

2007

# La decisión de la Corte Suprema de Justicia del Perú acerca de la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial. De las defensas tontas y los padres cobardes

Enrique Varsi





Enrique VARSI ROSPIGLIOSI (\*)

## LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ ACERCA DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

De las defensas tontas y los padres cobardes

### RESUMEN

*El autor afirma que el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial fue pensado para los hijos sin padres, no para los padres que no quieren reconocer a sus hijos, preponderándose, de este modo, el derecho a la identidad de los menores de edad sobre la supuesta afectación de los derechos a la libertad y el debido proceso del demandado como padre. La contundencia de la prueba biológica debe prevalecer antes que cualquier formulismo legal, debiéndose dejar atrás las presunciones para la indagación de la paternidad.*

Nacido en Halicarnaso, casi medio siglo antes de la era cristiana, Herodoto relata que los Ausees, antiguos nómadas del norte de África, tenían una costumbre en la atribución de paternidad. «Estos pueblos sin cohabitar particularmente con sus mujeres, usan no solo promiscuamente a todas, sino que se juntan con ellas en público, como suelen hacerlo las bestias. Cuando una mujer tiene en su poder un niño crecido, se reúne en un lugar a los hombres cada tercer mes, y se tiene al niño por hijo de aquel a quien más se parece». Esta costumbre no solo se perdió sino que, como típica de un pueblo, no tuvo mayor impacto en el resto de la pobla-

ción. Los efectos de la procreación merecieron una solución inmediata y justa para la época e idiosincrasia de este pueblo, mientras que en otros caseríos reinó el desbande y la irresponsabilidad parental. El sexo fue un instrumento generador de placer y de hijos por doquier que no cedió frente a la juridicidad de la filiación.

Padres con hijos son la mayoría de los hombres. Hombres con cantidad de hijos son la excepción y más insólito es saber de padres con una cuantiosa prole que no tienen el mayor reparo de reconocerlos. Y es que, más allá de la paternidad responsable, el engendramiento,

(\*) Doctor en Derecho y Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado por la Universidad de Lima. Profesor de Derecho civil de la Universidad de Lima y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Representante del Perú ante el Comité de Bioética de la UNESCO.

como símbolo del linaje, contribuyó a la formación de imperios, lo que implicaba una legitimación de la descendencia.

Aunque cueste creerlo, si nosotros tuviéramos un antepasado asiático conocido en la historia, de seguro sería Gengis Khan. Denostado por bárbaro y cruel, lo cierto es que este líder mongol (1167) sabía hacer el amor, y por lo visto lo hacía soberbiamente, sin desperdiciar noche alguna. Esto quedó demostrado en un reciente estudio genealógico de ADN que indicó que cerca de 16 millones de personas en el mundo descienden de un ancestro asiático en común. Gengis Khan engendró miles, léase bien, miles de hijos y su multiplicación aritmética, a partir del siglo XIII, ha contribuido a dejar huella no solo en Asia, sino también en Europa y América.

Mucho antes de este fecundo mongol, el lascivo y mujeriego faraón Ramsés II (1279 a. de C.) tuvo 101 hijos, muchos de ellos enterrados en una misma tumba llamada KV5 (símbolo homenaje del padre a sus hijos). También se sostiene que el hombre con mayor descendencia registrada, que rivaliza con Khan, fue el monarca de Marruecos: Ismael El Sangriento, con un total de 888 hijos, de los cuales fueron legitimados cerca de la mitad (matrimoniales o convivenciales) ([www.anfrix.com](http://www.anfrix.com)). **Recientemente, hemos conocido casos como el de un beduino árabe israelí** de 58 años de edad que tiene 67 hijos de su relación con ocho esposas ([www.actualidad.terra.es](http://www.actualidad.terra.es)) y el caso de un argentino de 44 años que tiene 37 hijos (<http://www.clarin.com>) y viene requiriendo una ayuda económica para vasectomizarse.

¿Ellos niegan su paternidad? No, no lo hacen, al contrario, se enorgullecen de ella. Tantos hijos sin queja de ningún tipo. Mientras que en este lado de la vereda hay hombres que se jactan de sus derechos para impedir la identidad filiativa de quienes piden ser declarados judicialmente como descendientes (cosa absurda).

Un día me dijeron: «Reconocí al hijo de fulanita de tal, ¿sabes por qué?... es que me hice la prueba de ADN y resultó ser mi hijo y, además, me casé con ella». Bueno –pensé– este no es un caso ejemplar, da mucho que desear, pero al menos la desconfianza mezclada con la culpa de aquel padre desconcertado, pero sabedor de la cópula mantenida, fue claramente venida a menos con la contundencia de la prueba genética que corroboraba su paternidad. Debería estar agradecido él y tantos otros.

Se imaginan a Gengis Kahn, a Ramses y al monarca marroquí Ismael El Sangriento, opinando acerca del nuevo proceso peruano de la filiación judicial de la paternidad extramatrimonial regulado por la Ley N° 28457 y alegando que se violan sus derechos a la libertad y al debido proceso porque la ley les obliga a someterse a una prueba que ellos no quieren. No creo que a estos señores les hubiese quitado el sueño tanta disquisición doctrinal. No fueron cobardes. Concientes de sus actos, aceptaron con hidalguía su progenie.

\*

\* \* \*

Con el tiempo, los problemas de paternidad en lugar de ir simplificándose fueron complicándose. Las presunciones creadas por el Derecho para justificar una investigación de paternidad resultaron medidas buenas para una época determinada, a pesar de generar procesos judiciales interminables acompañados de argucias legales. La luz al final del túnel se aprecia en 1984 cuando se descubre la aplicación de la prueba de ADN para verificar el nexo filial. Esto marcó un punto importante en las páginas del Derecho civil y procesal. Por una parte, las normas de filiación han ido adecuándose a tendencias más biológicas (la fuerza de los genes) dejando de lado el aspecto social (lo ocurrido a vista y paciencia de los demás sin mayor grado

de certeza). Las normas procesales y las decisiones jurisdiccionales marcaron el paso en la investigación del nexa parental admitiendo todo tipo de pruebas para la investigación filial.

En el 2005, la Ley N° 28457 aprobó el proceso especial para investigar la paternidad extramatrimonial y con ella surgieron algunos poco afortunados contradictores. Se sintetiza en la presentación de una demanda ante el Juez de Paz Letrado que, a pedido de la parte interesada, expedirá una resolución declarando la paternidad. La única defensa del emplazado es oponerse al mandato de paternidad sometándose a la prueba de ADN (en el plazo de 10 días siguientes). Los gastos de la prueba están a cargo del demandante. Transcurrido el plazo y no habiéndose realizado la pericia por causa injustificada, el mandato se convierte en declaración de paternidad. Cabe la apelación en el plazo de tres días, teniendo el Juez de Familia diez días para resolver. Por el contrario, si la prueba de ADN descarta la paternidad, la oposición será fundada y el demandante condenado en costas y costos. La diferencia con el proceso de conocimiento, que regía anteriormente, es abismal, por decir lo menos, incomparable. Entiéndase que el proceso aprobado solo está orientado a la determinación de la paternidad extramatrimonial, no de la maternidad extramarital ni para los casos de reclamación filial. Incluso no procedería para aquellas situaciones en la que falte la madre, el hijo o el padre (investigación *post mortem*), pues la ley, curiosamente, exige la prueba a los tres.

Esta iniciativa legal nace en la Comisión de Reforma Integral de la Administración de Justicia - Ceriajus. La justificación fue la contundencia de la prueba de ADN, es decir, los resultados efectivos que de ella pueden obtenerse para establecer quién es el padre y quién no lo es, de forma irrefutable y sin discusión. Con esta base se buscó dar solución al alarmante

aumento de madres solteras, la irresponsabilidad de los progenitores, lo dificultoso de los procesos de paternidad (largos, costosos, tanto más que la pena y la angustia de los litigantes) y de la gran cantidad de niños sin padre (por sobre encima del millón). Más que un problema legal, la filiación es un drama social que merece ser afrontado con prontitud y rectitud por la ley.

La Ley N° 28457, intimatoria de paternidad extramatrimonial, no es una ley de encaje, es una buena ley, pero que no representa una solución integral. Tiene sus *pro* y sus *contras*, serán más los beneficiados que los perjudicados. El hijo en vez de que el padre, sin enfrentamiento, solo retrepados en verdades. Uno de los dos, el que generó la filiación –no el generado– asumirá un sacrificio en proporción a su acto y responsabilidad. Antes se cometían más abusos, lo ancho para el padre y lo angosto para el hijo fue la consigna del otrora modelo procedimental. Las cosas se revierten, el cauce cambió. Pensamos que es una solución parcial al problema central en el esclarecimiento del parentesco.

Con el antiguo proceso enrevesado en trámites, papeles, decires, desconociendo la fuerza probatoria de la genética ante el estado de indefensión, de soledad e impotencia de niños sin padres, desconocedores de su identidad, de qué justicia podía hablarse. No se quiere más de lo mismo. Se necesitaba un cambio radical porque la coyuntura lo requiere. Estamos esperando el desarrollo ordenado de esta novedad legislativa en el estatuto de la filiación que tanto asombro y aplausos viene ganando en el Derecho comparado. Ayudemos a crear una conciencia en nuestros futuros «padres» y en los nuevos «hijos». No dejemos a expensas del litigio la solución de estos casos. En el fondo este proceso desalienta, mejor dicho disuade la paternidad irresponsable tendiendo al reconocimien-

to voluntario. García Cantero acertadamente constata que «quizá una de las cuestiones más importantes para el siglo XXI será repensar la paternidad (*rethinking the parentood*)»<sup>(1)</sup>, al menos en el Perú hemos dado un primer y decisivo gran paso.

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

\*

\* \* \*

A propósito de todo esto, en un caso judicial, el Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Condevilla del Distrito Judicial del Cono Norte de Lima declaró inconstitucional e inaplicable la Ley del Proceso de Filiación de Paternidad Extramatrimonial que ordena al demandado la realización de la prueba de ADN a fin de desvirtuar la paternidad declarada, caso contrario la atribución de paternidad se mantiene. El sustento del juzgado es que se estarían lesionando los derechos constitucionales de libertad y el debido proceso. Elevado a consulta este caso, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia desaprobó la resolución emitida por dicha instancia, e indicó que esta ley no afecta ningún derecho del demandado,

preponderando el derecho fundamental al nombre y el derecho a la identidad personal consagrados en la Constitución, Convención de los derechos del niño, Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes. Punto final. No hay más que decir, el pronunciamiento de la máxima instancia judicial peruana corre a foja vuelta de un expediente.

Este proceso de declaración de la filiación acaba con todo. Con tachas, excepciones, contestación de demanda, con la negativa para no someterse a la prueba, apercibimientos, alegatos, informes orales, casación. En fin, es toda una revolución procesal que debe ser entendida en la dimensión del problema que busca afrontar. Este proceso fue pensado para los hijos sin padres, no para los padres que no quieren reconocer a sus hijos. No podemos seguir apañando la deslealtad en las relaciones familiares, con artilugios procesales. Respetemos los derechos de los menores de edad. Los niños no son el futuro, son el presente. El mañana para ellos puede ser demasiado tarde, no los hagamos esperar más. Un niño sin padre, aunque científicamente sea posible, socialmente es inaceptable. La ley nos ofrece una solución que no hace más que reconocer la fuerza de los genes por sobre el formulismo legal.

Pienso que si los hombres parieran como los caballitos de mar, la cosa sería muy diferente, ¿no lo cree usted? **JuS**

(1) GARCÍA CANTERO, Gabriel, «¿Qué es familia para el siglo XXI?», en *Revista de derecho comparado*, N° 9, Buenos Aires, 2004, p. 75.