

“Pero, ¿sería verdaderamente hijo de Vadinho?... El niño había salido más oscuro que ella, ¿dónde estaban los cabellos rubios de Vadinho?...”

(Doña Flor y sus dos maridos, Jorge Amado).

ESTAS preguntas no tenían antiguamente respuestas convincentes. La incertidumbre generada por las presunciones dejaba todo en el limbo. Siempre quedaba la duda y una pregunta sin respuesta: ¿será mi hijo?

Con los avances de la ciencia podemos responder a esta interrogante prácticamente sin margen de error. La prueba del ADN (y su certeza) llega para desmitificar ídolos de barro (las presunciones: debe de ser hijo de él porque son como dos gotas de agua). Las normas que estatuyen presunciones se toman obsoletas y son desplazadas por las pruebas biológicas que indican la filiación tajantemente, qué duda cabe. Lo jurídico tiende a parecerse más a lo real, va humanizándose. Lo real sigue cambiando y lo jurídico está al servicio del cambio, adecuándose, transformándose, remozándose y —por qué no— innovándose. Un sector de la jurisprudencia peruana, ante la normativa anacrónica, asumió posición fallando en mérito de la infalibilidad de la prueba del ADN, advirtiendo que las presunciones reguladas en nuestro Código Civil (escrito indubitable, posesión constante de estado, concubinato durante la época de la concepción, violación y seducción con promesa de matrimonio) no ataban de manos a los operadores jurídicos (Exp. 3114-96, Lima).

No han sido pocos los países que han posicionado la prueba del ADN en su ordenamiento jurídico como el eje por el que debe girar ordenadamente la determinación de la filiación (Perú, Chile, Brasil, Bolivia, España, Costa Rica, Estados Unidos). Obviamente, cada país ha establecido procedimientos diversos, pero todos con el común denominador de sentar las bases cimentadoras de la filiación sobre la bioprueba.

En el Perú, mediante la Ley N° 28457 (8 de enero de este año), se estableció un modernísimo procedimiento de filiación de la paternidad extramatrimonial, sustentado en la infalibilidad de la prueba del ADN. Dicha bioprueba no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, pues, en 1999, por medio de la Ley N° 27048, ésta fue incorporada al elenco de presunciones contenidas en el artículo 402 del Código Civil, que tiene por fin determinar la filiación de la paternidad extramatrimonial en un proceso de conocimiento. La práctica de la bioprueba en este proceso implica la desestimación de las otras presunciones. De forma diversa, en el procedimiento especial establecido por la nueva ley, esas presunciones resultan inaplicables. La única prueba posible es la práctica del ADN. Como se puede apreciar, hoy tenemos dos procesos para determinar la paternidad extramatrimonial: uno basado en presunciones (incluso la prueba del ADN y otras pruebas científicas) y otro sustentado únicamente en la prueba del ADN.

Nuestro vecino del sur, Chile, el 5 de julio de este año, promulgó la Ley N° 20030 que “Modifica el Código Civil en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad, y a la valoración de

CHILE Y

Los vientos del sur e



ENRIQUE
VARSI
ROSPIGLIOSI

Profesor de
Derecho Civil en la
UL y UNMSM

Con la
colaboración de

PAOLA
ATOICHE
FERNÁNDEZ



los medios de prueba sobre el particular”. Por vez primera, los chilenos otorgan a las biopruebas —por sí solas— valor suficiente para establecer la paternidad o la maternidad extramatrimonial o excluirla. Antes de la vigencia de esta ley, no tenían tal carácter, permitiéndose la presentación de toda clase de pruebas, siendo decretadas de oficio o a pedido de parte (criterio por demás amplio, pero inconsistente). Actualmente, se mantiene el sistema abierto en cuanto a la presentación de pruebas, pero con el matiz de que la prueba del ADN prevalece sobre las demás.

En ambas realidades jurídicas (chilena y peruana), se otorga el carácter de prueba plena a estas bioperi-

cias que acreditan la filiación extramatrimonial. Es un paso innovador y certero que tiene por fin la identificación —sin dejar rastro de duda— de aquel ser que origina a otro, resultando curioso que en el caso peruano —a diferencia del chileno— el proceso regulado sólo sea para determinar la paternidad, no la maternidad. La disparidad de tratamiento no se justifica, generándose dos procesos diversos para casos similares: un proceso especialísimo (corto y sencillo) para los casos de paternidad extramatrimonial sustentados exclusivamente en la prueba del ADN y un proceso de conocimiento (largo y engorroso) para los demás casos de paternidad extramatrimonial, maternidad extramatrimonial y de recla-

Y PERÚ

Los nuevos en materia de filiación



ILUSTRACIÓN: TITO PROJE

mación filial. Más adecuado hubiera sido que el nuevo proceso de filiación se estableciera sin distinciones. Diferencia adicional radica en que la ley peruana exige expresamente que la prueba del ADN sea practicada al padre, madre e hijo. Exigencia que como sabemos científicamente no es necesaria. Sólo basta que se pruebe la filiación con el material biológico del hijo y del supuesto padre o madre (no los tres). Por el contrario, la ley chilena, atinadamente, no indica quiénes deberán someterse a la prueba biológica. Resulta lógico que la bioprobea deberá realizarse sobre quiénes tenga que establecerse la filiación.

El proceso peruano se inicia ante el juez de paz le-

trado con la presentación de una demanda (más bien solicitud) del presunto hijo, cuya pretensión consiste en que el juez emita resolución, declarando padre al demandado (*inaudita pars*) y notifique de ésta al presunto padre —que, luego de esta resolución, de presunto no le queda nada—, en mérito de la fuerza de la prueba del ADN. El demandado se entera del proceso cuando todo está resuelto y, por si fuera poco, la resolución falla en su contra. El demandado, ante la resolución judicial que lo declara padre, tiene tres opciones: 1) no contesta, 2) se allana a la resolución o 3) se opone a lo fallado por el juez, obligándose a someterse a la prueba del ADN en el plazo de diez días. En los dos prime-

ros casos, se emite resolución, declarando la paternidad. El tercer supuesto es la única vía que tiene el demandado para desvirtuar la paternidad declarada judicialmente y caben dos posibilidades: 1) que el ADN sea positivo, caso en el que se declara infundada la oposición, dictándose resolución judicial de paternidad, o 2) que el ADN sea negativo, descartándose la filiación y declarándose fundada la oposición.

En Chile, el proceso se inicia con la demanda de reclamación de filiación y admite dos supuestos: 1) el padre comparece y reconoce; en este caso, el juez no dicta sentencia de reconocimiento, su labor se limita a remitir al Registro Civil copia auténtica del reconocimiento para su inscripción en la partida de nacimiento (no cabría razón alguna para que el juez se pronuncie sobre el fondo) y 2) el demandado no comparece, niega o manifiesta dudas acerca de su paternidad. En estos supuestos, el juez ordena de inmediato la práctica de la bioprobea para determinar la filiación. Si el demandado, habiendo sido citado dos veces, no concurre a la realización de la prueba del ADN (negativa injustificada), se presume legalmente su paternidad. Esta presunción admite prueba en contrario. La regla es la no procedencia de la impugnación de una filiación declarada por sentencia firme (artículo 220 del Código Civil chileno), pero esta regla admite una excepción: al presunto verdadero padre o madre o hijo no le será oponible la sentencia de filiación, pudiendo iniciar la acción de filiación (artículo 320 del Código Civil chileno). Además, cabe resaltar que el juez, antes de dictar sentencia, puede recabar los resultados de las pericias practicadas que no le hubieren sido informados. El juzgador no es un mero espectador, sino que es propulsor del proceso en aras de la verdad (principio de impulso procesal).

Sobre la negativa injustificada cabe hacer un alto. No es entendida a *simili* en Chile y el Perú. En el caso peruano, si el demandado no se somete a la prueba del ADN por causa injustificada, el juez declarará la paternidad. Esto quiere decir que el demandado podría aducir alguna causa que justifique su no sometimiento a la prueba, caso en el cual el juez no podrá declarar la paternidad; el criterio es cualitativo (subjetivo): no someterse al examen por ciertas causa. En contraste, la ley chilena establece que es causa injustificada el hecho mismo de no someterse al examen biológico por dos veces; aquí, el criterio es cuantitativo (objetivo).

Respecto al trámite y gastos de la bioprobea, tenemos que, en Chile, esta puede ser solicitada por la parte demandante o decretada de oficio, y es practicada por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos, designados por el juez. Los gastos son asumidos por el Estado. Buen paso social que nos lleva adelante Chile. Por el contrario, la ley peruana dispone que los gastos son de cargo del demandante. Sin embargo, hay que tener en cuenta que se prevé la posibilidad de solicitar auxilio judicial para cubrir los gastos generados (artículo 179 y ss. del Código Procesal Civil).

En definitiva, ambas normas (chilena y peruana) buscan llegar a un mismo destino: establecer la filiación mediante pruebas científicas. Observamos que los medios son similares y ambos sistemas avanzan como dos naves con el viento a su favor. Como se dice: al menos todos los caminos debieran llevarnos a Roma o acercarnos a ese destino. El derecho a la identidad lo merece ■