el presunto padre (erróneamente) interpuso una demanda de impugnación de pa-

ternidad, solicitando que se excluya su referencia como padre extramatrimonial del menor. La Sala Civil entendió que la pretensión denominada "impugnación de paternidad" era impropia, por cuanto está fuera de los alcances del artículo 399 c.c., ya que no se persigue negar el reconocimiento hecho por la madre, sino excluir el nombre del demandante. Como consecuencia de ello "quien no ha reconocido un hijo extramatrimonial, ni le ha sido reconocido para él conforme a ley, carece de legitimidad para impugnar un reconocimiento que no ha producido". Un dato adicional es que el demandante, anteriormente, fue sentenciado como "padre alimentista" del menor. Con resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia, de fecha 08.07.97, (Exp. N° 3114-96), de la cual ha sido Vocal Ponente el Prof. Aníbal Quiroga León, se rompió este esquema: frente a los incontenibles avances de la ciencia, ¿Cabía rechazar la prueba genética del ADN, que acredita en casi 100% la paternidad, por el hecho de no estar prevista por el artículo 402 c.c.? Los vocales de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima entendieron, con acierto, que no. En efecto, al superar la realidad los esquemas de los dispositivos legales, se incluyó esta prueba, interpretando que el elenco de las causales contenidas en este artículo eran de carácter ejemplificativo y, lo que más importaba era "acercar a la ley, y por lo tanto al Juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme a la ley". En efecto, se sostuvo que:

"si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 402 del Código Civil, son cinco los supuestos legales para la investigación judicial de la paternidad, no es menos cierto que dichas previsiones legales no tienen otro objeto que acercar a la ley, y por lo tanto al Juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme a la ley, y por lo tanto, al juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme a ley, de manera que si hoy día el avance científico de la ciencia médica, sobre todo en la genética, permiten la misma aproximación, ello no debe ser descuidado ni desdeñado, ya que el propio Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro, se acercaba a la investigación científica de la paternidad con la previsión del artículo 413, cuando admite como válida la prueba negativa de los tipos sanguíneos.

Que, en consecuencia, haciendo de ello una interpretación A Fortiori, esto es, con mayor razón, la prueba genética de la determinación de la paternidad por la vía del análisis celular del ácido desoxiribonucleico (ADN) está contenida en el espíritu del texto legal, sobre todo en la primera parte, in fine, de ya citado numeral 413, cuando se refiere que "En los juicios sobre declaración de paternidad (...) extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica (...) – subrayado agregado.

Que, en consecuencia, siendo el objeto legal de la investigación judicial de la paternidad extramatrimonial la determinación fehaciente de tal filiación, el numeral 402 del Código Civil establece, en realidad, parámetros legales inductores del modo y forma de llegar a tal convicción, donde una prueba de carácter científico, como la genética del ADN, de valores caso absolutos, encuadra perfectamente en la Ratio Legis del Código Civil y debe ser admitida por el juzgador sin reserva ni limitaciones, tanto más si se ha llevado a cabo en conjunto por laboratorios genéticos del Perú con asistencia extranjera y bajo el refrendo del Instituto de Medicina Legal".

Esta decisión sigue una orientación jurisprudencial y doctrinaria² que ya advertía la necesidad de "ensanchar" los supuestos de hecho contemplados en el primitivo artículo 402 c.c. Así, el Dictamen Fiscal N° 594-92-MP-FN-FSC, del 03.09.92, estableció que:

"Si bien el artículo 402 del c.c. no ha considerado el hecho demostrado –relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción– dentro de los casos en los que judicialmente se puede declarar la filiación, la omisión o deficiencia de esta norma legal, no puede dejar sin protección jurídica a una menor «cuya situación es la de un gran sector de la población infantil»³.

La Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 09.02.93 (expediente N° 271-92), hizo (para variar) suyos los fundamentos del Dictamen Fiscal.

2. Análisis del caso bajo comentario

La resolución de primera instancia del Octavo Juzgado de Familia de Lima tiene fundamentos débiles y fundamentos fuertes. Dentro de los primeros, merece atención la afirmación de que:

"la demandante en forma exacta, pese al tiempo transcurrido no sólo co-

nocía de todas las instalaciones y su ubicación, sino que describió todas y cada una de las habitaciones en las cuales se había hospedado con el demandado, indicando su ubicación, encontrándose una en vías de remodelación y otra sin número, instruyendo al juzgado de la ubicación de las mismas de lo que se colige que concurrió con el demandado a dicho lugar y sabía perfectamente de la distribución de ambientes, comprobándose de esta manera el haber frecuentado el hostel en referencia, situación que se corrobora con la diligencia de inspección judicial" (el subrayado es mío).

Llama poderosamente la atención la (forzada e ilógica) conclusión que, por el hecho que la madre detalle pormenorizadamente las instalaciones de un hostel, se entienda que lo frecuentó con el reportero. Su declaración y la «corroboración» hecha por la inspección judicial sólo podrían acreditar que la vedette era *habitué* en dicho local, a tal punto, de tener pleno conocimiento de sus instalaciones; pero, de ningún modo, que haya concurrido con una persona determinada y, mucho menos, con el demandado. Son argumentaciones débiles también, la presentación de la tarjeta, así como las declaraciones testimoniales.

La argumentación fuerte (creo que la única) está dada en la conducta procesal del demandado. En efecto, se sostiene que:

"por otro lado debe tomarse en cuenta que el artículo cuatrocientos trece del Código Civil, modificado por la Ley veintisiete mil cuarenta y ocho, señala que es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza, es decir que ésta es de vital importancia para el proceso, razón por la cual el Juzgado admitió la Prueba de ADN, esta prueba de análisis citogenética con validez científica no ha sido aceptada por el demandado, debiendo meritarse el hecho de haber sido renuente a pasarla aduciendo que por sus creencias religiosas no ha podido realizarla, presentando para el efecto la constancia de matrimonio de fojas ochenta y cuatro y los documentos de fojas quinientos diecinueve a quinientos veinte, estos últimos luego de la audiencia de pruebas, ello de ninguna forma acredita la prohibición de pasar la referida prueba, si se toma en cuenta que el demandado actuando dentro del proceso no sólo debe ejercer su derecho de defensa que la ley le franquea, sino que debió colaborar con la judicatura, a fin de despejar la incerti-

dumbre jurídica y advirtiéndose de las constancias que corren de fojas cuatrocientos veinticuatro y cuatrocientos sesenta y uno de autos que el demandado y Reconviniente no ha concurrido a pasar la prueba de ADN, por lo que se hizo efectivo el apercibimiento que al respecto señala el segundo párrafo del inciso sexto del artículo cuatrocientos dos del Código Civil⁴, modificado por el artículo dos de la Ley veintisiete mil cuatrocientos ochenta y uno de 2012, como es de verse de la resolución de fojas cuatrocientos ochenta y ocho" (el subrayado es mío).

La falta de colaboración del demandado fue evaluada de la siguiente manera:

"que los sucedáneos de los medios probatorios son los auxilios establecidos por la Ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, ya sea corroborando, complementando o sustituyendo el valor o el alcance de estos como lo señala el artículo doscientos setenta y cinco del Código adjetivo, encontrándose dentro de ellos la presunción, que no es otra cosa que el razonamiento lógico – crítico que a partir de uno o más hechos indicados lleva al juez a la certeza del hecho investigado, al que por otro lado, el artículo doscientos ochentidós del Código Procesal Civil señala que el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción, de donde se establece la presunción legal relativa, por lo que tomada en cuenta la conducta procesal del demandado en el presente proceso y su falta de colaboración con el juzgado, frente a su negativa a someterse a la prueba de ADN, pese a haber sido debidamente notificado y tomándose en cuenta todos y cada uno de los considerandos y medios probatorios que esta resolución contiene, así como el parecido físico existente entre la menor y el demandado como se colige de las fotografías de fojas trece a dieciséis de autos y las corrientes en los recortes periodísticos, se presume que la paternidad de la menor materia de este proceso le corresponde al demandado".

En verdad, el argumento que me parece más consistente –repito– ha sido el de la conducta procesal del demandado. Las pruebas, que han sido inconsistentes, no pueden servir para «reforzar» la valoración de dicha conducta. Otro dato que no puede pasar desapercibido, es que el juzgado se haya referido al "parecido físico" entre la menor y el demandado.

La fundamentación jurídica del juzgado se basó en principios del derecho y en normas específicas. Respecto del primer tipo de argumentación, se manifestó que:

"si bien el demandado basa su Reconvención en el hecho de que la demanda no se sujeta a ninguno de los presupuestos que señala el artículo cuatrocientos dos del Código Civil, debe establecerse categóricamente que el hecho de no haber sostenido las partes una relación de convivencia, por no haber vivido juntos nunca, no establecen que estas relaciones sexuales no se hayan realizado dentro del marco de una relación amorosa con trato sexual furtiva e inconstante por el poco tiempo de su duración, si tomamos en cuenta que duró aproximadamente un mes, ya que ello no determina en forma alguna el hecho de que estas relaciones sexuales no se hayan consumado, cabe mencionar en este aspecto que frente a vacíos o deficiencias de la ley, el juzgador debe administrar justicia aplicando en forma extensiva la jurisprudencia y los principios generales del derecho, con el fin de resolver el conflicto de intereses con relevancia jurídica como lo es el presente caso, como lo señala el artículo ciento treinta y nueve inciso octavo de la Constitución Política del Estado, tomándose en cuenta la copia de la Jurisprudencia sobre Filiación que corre de fojas ocho a nueve de autos" (el subrayado es mío).

Las normas que se invocaron fueron las siguientes:

"que habiendo el demandado basado su Reconvención en el artículo cuatrocientos tres del Código Civil⁵, que esta norma actualmente ha quedado derogada por el artículo sexto de la Ley veintisiete mil cuatrocientos ochenta y uno de 2012, de fecha seis de Enero de mil novecientos noventa y nueve, no pudiendo esta judicatura basar su sentencia en norma anteladamente derogada, por ser norma inaplicable y no habiendo probado las preces de su acción el demandado frente a la Reconvención planteada, es de aplicación en este último extremo el artículo doscientos del Código Procesal Civil, que las demás pruebas actuadas y no glosadas no enervan en nada los considerandos de esta sentencia, por lo que en aplicación de lo dispuesto por el artículo segundo inciso diecinueve de la Constitución Política del Perú, artículo diecinueve del Código Civil y en aplicación extensiva del inciso tercero del artículo cuatrocientos dos del mismo cuerpo de leyes, así como en la Ley veintisiete mil cuatrocientos ochenta y uno de 2012, que modifica el artículo cuatrocientos dos, que incluye el inciso sexto

y artículo cuatrocientos trece del mismo cuerpo de leyes, así como en los artículos doscientos setenta y cinco, doscientos setenta y siete, doscientos ochenta y uno y doscientos ochentidós del Código Procesal Civil, el Octavo Juzgado de Familia de Lima, administrando justicia a nombre de la Nación, FALLA: DECLARANDO INFUNDADA LA RECONVENCIÓN (...) y FUNDADA LA DEMANDA" (el subrayado es mío).

En aplicación (*in abstracto*) de los principios (generales) del derecho, ya que no se menciona específicamente a ninguno, se realiza una aplicación (hiper) extensiva del inciso 3, del artículo 402 c.c., que establece que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada, cuando:

"el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales".

De ello se desprende que, con esta interpretación, el hecho de tener "relaciones sexuales múltiples", equivale a un concubinato, a los efectos del mencionado inciso, para ser declarado judicialmente como padre extramatrimonial. Ello confirma la tendencia a diferenciar este supuesto, del de la configuración de la "unión de hecho", para que se constituya una sociedad de gananciales, en la cual se requiere, según lo establecido por el artículo 326 c.c., que la pareja esté conformada voluntariamente por un varón y una mujer, que estén libres de impedimento matrimonial y que hayan convivido, al menos, dos años continuos, "para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio".

Habiendo sido apelada esta sentencia por ambas partes, la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, con resolución de fecha 15.06.00, con el voto de tres vocales, cada uno de los cuales hizo una fundamentación singular y con un voto en discordia, se confirmó la resolución recurrida. En la resolución firmada en conjunto por los tres vocales, se afirma que:

"se debe mencionar que si bien el artículo 402 del Código civil no ha considerado la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción como causal para declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurí-

dica a una menor cuya situación jurídica es la de un gran sector de la población infantil, porque ello importaría atentar contra su derecho de llevar un nombre patronímico que le corresponde, así como desconocer el principio general del derecho de que "todos somos iguales ante la ley" y por tanto gozamos de las mismas oportunidades.

(...) Que, de ahí la obligación impuesta al juzgador en el artículo octavo del Título Preliminar del Código civil, aplicable al caso de autos por imperio del artículo séptimo del mismo título".

A propósito del principio de la igualdad, se sostiene que se debe enfocar desde una doble perspectiva, "de un lado, como un **principio** rector de todo el ordenamiento jurídico del Estado democrático de Derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y de otro lado, como un **derecho constitucional subjetivo**, individualmente exigible que confiere a toda persona el derecho a ser tratado con igualdad ante la Ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación"⁶.

Como ya lo mencioné en otra sede⁷, la naturaleza de los principios jurídicos es la de ser modelos crípticos, estructuras carentes de poder vinculante (como la ley, la costumbre o la jurisprudencia) y por lo tanto, no pueden ser entendidas como normas jurídicas. Los principios no tienen *per se* el carácter de obligatorios. Cosa distinta sucede cuando los principios son recogidos en una norma jurídica: por tal hecho se vuelven vinculantes; pero no por ello pierden su naturaleza. En el caso del denominado derecho subjetivo a la igualdad, creo que se trata de un principio que, por el hecho de ser consagrado por la Constitución, no debería alterarse en su esencia⁸. El derecho subjetivo no es más que el poder que el ordenamiento jurídico le otorga a los sujetos de derecho, para que actúen libremente. Por ello, el error conceptual en el cual se ha incurrido al redactar el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, no nos debe llevar a esta confusión. Volviendo a la interpretación del artículo 402 c.c., se sostiene que:

"analizado el indicado artículo 402 del Código Sustantivo se llega a la conclusión que el legislador al estructurar dicha norma la señalado supuestos de hecho en base a los cuales se puede declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, sin que los supuestos fácticos para tal declaración se agoten en la enumeración que hace el aludido artículo.

(...) Que, en efecto, este numeral no determina que la declaración judicial en cuestión sólo puede declararse en base a las causales que en él se fijan, dado que esta disposición legal no determina taxativamente las causales en base a las cuales se puede producir la referida declaración judicial.

(...) Que, la interpretación teleológica del artículo 402 del Código Civil nos permite establecer la relación paternofamiliar (paternidad extramatrimonial), lo cual conforme a nuestro ordenamiento jurídico deberá demostrarse de acuerdo con las normas procesales respectivas" (el subrayado es mío).

Es aquí donde la Sala "echa mano" de la normatividad procesal para reforzar la interpretación extensiva del artículo 402 c.c., de la siguiente manera:

"debe tomarse en consideración que el sistema jurídico para la determinación judicial de paternidad ha evolucionado en el tiempo, particularmente en los últimos veinte años, en razón al notable desarrollo científico que ha posibilitado la determinación biológica de la paternidad, desplazándose así progresivamente el sistema de presunción legal de paternidad.

(...) Que, así, nuestro Código Procesal Civil promulgado mediante Decreto Legislativo número 768, y vigente desde el veintiocho de julio de mil novecientos noventa y tres, contempla en su artículo 193 el ofrecimiento de "medios probatorios atípicos" constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios, los que se actuarán y apreciarán por analogía con los medios probatorios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.

(...) Que, igualmente, el legislador concede al Juez, para formarse convicción, el uso del método lógico-jurídico al incorporar el capítulo denominado "sucedáneos de los medios probatorios" que incluye las modalidades de los indicios, presunciones, evaluación de la conducta de los justiciables y, la ficción legal.

(...) Que, los sucedáneos de los medios probatorios son, como lo establece el artículo 275 del Código Procesal Civil, auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juzgador para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

(...) Que, dentro de los sucedáneos

de los medios probatorios el código Procesal Civil recoge la presunción judicial y la conducta procesal de las partes.

(...) Que, en cuanto a la presunción judicial (artículo 281 del Código Adjetivo) nuestro ordenamiento procesal civil autoriza al juez a formarse convicción respecto al hecho o hechos investigados, entre otros, a partir de los presupuestos debidamente acreditados en el proceso.

(...) Que, en el presente caso, los medios probatorios analizados por la Juzgadora en cuanto a la relación extramatrimonial habida entre las partes en época contemporánea a la concepción, conducen a presumir fundadamente que dicha relación extramatrimonial fue real y que durante su vigencia se procreó a la menor".

La Sala procede de una manera correcta (frente a las nuevas pruebas que permiten ofrecen los avances de la ciencia) al interpretar extensivamente el artículo 402 c.c., ampliando el elenco de las causales para declarar la filiación extramatrimonial y, no como, equivocadamente hace el juez de familia, "forzando" el inciso 3 de dicho artículo⁹. Sin embargo, ambas instancias, en vez de evaluar atentamente las pruebas (bastante inconsistentes) ofrecidas por la demandante, hacen mas bien un «acto de fe», respecto de estas, por cuanto, las mismas no son suficiente para acreditar que la vedette y el reportero tuvieron relaciones sexuales y, mucho menos, una hija. Mejor suerte corre el *iter* argumentativo respecto de la conducta procesal del demandado. En efecto, la Sala sostiene que:

"Que, en cuanto a la conducta procesal de las partes (artículo 282 del Código Adjetivo) dicho ordenamiento procesal civil autoriza al juez extraer conclusiones atendiendo a la conducta que éstos observen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción; debiéndose agregar que los jueces se encuentran autorizados para amparar o desamparar la demanda, como un elemento coadyuvante y a calificar la conducta procesal que observen las partes durante el desarrollo del proceso.

(...) Que, siendo esto así, si alguno de los justiciables no concurre varias veces a las citaciones del juzgador, su conducta debe ser considerada como indicio grave en contra de su preten-

nión o de las excepciones de mérito, según sea el caso.

(...) Que, en el caso sub-litis, no aparece elemento de juicio alguno que conduzca a determinar que el demandado haya colaborado para el esclarecimiento de la verdad de los hechos alegados por las partes.

(...) Que, con respecto a ello, aparece de la audiencia de fojas doscientos veintiocho a doscientos cuarenta y uno que el demandado formuló oposición a la prueba genética de reconocimiento de ADN – fojas cuatro y cinco del Cuaderno de Tachas que se tiene a la vista – manifestando que en el Hospital Rebagliatti no se cuentan con los instrumentos necesarios para llevar adelante dicho examen y que la mencionada prueba genética no brinda certeza sobre la relación de parentesco; oposición que fue declarada infundada por el A-quo en la propia audiencia y confirmada su resolución por la Sala de Familia conforme es de verse de la resolución que fotocopiada corre a fojas cuatrocientos setenta.

(...) Que, al no haberse presentado el demandado al Hospital Rebagliatti el día señalado para la audiencia, como es de verse de la constancia de fojas trescientos ochenta y cuatro, el Juzgado por resolución de fojas cuatrocientos seis señaló nueva fecha para el examen correspondiente, el que tampoco se pudo realizar por inasistencia del emplazado conforme aparece de la constancia de fojas cuatrocientos veinticuatro;

(...) Que, posteriormente por resolución de fojas cuatrocientos treintidós nuevamente el A-quo convoca a las partes para la realización de la prueba del ADN en los laboratorios el Hospital Rebagliatti, apareciendo de la constancia de fojas cuatrocientos sesenta y uno que por tercera vez no asistió el demandado.

(...) Que hay que hacer notar que el demandado en forma totalmente extemporánea mediante escrito de fojas quinientos veintiuno a quinientos veintisiete indica la imposibilidad física y moral que tiene para someterse a la prueba de ADN el día señalado por el Juzgado (doce de febrero de mil novecientos noventa y nueve); imposibilidad "moral" que no alegó al momento de cuestionar la prueba dentro del plazo que imperativamente previene el inciso primero del artículo 478 del Código Procesal Civil, en el Cuaderno de Tacha acompañado.

(...) Que, sin embargo, a pesar de

haberse opuesto a la prueba genética de ADN y no cumplido con asistir a las tres citaciones realizadas por el Juzgador, el demandado se sometió al examen médico-legal ordenado por el Juzgado, manifestando en su escrito de fojas trescientos noventa y seis que lo hacía en «estricto acatamiento a lo dispuesto por su despacho y mostrando su voluntad de colaborar».

(...) Que, de otro lado, debe también señalarse que el propio demandado en su escrito de fojas cuatrocientos diez expresa haber interpuesto una acción de garantía –amparo– contra la resolución del Juzgado que ordena se lleve adelante el examen de ADN" (el subrayado es mío).

Frente a ello, la Sala entiende que:

"todo lo anteriormente expuesto con relación a la conducta del emplazado, autoriza a concluir que no ha prestado de modo alguno su colaboración para la práctica de la prueba de ADN; acreditándose de este modo que entre las partes no sólo ha existido una relación amorosa, sino que ha existido una relación íntima que inequívocamente la condujo a la procreación de la menor (...), cuyo mérito conduce a amparar la demanda de filiación, aplicando el espíritu y el criterio contenido en el artículo 402 del Código Civil.

(...) Que, respecto de la aplicación retroactiva de la Ley número 27048 alegada por el demandado, debe señalarse que el A-quo mediante resolución de fojas cuatrocientos ochenta y ocho resolvió hacer efectivo el apercibimiento que contiene el segundo párrafo del inciso sexto del artículo 402 del Código Civil, modificado por la indicada ley; resolución que conforme puede verse de lo actuado se encuentra debidamente consentida al no haberse formulado por el demandado medio impugnatorio alguno en su contra.

(...) Que las disposiciones procesales por mandato de la segunda disposición complementaria final del Código Procesal Civil, son de aplicación inmediata; pudiendo el Juez evaluar la negativa del emplazado a someterse a la prueba del ADN para declarar judicialmente la paternidad, de acuerdo con lo que dispone el artículo 402 del Código Civil, modificado por la ley número 27048, en concordancia con las disposiciones que para evaluar la conducta de los justiciables contiene el artículo 282 del Código Procesal Civil» (el subrayado es mío).

Comparto con la Sala el hecho de ha-

ber aplicado la disposición procesal, relativa a la evaluación de juez frente a la negativa de someterse a la prueba del ADN, de manera inmediata¹⁰. No me queda tan claro si de ello "inequívocamente", como lo sostiene el órgano colegiado, se deba inferir la paternidad del demandado, máxime cuando aún subsiste el artículo 415 c.c., el cual establece "que el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años"¹¹. Repito que el *iter* argumentativo ha sido impecable. Sin embargo, entre éste y la conclusión tan categórica a la que se arriba, hay una suerte de "principio oculto" (o política jurisprudencial) en el que, indudablemente, el operador jurídico se inclina más a favor de la pretensión de la madre, que a la del (presunto) padre: es el del interés superior del menor¹². En este sentido (y revelando dicho principio), se pronuncia el fundamento del voto de la Vocal Huerta Herrera, en el cual se sostiene que:

"habiéndose demandado la investigación judicial de la paternidad de la niña (...), dicho petitorio responde a una exigencia de estricta justicia que debe ser atendido por el juzgador por cuanto conlleva un debate sobre derechos fundamentales tales como: "a conocer los progenitores" y la "identidad" (uno de cuyos elementos lo constituye el apellido paterno), conforme lo reconoce el inciso 1 del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño al establecer que el niño tendrá derecho desde que nace, entre otros, a un nombre y a conocer a sus padres; siendo además, deber del Juez resolver un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; (...) De ahí, que sustentándose la demanda en la imputación de la paternidad que se le atribuye al demandado (...), como consecuencia de las relaciones sexuales mantenidas con la demandante (...), resulta menester interpretar el artículo 402 del Código Civil que regula sobre la declaración Judicial de paternidad Extramatrimonial; (...) Dicho dispositivo legal prevé los supuestos de hecho de la referida declaración de paternidad que no (debe) entenderse sean los únicos desde que la paternidad no puede agotarse en cierto número de supuestos previstos por la ley sino fundamentalmente en adquirir certeza o verosimilitud de ser el padre respecto de determinada persona; (...) Por ello, cualquier interpretación restrictiva de la norma en comento podría llevar a una situación injusta que no puede ser amparada por el Derecho que busca preci-

samente realizar el ideal de justicia, tanto más, si se tiene en cuenta que en los tiempos actuales con el avance de la ciencia y la tecnología, puede llegar a determinarse con un altísimo porcentaje de certeza sobre la paternidad y/o maternidad; (...) A mayor abundamiento, cabe destacar que la norma en comentario no contiene el vocable «solo» o «únicamente» u otros términos similares que denoten que los supuestos de hecho previstos por ella, sean los únicos» (el subrayado es mío).

Merece particular atención el voto en discordia del Vocal ponente, Carrión Lugo, que proponía revocar la sentencia del juzgado de familia, declarando improcedente la demanda, sustentándose en lo siguiente:

“Conforme al inciso cinco del numeral 426 del CPC uno de los requisitos para la admisibilidad de la demanda es que ella debe contener el petitório, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide. Es decir, el actor debe precisar la pretensión procesal que propone. Tratándose de una demanda sobre filiación, como es el caso de autos, el actor o la actora debe señalar la causal en la que sustenta su pretensión procesal, en la que apoya su pedido para que se emita su declaración de paternidad¹³. (...) de otro lado, el inciso 6 del artículo 427 del CPC establece que una demanda es improcedente si ella contiene un petitório jurídicamente imposible. En efecto, si una pretensión procesal no estuviera regulada por el derecho positivo, mal podría encontrar tutela jurisdiccional efectiva, por lo que la demanda correspondiente deberá declararse improcedente. En el presente caso se está frente a un petitório jurídicamente imposible, pues, el supuesto fáctico descrito en la demanda no está tutelado jurídicamente por el numeral 402 del CC, ni por otro dispositivo legal. (...) Si bien conforme al artículo VII del Título Preliminar del CPC el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado o lo haya sido erróneamente, empero, el Juzgador no puede ir más allá del petitório ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Dicha norma, por su texto, supone que los hechos están regulados por el ordenamiento jurídico, pues si no estuvieran regulados el Juez no podría crear una norma para el efecto por no ser esa su función estricta”.

El vocal discordante, pretende invocar el argumento psicológico, vale decir, la intención del legislador, para sustentar su opinión, al aseverar lo siguiente:

“¿Cuál ha sido el criterio del legislador al regular las causales para la decla-

ración de la filiación extramatrimonial? Inicialmente con la promulgación del CC, se fijaron cinco causales concretas detalladamente concebidas (artículo 402 CC) para la declaración de la filiación. Con posterioridad, con la dación de la Ley N° 27048 (promulgada el 28 de Diciembre de 1998, ocho meses después de la presentación de la demanda que ha originado el presente proceso), se ha agregado una causal más, consistente en la acreditación del 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. Por consiguiente ahora se tienen 6 causales que pueden invocarse válidamente para los efectos de la declaración judicial de la filiación extramatrimonial. Esto significa también que el legislador, al fijar las causales con detalle, ha querido que los juzgadores recurran a la interpretación restrictiva de la norma para la filiación y no a la interpretación extensiva, en la que el intérprete amplía el significado del texto de la norma para comprender en ella otros supuestos fácticos que razonadamente estén incluidos, en atención a que el legislador al regular las anotadas causales lo ha hecho no recurriendo a fórmulas genéricas sino a fórmulas específicas, detalladamente configuradas, dando, como por ejemplo en el caso previsto en el inciso 3 del artículo 402 del CC, una concepción singular del concubinato, diferente en algunos aspectos al concebido para la determinación de la sociedad de bienes que se genera por las uniones de hecho reguladas por el artículo 326 del CC”.

Por último, se invoca el principio de irretroactividad de las normas, al sostener que:

“la modificatoria introducida por la Ley N° 27048 al numeral 402 del CC, de otro lado, no puede aplicarse retroactivamente en virtud de la previsión contenida en el artículo 103 de la Constitución del Estado. Es más, si conforme al Código Procesal Civil los Jueces están autorizados para calificar la conducta procesal de las partes en litigio para amparar o no una demanda, especialmente cuando se manifiestan notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción; sin embargo, la ley citada en este considerando ha establecido una calificación especial y concreta de la conducta procesal que pueda asumir el demandado, cuando señala que ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas (entre ellas la del ADN) luego de haber sido debidamente

notificada bajo apercibimiento por segunda vez el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado, declarando la paternidad”.

Frente a estas afirmaciones, creo pertinente precisar que:

a. La pretensión procesal (declaración judicial de filiación extramatrimonial) si fue formulada por la demandante, aunque el fundamento jurídico no era el correcto (o, en todo caso, fue impreciso). El juez está obligado a administrar justicia aún en caso de vacío de la ley, lo cual no significa “crear una norma”. No se entiende por qué el vocal ponente (discordante) exige “que la pretensión procesal materia del proceso esté rigurosamente señalada”, cuando, repito, si lo fue y si por “rigor” se entiende que la parte deba invocar el artículo, se incurre en un grueso error. Por ello, la afirmación que se está frente a un “petitório jurídicamente imposible” no resiste al análisis.

b. La pretendida interpretación de la intención del legislador es un argumento débil. Si bien es cierto que ésta era la posición del ponente del Libro de Familia del Código Civil¹⁴, ésta va en contra de toda una orientación jurisprudencial que ya había admitido una interpretación extensiva del artículo 402 c.c., vale decir, que el elenco de las causales contenidas en el mismo no debía entenderse como un *numerus clausus*, sino como un *numerus apertus*.

c. La afirmación que la Ley N° 27048 no es retroactiva, debe entenderse respecto de sus normas de carácter material. Las disposiciones procesales contenidas en la misma (entre ellas, la valoración de la conducta el emplazado, por parte del juez), por mandato del propio Código Procesal Civil, son de aplicación inmediata. Asimismo, se debe recordar que los artículos 193 c.p.c. (respecto de los medios probatorios atípicos), 282 c.p.c. (evaluación de la conducta procesal de las partes), entre otros, estaban vigentes al momento de la interposición de la demanda.

Creo que estos argumentos son suficientes para afirmar que la posición del vocal ponente (discordante) se ha dado, dándole la espalda (inexplicablemente) a una orientación jurisprudencial ya aceptada y a normas procesales vigentes.

En opinión que comparto, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, en resolución de fecha 13.10.00 (Cas. N° 1753-2000), declaró improceden-

te el recurso de casación interpuesto por el demandado, precisando que:

“esta denuncia (la del demandado) está dirigida a cuestionar la interpretación modificativa efectuada por la Sala de mérito, sustentada en una línea jurisprudencial, que ha sido recogida con posterioridad en la Ley veintisiete mil cuarentiocho, y a la que se podía arribar luego de una interpretación sistemática del conjunto de normas que regulan el derecho familiar, hechos que en estricto no configuran contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, sino el ejercicio de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, como es el aplicar el derecho que corresponda al proceso, fundamentando su decisión en hechos alegados por las partes”.

Nótese que en un mismo proceso, diversos operadores jurídicos han invocado una serie de principios jurídicos, como el de igualdad, el de aplicar la norma jurídica pertinente (traducido a través del aforismo *iura novit curia*), el de irretroactividad de la ley, el del interés superior del menor, incluso, para defender posiciones contrapuestas.

El caso que se ha comentado nos pone en evidencia, como señalé anteriormente, el dilema en el cual se encuentra el juez, entre ceñirse cómodamente a la literalidad de la norma (cuando esta existe) o arriesgarse y recurrir a los principios jurídicos para entenderla de una manera que haga más sensible a la administración de justicia. El derecho no es una ciencia exacta que busca soluciones frías y uniformes: es un producto cultural y por ello, requiere del auxilio de seres humanos que, con defectos y virtudes, asuman el rol de operadores jurídicos y respondan, acordes con las normas y los principios, a los requerimientos de la colectividad, que siempre serán variados y en constante transformación. De esta manera, irán descubriendo nuevos principios y situaciones jurídicas, dignos de tutela: esto es lo que diferencia a un operador jurídico atento a su realidad, de un apático burócrata que no ve (ni va) más allá de los dos metros cuadrados de su escritorio.

3. Las pruebas biológicas: el interés del menor frente al derecho a la integridad y a la vida privada de los presuntos padres naturales

En materia de reconocimiento extramatrimonial surgen una serie de derechos y principios en conflicto: el pri-

mero de ellos el del interés del menor, que más de un principio, se trata de un “típico caso de una cláusula “indeterminada”, a punto tal de comprender soluciones contrastantes”¹⁵. En efecto, esta cláusula es de carácter interpretativo y está inspirada hacia un favor respecto del menor. En este sentido se sostiene que “la cláusula del interés del menor constituye el instrumento para dar actuación, en la variedad de situaciones concretas, a los prevalecientes derechos del menor, orientando a su realización las decisiones que le atañen. Esta requiere que el juez la tenga en cuenta, no como un concepto abstracto, referido a los menores como categoría, sino en el concreto interés del niño, entendido como persona, del carácter único e irrepetible de su dimensión existencial, del contexto personal, familiar, social y económico en el cual éste vive y en consideración de ello, tome la decisión que para él, en un momento determinado y en cierto ambiente, promueva mejor sus derechos”¹⁶. Por ello se afirma que esta cláusula general “es una enunciación expresa; pero indeterminada en el contenido y susceptible de concretizarse por el juez en el momento de aplicación”¹⁷.

Sin embargo, algunos jueces han entendido de manera un tanto equívoca la cláusula general del interés del menor, al no admitir la pretensión de excluir el nombre de quien figura como padre en la partida de nacimiento, no habiendo declarado su voluntad en tal sentido. Así tenemos que la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Junín, con Resolución N° 64 (02.07.97), Exp. N° 160-97, ha establecido lo siguiente:

“Que, la consignación del nombre como padre de un menor se tiene por no puesta por mandato expreso de la última parte del primer párrafo del artículo trescientos noventidós del Código Civil.

Que no se trata de establecer si el actor autorizó o no el uso de sus nombres. Lo que se pretende es excluir un dato en cuanto al nombre, dato que para nuestro ordenamiento civil definitivamente no existe porque se considera no puesto.

Que los datos que aparecen en la inscripción de nacimiento definitivamente constituyen parte de su identidad, incluido el nombre de quien dice no ser su padre y el Estado está comprometido a preservar esa identidad, por así mandarlo el inciso primero del artículo ocho de la Convención sobre Derechos del Niño, apro-

bada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte e noviembre de mil novecientos ochenta y nueve y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa veinticinco mil doscientos setenta y ocho de fecha tres de agosto de mil novecientos noventa”.

Por suerte, la Sala Civil de la Corte Suprema de la República corrigió este error conceptual al determinar, con fecha 05.05.99, en Cas. N° 2747-98:

“Que el derecho al nombre, que es parte del derecho a la identidad, además de ser un signo distintivo de las personas en sus relaciones jurídicas y sociales, implica el derecho que tiene toda persona de poder conocer su origen y quienes son sus progenitores, por lo que mal se puede sostener que se está protegiendo la identidad de una persona al mantenerla en la creencia, a través de un documento oficial, que su padre es una persona que legalmente no tiene tal calidad.

Que, el reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral y como tal requiere de una manifestación de voluntad, y en el presente caso el accionante no ha expresado su voluntad en la partida de nacimiento cuestionada, en el sentido de aceptar la paternidad del menor, consiguientemente, no ha existido acto jurídico en tal sentido, y el hecho de que se haya consignado el nombre del actor en la comentada partida de nacimiento constituye un acto de usurpación del nombre y por ende no puede mantenerse dentro de un instrumento público una afirmación inexacta, lo que demás vulnera la norma de orden público contenida en el artículo veintiuno del Código Civil, por consiguiente, la Sala de Revisión ha efectuado una interpretación errónea de la norma contenida en el artículo trescientos noventidós del Código Sustantivo”.

La Casación, con mayor criterio ha entendido que este supuesto de hecho encaja en la figura de *usurpación del nombre*, regulada en el artículo 21 c.c.¹⁸.

La identidad, que no solamente debe ser entendida de manera estática, vale decir como identificación, sino de manera dinámica, en tanto “proyección externa de la personalidad”¹⁹, ha sido definida en una feliz expresión, como “el derecho a ser uno mismo”²⁰. Por ello, en aras del *interés del menor*, se sostiene que éste tenga derecho a conocer quién es su padre, es decir, que sepa cuál es su identidad familiar. Sin embargo, este derecho choca con el derecho a la inte-

gridad (en tanto respeto de la “esencia unitaria de la naturaleza humana”²¹) o a la vida privada²² del presunto padre. En efecto, ¿hasta qué punto la negativa del presunto padre a someterse a la prueba hemato-biológica puede ser entendida por el juez como una aceptación tácita de su paternidad? ¿Puede ser evaluada de la misma manera una negativa a someterse a esta prueba frente a otras pruebas adicionales²³, que una negativa frente a la sola afirmación de la madre que el demandado es el padre? El reformado inciso 6, del artículo 402 c.c. establece, correctamente, lo siguiente:

“Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo aper-

cibimiento por segunda vez, el juez evaluará la negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista (...).”

En efecto, el juez debe evaluar la negativa, de acuerdo con el caso concreto y no equipararla *sic et simpliciter* a un reconocimiento tácito de paternidad. Resulta interesante observar que, a partir del reconocimiento del “derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, autorizada doctrina constitucional argentina afirma que «no estar obligado a declarar contra sí mismo significa también, y a la vez, no estar obligado a prestar el propio cuerpo (con su integridad

física, síquica y moral) para ninguna clase de prueba. O sea que este derecho aparea el de negarse a una prueba biológica por extracción de sangre, como también a que se le apliquen sueros a la verdad, se le practique narcoanálisis, o la hipnosis, etc.”²⁴, proponiéndose a quien pretenda conocer su identidad familiar, lo siguiente: “tienes derecho a indagar tu filiación, a conocerla, a emplazarla, a recibir para ello tutela judicial efectiva; pero dentro del marco de los medios probatorios que no impliquen violación inconstitucional a los derechos de la contraparte”²⁵.

Tarea asaz ardua y difícil será la de los jueces que tendrán que establecer jurisprudencialmente la solución frente al conflicto de estos derechos.

Notas

¹ Tal como se da cuenta en la resolución del Octavo Juzgado de Familia de Lima, de fecha 07.12.99, la cual estoy siguiendo fielmente, a efectos de relatar los hechos.

² Así, Varsi Rospigliosi, *Hacia una filiación biológica*, en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVII, N° 11, Trujillo, 1997, pp. 45 y ss; Martínez Coco, *La filiación biológica y el artículo 402 del código civil*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año IV, N° 8, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pp. 341 y ss; Gutiérrez Duany y Lavarello Alba, *Las biopruebas de identificación y el derecho a la intimidad*, en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVII, N° 13, Trujillo, 1997, p. 91 y ss; entre otros.

³ En *Diálogo con la Jurisprudencia*, con comentario de Varsi Rospigliosi, *Análisis constitucional de la investigación jurídica de paternidad*, Año III, N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, p. 83 y ss.

⁴ Téngase en cuenta que la parte pertinente citada establece que «ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415” (el subrayado es mío).

⁵ El cual establecía que “la acción, en el caso del artículo 402, inciso 3, es improcedente si durante la época de la concepción la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo trato carnal con persona distinta del presunto padre o si en la misma época fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre”.

⁶ Eguiguren Praeli, *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*, en *Ius et Veritas*, Año VIII, N° 15, diciembre, 1997, p. 63 (el resaltado es del autor).

⁷ Espinoza Espinoza, *Principios Generales del Derecho*, en *Temas de Derecho*, Revista de los Talleres de Investigación Jurídica, N° 1, Sagitario, Lima, 1987, p. 46.

⁸ Así, Lonardo, citando a Barberis, cuando expresa que «un principio puede considerarse existente no por el hecho de haber sido legítimamente puesto por un legislador, sino “por el hecho de ser considerado *justo* o, al menos, adecuado al caso para el cual ha sido invocado”” (Op. cit., p. 287).

⁹ No obstante ello, en el fundamento del voto del Vocal Ramos Lorenzo, se invoca la interpretación extensiva del inciso 3, del artículo 402 del Código Civil.

¹⁰ Resulta pertinente citar el siguiente pasaje del fundamento del voto del Vocal Ramos Lorenzo, en el cual se aprecia que “la prueba del ADN no es una creación de la Ley 27048, desde que ya se encontraba prevista en el texto originario de la primera parte del artículo 413 de nuestra codificación civil sustantiva, conforme a la cual en los juicios sobre declaración de paternidad, o maternidad extrajudicial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos “UN OTRAS DE VALIDEZ CIENTÍFICA” (la del ADN por ejemplo), por lo que con esa o sin esa ley tal medio probatorio resulta pertinente y procedente al caso de autos”.

¹¹ En efecto, se sostiene que “debe observarse que la posibilidad de declarar infundada la demanda no se ha perdido, no sólo porque la Ley N° 27048 no expresa ni sugiere que necesariamente debe declararse la paternidad, sino y sobre todo, porque la finalidad de los sucedáneos de los medios probatorios –destinados a corroborar, completar o sustituir el valor o alcance de éstos– permiten al juez utilizar su apreciación razonada” (Plácido Vilcachagua, *Manual de Derecho de Familia*,

Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 291).

¹² Para un sector de la doctrina nacional, el interés superior del menor está basado en “el desarrollo integral del niño y adolescente en el seno de una familia que reúna las 3 características: amor, comprensión, felicidad” (Chunga Lamónja, *Derecho de Menores*, tercera edición actualizada, Grijley, Lima, 1999, p. 225).

¹³ Se precisa, además, que “toda pretensión procesal tiene, por un lado, su fundamentación jurídica y fáctica, y por otro, el petitorio correspondiente. Tratándose de la filiación la pretensión respectiva comprende: a) su fundamentación, que está conformada por la descripción de los hechos que deben subsumirse dentro del marco de los incisos 402 del CC y por la fijación de la previsión legal que sirve de base para la tutela jurisdiccional que se reclama. B) El petitorio, que se concreta a solicitar la declaración de paternidad. La propia demandante reconoce que el supuesto fáctico que señala en su demanda no es subsumible dentro de las causales de filiación previstas por el artículo 402 del CC vigente en la fecha de presentación de la demanda”.

¹⁴ En efecto, Cornejo Chávez, en su momento (1980) afirmó que “el progreso de la ciencia permite ya obtener de la prueba de la sangre una conclusión tan inequívoca como puede ser la de cualquiera otra pericia, en el sentido de la no paternidad, aunque no de la paternidad” (en *Exposición de Motivos y Comentarios del Proyecto del Libro de Derecho de Familia de la Comisión Reformadora*, en Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, *Exposición de Motivos y Comentarios*, cit., p. 436). Asimismo, el mismo autor, posteriormente, sostuvo que “acreditada en el juicio la hipótesis alegada –que ha de ser una de las cinco enumeradas en el artículo 402– se presume que el demandado es el padre” (el subrayado es mío) (*Derecho Familiar Peruano*, décima edición actualizada, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 476).

¹⁵ Leite De Converti, *Dichiarazione di paternità naturale: prove biologiche e interesse del minore*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Año X, N° 4, Padova, 1994, p. 535.

¹⁶ Ferrando, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, en *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura de Cabella Pisu Y Nanni, CEDAM, Padova, 1998, p. 19.

¹⁷ Arrigo, *Interesse del minore con riguardo alla protezione del patrimonio*, en *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., p. 201.

¹⁸ Como precedente tenemos la resolución de fecha 17.11.98, Cas. N° 1061-98-Junín, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 5, N° 10, Julio 1999, pp. 144-146. En doctrina nacional, Vega Mere, *La exclusión del nombre del no declarante del nacimiento de un hijo extramatrimonial* en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año , N° 1, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, pp. 93 y ss.

¹⁹ Como distingue acertadamente Tommasini, en *L'identità dei soggetti*, en *L'informazione e i diritti della persona*, a cura de Alpa, Bessone, Boneschi Y Caiazza, Centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei, Jovene, Napoli, 1983, p. 86.

²⁰ Dogliotti, *Diritto All'identità e tutela della persona*, en *L'informazione e i diritti della persona*, op. cit., 174. Entre nosotros, Fernández Sessarego, define a la identidad personal como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto específico ser humano” (en *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113).

²¹ Espinoza Espinoza, *Estudios de Derecho de las Personas*, Segunda Edición, Editorial Huallaga, Lima, 1996, p. 152.

²² Se sostiene que su “definición debe girar en torno a la protección de la esfera de nuestra existencia que la persona reserva para sí misma, libre de intromisiones, tanto de particulares como del Estado, así como el control de la información de esta faceta de nuestra vida» (Morales Godo, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Grijley, Lima, 1995, pp. 107-108).

²³ Resulta interesante el precedente que da un valor decisivo a las pruebas testimoniales a efectos de la declaración judicial de filiación extramatrimonial. En efecto, el Dictamen Fiscal N° 629-93-MP-FN-FSC, del 09.12.93, estableció que “dada la forma explicativa (sic) en que los testigos han respondido las repreguntas formuladas por el apoderado del demandado, y el reconocimiento que el mismo ha efectuado sobre dichos hechos y tratándose de un reconocimiento de filiación que lleva implícita una relación sexual, de la cual sólo quienes conocen a las partes pueden informar, sobre todo cuando éstas forman convicción, resulta prueba suficiente que hace procedente amparar la pretensión, máxime si va aunada a una serie de actos de la madre, tendientes a conseguir el reconocimiento de su hija, desde cuando se encontraba en gestación” (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año III, N° 7, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, pp. 177). La Corte Suprema, con resolución del 06.01.94, confirma esta opinión.

²⁴ Bidart Campos, *La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año III, N° 5, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, pp. 241-242.

²⁵ Bidart Campos, Op. cit., pp. 243.