

Filiación, Derecho y GeNética

Enrique Varsi Rospigliosi



UNIVERSIDAD
DE • LIMA



Fondo de Cultura
Económica - Perú

Filiación, derecho y genética

Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica

Enrique Varsi Rospigliosi

Enrique Varsi Rospigliosi

Filiación, derecho y genética

Aproximaciones a la teoría de la
filiación biológica



UNIVERSIDAD
DE • LIMA



Fondo de
Cultura

Colección Investigaciones
Primera edición: 1999

© Enrique Varsi Rospigliosi

De esta edición Fondo de Desarrollo Editorial
Universidad de Lima
Av. Javier Prado Este s/n
Lima 33, Perú

Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V.
Av. Picacho Ajusco 227, Col. Bosques del Pedregal,
Deleg. Tlaipán
14200, México D. F.

Fondo Editorial de Cultura
Berlín 238, Lima 18, Perú

Diseño y edición Fondo de Desarrollo Editorial

Canje y suscripción Fondo de Desarrollo Editorial
Av. Javier Prado Este s/n, Lima 33
Apartado postal 852, Lima 100, Perú
Teléfono 437-6767 - Fax 437-8066
E-mail fondo_ed@ulima.edu.pe
Internet <http://www.ulima.edu.pe>

Impreso en el Perú

Se prohíbe la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio sin permiso expreso del Fondo de Desarrollo Editorial.

ISBN 9972-45-0791

Hecho el depósito legal 15014099-1584

*A Enrique y Mirtha,
quienes me dieron la vida,
y a Fiorella,
que me da su amor.*

“18. Tres cosas me son ocultas;
Aun tampoco sé la cuarta;
19. El rastro del águila en el aire;
El rastro de la culebra sobre la peña;
El rastro de la nave en medio del mar;
Y el rastro del hombre en la doncella”.

Proverbios 30: 18-19.

“... la maternidad es demostrada por el sentido, mientras que la paternidad es un supuesto edificado sobre un razonamiento y sobre una premisa”.

Sigmund Freud

“Es la ley de la biología que cada hijo tiene un padre y una madre. Para el derecho, sin embargo, puede carecerse de uno de ellos o de los dos, porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos efectos no está siempre la atribución de un estado de filiación.

Manuel Albadalejo

Pater est is quem sanguis demonstrant

Anónimo

Eugenesia

“Pasa que los cronopios no quieren tener hijos, porque lo primero que hace un cronopio recién nacido es insultar groseramente a su padre, en quien oscuramente ve la acumulación de desdichas que un día serán las suyas.

Dadas estas razones, los cronopios acuden a los famas para que fecunden a sus mujeres, cosa que los famas están siempre dispuestos a hacer por tratarse de seres libidinosos. Creen además que en esta forma irán minando la superioridad moral de los cronopios, pero se equivocan torpemente pues los cronopios educan a sus hijos a su manera, y en pocas semanas les quitan toda su semejanza con los famas”.

Julio Cortázar

Historia de cronopios y de famas

Índice

Nota preliminar	19
Prólogo	23
Introducción	27

CAPÍTULO 1 Marco teórico de la filiación

1.1	Introducción	31
1.2	Concepto	31
1.3	Lo biológico y lo jurídico	34
1.4	Clases o grados de paternidad	37
1.5	Parentesco, filiación y vínculos genéticos	38
1.6	La unidad de la filiación	40
1.7	Clasificación de la filiación	41
1.7.1	La filiación matrimonial	41
1.7.1.1	Teoría de la concepción	41
1.7.1.2	Teoría del nacimiento	42
1.7.1.3	Teoría mixta	43
1.7.2	La filiación extramatrimonial	45
1.8	Determinación de la filiación	46
1.8.1	Filiación matrimonial	46
1.8.2	Filiación extramatrimonial	48
1.8.2.1	La filiación materna	48

1.8.2.2	La filiación paterna	49
1.9	Declaración judicial del vínculo paterno-filial	51
1.9.1	Investigación de la paternidad	51
1.9.1.1	Antecedentes	51
1.9.1.2	Concepto	54
1.9.1.3	Presunciones legales de paternidad	54
1.9.1.4	Principio de prueba	57
	1) El principio de prueba como límite del derecho a la tutela judicial efectiva	58
	2) La legitimidad del principio de prueba en defensa de otros valores	59
1.10	Sistemas de investigación de la paternidad	59
1.10.1	Sistema prohibitivo	59
1.10.2	Sistema permisivo	60
1.10.2.1	Sistema abierto o biológico	60
1.10.2.2	Sistema cerrado o social	60
1.10.2.3	Sistema cerradísimo u obtuso	61
1.10.3	Sistema mixto	61
1.11	Importancia de la declaración judicial de la paternidad	61
1.12	Efectos de la falta de determinación de paternidad	62
1.12.1	Hijo alimentista	62
1.12.2	Expósito	63
1.12.3	Hijo póstumo	63
1.13	La prueba en la determinación del vínculo filial	63
1.13.1	Pruebas jurídicas	64
1.13.2	Pruebas médicas	65
1.14	Acciones de filiación	66
1.14.1	Generalidades	66
1.14.2	Concepto	66
1.14.3	Objetivo	66
1.14.4	Características	66
1.14.5	Clases	67

CAPÍTULO 2 Evolución jurídico-médica de la prueba biológica de investigación

de paternidad

2.1	Antecedentes históricos en la investigación jurídico-biológica de la paternidad	69
2.2	Antecedentes legislativos y jurisprudenciales de las pruebas heredobiológicas en la investigación de la paternidad	76
2.2.1	Escocia	77
2.2.2	Noruega	78
2.2.3	Alemania	78
2.2.4	Austria	80
2.2.5	Polonia	80
2.2.6	Brasil	81
2.2.7	Estados Unidos	81
2.2.8	Italia	81
2.2.9	Suiza	82
2.2.10	Dinamarca	83
2.2.11	Uruguay	83
2.2.12	Francia	84
2.2.13	Argentina	85
2.3	Antecedentes judiciales y normativos de las pruebas biomédicas de indagación del nexo biológico en el ámbito nacional	86
2.3.1	La prueba hematológica en el ámbito judicial	86
2.3.2	Marco legislativo de las pruebas heredobiológicas	90
2.3.2.1	Antecedentes	90
2.3.2.2	Legislación	91
	1) Código Civil	91
	2) Código de Procedimientos Civiles	95
	3) Código Procesal Civil	95
	4) Constitución	96
2.3.2.3	Proyectos de ley presentados a la Comisión de Justicia del Congreso de la República	96
	1) Proyecto de ley N° 2481-96/CR	96
	2) Proyectos de ley N° 2588-96 y 2591-96/CR	97
	3) Proyecto de ley N° 2708-96/CR	100
2.3.2.4	Dictámenes presentados a la Comisión Ejecutiva del Congreso de la República	101
	1) Dictamen de la Comisión de Justicia	101
	2) Dictamen de la Comisión de la Mujer, Desarrollo Humano y Deporte	106
2.3.2.5	Proyecto de reforma de la filiación presentado	

a la Subcomisión de Familia de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de ley de Reforma del Código Civil peruano (ley N° 26394) 110

CAPÍTULO 3 Genética, herencia e individualización sanguínea

3.1	La genética	113
3.1.1	Concepto	113
3.1.2	Principios generales	113
3.1.3	Material genético	114
3.2	Herencia biológica	114
3.2.1	Concepto de herencia	114
3.2.2	Herencia biofísica en el hombre	116
3.2.2.1	Herencia mendeliana	116
3.3	Aplicación judicial de las leyes de la herencia genética	117
3.4	La individualización sanguínea	117
3.4.1	Consideraciones generales	118
3.4.1.1	Aglutinación	118
3.4.1.2	Principales características de los grupos sanguíneos	118
3.4.2	Sistemas de grupos sanguíneos	119
3.4.2.1	Generalidades	120
3.4.2.2	Grupos sanguíneos y herencia	121
	1) Grupo ABO	121
	2) Subgrupos A	122
	3) Tipo sanguíneo M y N	123
	4) Factores Rh y Hr	124
	5) Factor S	125
	6) Sistema Kell-Cellano	126
	7) Otros factores	126
3.4.3	Propiedades hematológicas en la investigación jurídico-biológica del nexo filial	127
3.4.3.1	Grupo ABO	127
3.4.3.2	Subgrupo A	129
3.4.3.3	Sistema MN	131
3.4.3.4	Factor Rh	133
3.4.3.5	Propiedad de secreción	134
3.5	Aproximación concluyente	134

CAPÍTULO 4 La investigación biológica en la paternidad

4.1	Consideraciones generales	135
4.2	Indicios de paternidad	136
4.2.1	Elementos antropomórficos	137
4.2.1.1	Odontología legal	138
4.2.1.2	Examen radiológico vertebral	139
4.2.1.3	Dermopapiloscopia	140
4.2.2	Elementos antropoquinéticos	142
4.2.3	Elementos patológicos	142
4.2.4	Elementos psicológicos	143
4.2.5	Elementos fisiológicos	143
4.3	Las pruebas heredobiológicas o marcadores genéticos	144
4.3.1	La prueba hematológica	144
4.3.1.1	Características	144
4.3.1.2	Alcances y eficacia	146
4.3.1.3	Desventajas	149
4.3.2	Marcadores genéticos séricos	150
4.3.3	Sistema de histocompatibilidad - HLA	152
4.3.3.1	Generalidades	152
4.3.3.2	Antecedentes	152
4.3.3.3	Técnicas de determinación de los grupos HLA	153
4.3.3.4	Características	153
4.3.3.5	Elementos biológicos esenciales	154
4.3.3.6	Consideraciones y valoración biojurídica	155
4.3.3.7	Ventajas y desventajas en su aplicación	155
4.3.4	Polimorfismos cromosómicos	157
4.3.4.1	Generalidades	157
4.3.4.2	Principales polimorfismos cromosómicos	158
4.3.4.3	Técnicas de aplicación en la investigación de la paternidad	158
4.3.4.4	Valoración biogenética	158
4.3.5	Perfil del ADN	160
4.3.5.1	Antecedentes	160
4.3.5.2	Técnica y aplicación	161
4.3.5.3	Ventajas	164
4.3.5.4	Desventajas	165
4.4	Efectos jurídicos de la aplicación conjunta de las pruebas heredobiológicas	165

CAPÍTULO 5 Valor jurídico de las pruebas heredobiológicas en la investigación de la paternidad

5.1	Generalidades de la pericia civil	167
5.1.1	Pautas históricas	168
5.1.2	Justificación jurídica y deficiencias técnicas de la pericia	169
5.1.3	Renovación de las disposiciones periciales	170
5.2	Medio de prueba a incorporarse: la técnica o experticia	171
5.2.1	Necesidad de la incorporación	172
5.2.2	Aproximaciones finales	173
5.3	Naturaleza jurídica de las pruebas heredobiológicas	173
5.4	Carácter jurídico	176
5.4.1	Prueba ordinaria	176
5.4.2	Prueba extraordinaria	177
5.4.2.1	El principio de prueba	178
5.5	Eficacia y aplicación de los resultados genéticos	179
5.6	Valor probatorio de las pruebas genéticas	181
5.7	El juez y la prueba biológica	182
5.8	Las partes y la prueba biológica	184
5.8.1	Obligatoriedad de las partes	184
5.8.1.1	Teoría de la potestad de la prueba	185
5.8.1.2	Teoría del fin supremo de justicia	185
5.8.1.3	Teoría de los derechos de la persona	187
	1) Derecho a la integridad	189
	2) Derecho a la libertad	191
	3) Derecho a la intimidad	191
	4) Derecho al honor	193
	5) Derecho a la igualdad	194
	6) Derecho a la tutela judicial efectiva	194
5.9	Defensa legítima de los derechos en la investigación de la paternidad	196
5.10	Los terceros y la prueba biológica	198
5.11	Negativa a someterse al examen biológico	200
5.11.1	Tipos	201
5.11.1.1	Justificada	201
5.11.1.2	Injustificada	203

5.11.2	Elementos	204
5.11.3	Efectos	204
5.11.4	Valoración de la negativa y su relación con otras pruebas	206
5.11.5	Situaciones a presentarse	213
5.12	Exhumación y pruebas biológicas	214
5.12.1	Casuística nacional	214
5.12.2	Casuística extranjera	216
5.13	Contextos procesales aplicables	218
5.13.1	Por el padre	219
5.13.2	Por la madre	220
5.13.3	Por el hijo	221
5.13.4	Contra terceros y otros casos especiales	222
5.14	Esbozo jurídico general	224

CAPÍTULO 6 Análisis constitucional de la investigación jurídica de la paternidad

6.1	Introducción	225
6.2	La resolución judicial	226
6.2.1	Dictamen fiscal	226
6.2.2	Resolución suprema	227
6.3	Antecedentes	228
6.4	Fundamentos constitucionales	229
6.5	La filiación, la maternidad y la familia como derechos sociales	230
6.5.1	Protección de la persona y la familia	230
6.5.2	Principio de unidad de la filiación	231
6.5.3	Promoción constitucional de la investigación de la paternidad	232
6.6	Marco legal de la filiación	234
6.7	El derecho a la identidad	237
6.7.1	El derecho a la identidad personal	240
6.7.2	El derecho a la identidad sexual	240
6.7.3	El derecho a la identidad genética	241
6.8	El derecho a la investigación de la paternidad	242
6.9	El derecho a conocer el propio origen biológico	244
6.10	Pruebas biológicas y Constitución	247

6.10.1	Afectación de los derechos fundamentales	247
6.10.2	Principio de libertad de investigación de la paternidad	249
6.10.3	Efectividad de las pruebas	249
6.11	Conclusión	249
	Conclusiones	251
	Anexos	
1.	Proyecto de reforma ampliado de la filiación presentado a la Subcomisión de Familia de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de ley de Reforma del Código Civil peruano (ley N° 26394)	263
2.	Diferencias entre técnica y pericia	276
3.	Diferencias entre el Código de Procedimientos Civiles y el Código Procesal Civil en materia pericial	278
4.	Repertorio de jurisprudencia	280
	Glosario	323
	Bibliografía	329

Nota preliminar

Debo confesar que cuando Enrique Varsi me pidió que escribiera una nota para su obra *Filiación, derecho y genética*, esta solicitud me causó originariamente una gran preocupación, pues en esta obra el autor se ocupa de un tema de gran actualidad, del cual no tengo más conocimiento que la información genérica y parcial que está al alcance de todos. Pero, debo decir que también tuve una sensación de gran complacencia, por cuanto se trata del libro de un joven a quien he visto desarrollar su vida académica, desde su ingreso a la Universidad de Lima, como estudiante de derecho, a mediados de los años ochenta, hasta la actualidad, en que desempeña diversas cátedras universitarias y tiene publicadas varias obras.

Esta importante solicitud implica una actitud de elevada consideración personal por parte del autor, la cual tengo que atribuir, fundamentalmente, al discurrir en conjunto en las facultades de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de Lima.

Enrique Varsi inició la que ahora es una prestigiosa trayectoria académica, como asistente en el curso de Derecho Registral y Notarial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, donde posteriormente fue asistente del maestro Carlos Fernández Sessarego en la cátedra de Derecho de Personas para, más tarde, asumir su enseñanza. Luego ha tenido a su cargo el curso de Derecho de Familia. En nuestra más antigua universidad enseña Derecho Genético.

Luego de concluir su carrera profesional y obtener el título de abogado en 1991, su preocupación por la investigación lo llevó a continuar sus estudios. Así, se graduó de maestro en derecho y, luego, de doctor en derecho, grado académico que le confirió la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Este libro es, en cierta forma, la conclusión de un período, por cuanto en la obra se halla plasmada la preocupación constante de Varsi por este tema que interesa tanto a la identificación del ser humano, con un dato que le es esencial, como es su filiación. Pues como dice Cervantes: “El hacer el padre por su hijo es hacer por sí mismo, porque mi hijo es otro yo, en el cual se dilata y se continúa el ser del padre”. El propio Varsi ha escrito en la Introducción de esta obra que su inquietud por la investigación de la paternidad como problema humano, social y técnico, lo ha llevado al estudio de las pruebas hereditarias biológicas en su determinación jurídica.

En la obra de Varsi están expresados el persistente estudio y la tenaz investigación que sobre ese tema ha venido desarrollando durante los últimos años. Empero, también debe ser el inicio de un nuevo ciclo en la actividad académica del autor, pues esta obra lo obliga frente al futuro, ya que asume el compromiso, tan difícil *per se*, de continuar investigando y, consecuentemente, escribiendo y publicando, cuando menos, con la misma calidad y profundidad con que aquí lo hace.

Escribir un libro, como ha dicho Bryce Echenique, es un acto solitario que merece gran respeto y, además, hacerlo sobre un tema jurídico con rigor científico es tarea aún más difícil, sobre todo cuando el tema objeto de la obra es, relativamente, claro está, nuevo. Ello implica haber efectuado una paciente y persistente labor de investigación, así como una continua reflexión sobre los distintos aspectos de la materia, el análisis de las opiniones recogidas y la revisión de las conclusiones a las que se va llegando.

Por supuesto que todo estudio que se haga sobre la relación entre padres e hijos resulta ser de gran interés y más especialmente en el campo del derecho. El progreso de la biogenética tiene aquí una gran importancia, pues la aparición de nuevos elementos técnicos permiten que la determinación de ese vínculo vital que se presenta entre progenitor e hijo, que para el derecho es la paternidad, sea efectuada de una manera cada vez más precisa.

El derecho, en la regulación de lo que considera como paternidad, se tiene que adecuar a los avances de la ciencia, dejando de lado viejas posturas y antiguos prejuicios. La posibilidad de establecer el vínculo biológico real y verdadero, entre padre e hijo, es un dato esencial para cada ser humano y, por lo tanto, también para el derecho.

Lo que propone Varsi, en buena cuenta, es la obligación que tiene el derecho en la materia de filiación, de reconocer los avances de la ciencia y la tecnología para poder establecer, con suma certeza, el vínculo biológico entre padre e hijo.

En el libro, como podrá apreciar el lector, se ha hecho un gran acopio de información y antecedentes con relación a la materia de la que se ocupa. El autor ha recurrido al derecho y a la doctrina extranjera para plantearnos las

posibles soluciones jurídicas. También ha analizado los diferentes métodos que se han utilizado para la determinación de la paternidad y el valor jurídico de ellos. Todo esto con erudición y utilizando un lenguaje didáctico.

Ha estudiado y expuesto el concepto teórico de la filiación ocupándose de sus distintas clasificaciones y su determinación, así como de los sistemas relativos a la posibilidad de la investigación de la paternidad y los efectos de la falta de determinación de ésta, para luego tratar de la evolución de la tecnología en cuanto a los posibles medios aplicables para la determinación de esa relación. Dentro de su investigación se ocupa del tema de la genética para así exponer lo que se considera herencia biológica, y concluye que el examen hematológico para la negación cierta de la paternidad debe comportar el análisis de la mayor cantidad de grupos sanguíneos, y que ello, junto con otras pruebas, puede inferir una aproximación a la determinación positiva de la paternidad.

Enrique Varsi se ha ocupado, así, de todo asunto vinculado con el tema materia de la investigación. Pero, debo resaltar que el autor no se ha limitado a recoger información para su divulgación erudita, sino que manifiesta su propia opinión y propone soluciones a los problemas planteados, las cuales expresa en una posible reforma de la legislación nacional.

Este libro ha de ser de gran utilidad para la comprensión de un nuevo enfoque en el campo de la determinación de la paternidad, por lo que el esfuerzo de este joven jurista constituye una contribución valiosa.

Puedo decir con toda imparcialidad, a pesar de nuestra amistad, que Enrique Varsi ha cumplido con una tarea muy delicada; el libro reúne los requisitos para ser considerado un verdadero aporte para la investigación científica en el campo del derecho.

José León Barandiarán Hart

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Lima

Prólogo

Se preguntaba Octavio Paz, una de las figuras más representativas de la literatura hispanoamericana: “¿Recobramos un día nuestra parte perdida, el gran fragmento de nuestro ser que se llama España? Nos divide de los españoles, nos ha dividido, la falta de verdadero diálogo, y estamos condenados a buscar ese diálogo ya que sin él nunca seremos realmente lo que realmente somos, ni ellos tampoco”. Obsérvese que el escritor se refiere al *ser* cuya unidad se ha quebrado al romperse una parte de la propia biografía. “Un ser que no tiene pasado sino nada más que porvenir es un ser de poca realidad”, sigue más adelante. Con estas palabras se inscribe en la corriente historicista cuya visión antropológica resume Ortega y Gasset en la *Historia como sistema* “... el hombre no tiene naturaleza sino que tiene historia”. Según la tesis de Heidegger en *Sein und Zeit* la historicidad es una determinación fundamental del *Dasein*.

El individuo se extiende más allá de su finitud. Consiste en la recapitulación de su historia biológica y cultural y la proyecta en sus descendientes. El conocimiento de sus ancestros es un elemento decisivo para establecer su propia identidad. Los hilos que nos amarran a nuestro pasado histórico y biológico son al mismo tiempo la red que nos sostiene sobre el vacío de nuestra indeterminación. “¿Cómo voy a saber quién soy si no sé de dónde vengo?”, se cuestiona M. Brown, una joven que descubrió a los 16 años que era hija de un donante anónimo. Enrique Varsi afirma en su libro que la investigación de la paternidad es una facultad inherente al ser humano. Se propone hallar un marco jurídico adecuado para regular el alcance de las pruebas genéticas en las relaciones de filiación.

La prevalencia de la institución familiar, “ignorante” en el ámbito jurídico de cualquier relación extraconyugal, ha decaído ante el derecho inalienable de

la persona a conocer su origen genético. Los vínculos que unían a sus miembros constituían un bloque compacto sobre el que han incidido los avances científicos. El aforismo *pater est quem justae nuptia demonstrat* se ha visto sustituido por la verdad biológica del ADN, incontestable por su evidencia. El autor de este interesante libro propone el *nexum sanguinis* como base de la filiación. Emprende el arduo recorrido que supone adaptar el actual sistema legislativo y judicial a los cambios biotecnológicos con el objeto de que se reconozca la prueba positiva de paternidad. La propuesta está avalada por su extensa y profunda formación en genética y biología molecular, infrecuente y poco común entre los juristas cuya infraestructura conceptual se enmarca en la cultura humanística. (Las lagunas del legislador en el conocimiento de las ciencias básicas se aprecian en leyes recientes que regulan los avances en genética dando lugar a imprecisiones terminológicas que desvirtúan el espíritu de algunas normas).

El autor nos presenta la evolución que ha tenido, en los distintos países, la admisión de las pruebas biológicas, que si bien en la Antigüedad se tenía en cuenta solamente el parecido físico, a partir del siglo XIX lo fue también la herencia mendeliana y más tarde la hematológica. El Código Civil peruano de 1984 admite la prueba negativa de los grupos sanguíneos, “u otras de validez científica”, limitada a los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial. En los proyectos de ley para la reforma del Código, presentados a la Comisión de Justicia del Congreso de la República, se sugiere la incorporación de la prueba negativa del ADN en los juicios de declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial. Significa ya un avance con respecto a las legislaciones menos avanzadas; pero no podemos olvidar que, como dice Varsi, la prueba del ADN es una prueba positiva. Todo lo que sea facilitar al menor el legítimo conocimiento de quienes sean sus padres se debe propiciar, no limitándose a los casos de filiación extramatrimonial. Es éste un derecho proclamado en las constituciones de los países más avanzados. Como demuestra el autor siguiendo a Zannoni “la filiación como estado de familia es un atributo de la persona de orden público, irrenunciable, no innato sino derivado de vínculos sanguíneos y sexuales”. Y con Cifuentes es *status*, no es un derecho personalísimo sino un atributo y configuración de la persona; una cualidad esencial del ser. Nada hay disponible ni renunciable en el estado de filiación: es mucho más que un derecho subjetivo”.

El Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima presentó un proyecto de filiación a la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil peruano –ley N° 26394–. Varsi participó activamente en la propuesta de modificación de la parte de filiación. A diferencia de los restantes proyectos propone un sistema abierto con el objeto de no cerrar el paso a futuros des-

cubrimientos científicos. En él se insiste en la valoración positiva dada la certeza de la prueba de marcadores genéticos –perfil ADN– que, a diferencia de las biológicas, no sólo excluye sino que define con exactitud la relación paterno-filial. La propuesta alude también a la adopción y a la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Para esta última se propone su regulación por ley especial.

Se debe desterrar la idea de que “técnicas de reproducción humana asistida son sinónimo de reserva”. Al ocultar la identidad del donante de gametos se beneficia al cedente cuyo aparente “altruismo” se debe interpretar, más adecuadamente, como ánimo de lucro. Las propias clínicas de fertilidad reconocen que sin una compensación económica se quedarían sin donantes. El anonimato los mantiene al margen no ya de los deberes inherentes a la relación paterno-filial, que podrían quedar a salvo por mandato legal, sino de la implicación emocional derivada de una posible relación personal. La criatura es la que resulta perjudicada porque sus derechos se conculcan con ese secreto. Leyes como la sueca de 1979 admiten el conocimiento de la identidad del donante sin que de ello se deriven ni obligaciones ni derechos civiles propios de la filiación. Por este medio el nuevo individuo conoce sus raíces, su estirpe, el grupo familiar en el que se siente inserto, accede a su identidad filogenética, referente ineludible para establecer su identidad personal. En caso contrario se institucionaliza el engaño con graves perjuicios en los hijos a quienes se ha sustraído la mitad de su herencia. En el futuro dudarán de la veracidad de la sociedad –padres, familiares, personal sanitario, Registro Civil– que se ha irrogado el derecho a engañarles. En mi libro *Huérfanos biológicos* reproduzco artículos y cartas de víctimas de tales situaciones que han constituido asociaciones cuyo fin es el hallazgo de sus auténticos progenitores. Entre ellas, la Donor’s Offspring de Estados Unidos cuenta con profesionales –sociólogos, genetistas, abogados, detectives, etc.– que investigan en clínicas y registros con el único objeto de conocer la identidad de los donantes.

La ley española exige, como requisito ineludible para acceder a las técnicas de reproducción asistida con intervención de gametos de un tercero, el más absoluto secreto acerca de su identidad, hasta el punto de que en el Registro Civil deberá constar el marido de la madre como padre de la criatura para todos los efectos. Esta norma está en flagrante conflicto con la Constitución española, que declara la igualdad de todos los hijos y el derecho a investigar la paternidad. Los ordenamientos jurídicos de nuestra área occidental consagran la presunción de inocencia sobre la base de que el ciudadano dice la verdad. La buena fe es exigencia ineludible para que sea posible el tráfico jurídico, especialmente el cumplimiento de los contratos. ¿Quién alquilaría una vivienda o vendería a plazos; qué compañía suscribiría un contrato de seguro si no se diera por supuesto que el inquilino, el comprador y el tomador

del seguro no mentían al asumir los compromisos pactados? La pérdida de confianza en las instituciones, quiebra la solidez del Estado de derecho.

Desde estas páginas quiero recabar la atención de los legisladores de las nuevas normas jurídicas que regirán en Perú acerca de la importancia de estos hechos. ¿Por qué no permitir el conocimiento de la identidad del donante, aunque sea a costa de que descienda su número? Las tecnologías reproductivas no tienen como finalidad coleccionar donantes anónimos sino traer al mundo criaturas sanas y felices.

La obra del profesor Enrique Varsi por la agudeza de sus observaciones, el rigor de su análisis y la claridad de la exposición capta desde las primeras páginas el interés del estudioso. Contribuye a propiciar la reflexión ética y la propia de las ciencias sociales para que los avances de la ciencia y la tecnología no pongan en peligro los derechos y libertades del individuo y contribuyan al pleno desarrollo de su personalidad. Aunque los progresos en genética y biotecnología nos abren un futuro esperanzador, fuente de bienestar para los seres humanos, será, a mi juicio, el ejercicio de los valores morales lo que suponga un verdadero avance en el proceso de humanización.

María Dolores Vila-Coro Barrachina
Profesora de Filosofía del Derecho
Universidad Complutense de Madrid

Introducción

La filiación es la institución del derecho de familia que ha sufrido la mayor presión hacia los cambios, habiendo evolucionado el pensamiento acerca de las acciones para su determinación judicial. De su prohibición a su aceptación, del formulismo al tecnicismo, de lo teórico a lo práctico, de lo imaginario a lo real, la investigación de la paternidad es una facultad inherente al ser humano a través de la cual busca establecer de manera cierta la relación jurídica familiar padre-hijo.

Conocer nuestros orígenes, saber quién es nuestro progenitor es una preocupación generada desde los inicios de la humanidad. Más que un problema de contexto jurídico se presentó como una parte de la ciencia médica que trataba de dar solución a los intrincados caminos de la transmisión de los caracteres de las generaciones entre sí. De esta manera, los avances científicos relacionados con la genética y la aplicación de pruebas heredobiológicas en la averiguación jurídica del nexa parental han representado un apoyo invaluable para lograr el establecimiento directo.

La inquietud por estudiar la investigación de la paternidad como problema humano, social y técnico se me presentó al percibir el discutible sistema optado y mantenido por el derecho nacional para darle una solución, sin tomar en cuenta que las relaciones de familia de orden filial descansan esencialmente en lazos sanguíneos, los que actualmente son verificables por medios técnicos.

El tema presenta muchas vertientes que lo hacen de por sí complejo, sea porque es de difícil probanza o porque en los juicios de filiación se solicitan escasamente medios científicos. Por otro lado, tenemos la falta de difusión académica y de una regulación especial sobre la materia, así como la limitada difusión acerca del desarrollo científico nacional en el área de la biotecnología humana. Todo esto ha generado un sistema filial desfasado y, por ende, indiferente a la función social del derecho.

El nexa biológico del padre con el hijo es el sustento real y verdadero

en la verificación del vínculo filial, lo que no es seguido por nuestro derecho de familia ya que, amparándose en situaciones fácticas, sólo otorga una aproximación para el establecimiento de una relación filiativa. De esta manera, el tema en análisis surgió como una de las tantas inquietudes que se le presentan a los alumnos en sus primeros años de la carrera.

Si estamos unidos por lazos sanguíneos, ¿por qué el Código Civil rige la investigación de la paternidad en base a presunciones? ¿Acaso no existe una prueba biológica que establezca la paternidad con certeza?

Fueron estas dos las preguntas que me formulé en el primer año de facultad. Recuerdo que el Código Civil acababa de entrar en vigencia (1984) y, como una de las tantas innovaciones en el texto legal, se presentaba la admisibilidad de la prueba negativa de los grupos sanguíneos en los controvertidos casos de declaración de paternidad extramatrimonial.

Es así que comienza mi estudio sobre las pruebas heredobiológicas en la determinación jurídica de la paternidad.

La mayor parte de fuentes consultadas en dicha época se sustentaba en la prueba de descarte o exclusión de paternidad y su aplicación estricta a las relaciones fuera del matrimonio. Mi aspiración iba más allá. Surgió un interés desmedido en tratar de hallar la prueba biológica que precise con absoluta seguridad la calidad paternal. La gran diversidad de pruebas en la materia, desde las folclóricas hasta las técnicas, corroboró mi decisión. La solución al problema planteado lo encontré en las pruebas de los marcadores genéticos tales como los polimorfismos cromosómicos y el perfil de ADN, que llegan a indicar una paternidad con certeza por encima del 99,99%.

Uno de los fines trazados en la investigación se había conseguido. Ahora, era necesario crear un marco jurídico para la aplicación de las pruebas positivas de paternidad.

Conforme fui estudiando la institución de la investigación de la paternidad me di cuenta de lo poco bien que había sido estructurada. Se seguía pensando en un sistema de paternidad arraigado en la costumbre y tradición legal, manteniéndose un viejo esquema que se contraponía al avance de la sociedad en materia científica.

Estaba seguro, desde el inicio de este estudio, que el éxito rotundo en el problema de la determinación de la paternidad debía sustentarse en la búsqueda y adaptación de múltiples formas de probanza, así como la innegable admisibilidad biocientífica en su establecimiento. Sustentado en que la filiación debería descansar en un amplio pedestal científico podía dar una respuesta afirmativa a la pregunta: ¿Es eficaz el sistema de determinación de la paternidad? El tema se orienta hacia el sistema biológico de filiación por el cual el *nexum sanguinis* debe ser la base en la filiación.

El plan de trabajo técnicamente está dividido en seis capítulos:

En el primero se analizan las nociones generales de la filiación, la relación de lo biológico y lo jurídico poniendo especial énfasis en la declaración judicial del vínculo filial y la investigación de la paternidad, los sistemas en los cuales se sustenta nuestra legislación, su relación con las presunciones y la cada vez mayor especialidad que van teniendo las acciones de filiación. Es un capítulo a partir del cual se ahonda, posteriormente, en el tema de la bioinvestigación del parentesco.

El segundo capítulo muestra una detallada reseña histórica de la evolución de las pruebas heredobiológicas en la investigación jurídica de la paternidad de manera tal que los antecedentes legales y jurisprudenciales sirven para comprender el tema desde una óptica amplia y variada, tomando en consideración la diversidad de criterios en su regulación. En el ámbito local se ha considerado un estudio del marco legislativo de las pruebas heredobiológicas, sus antecedentes y las propuestas de modificación planteadas a la legislación con el fin de adaptar el sistema de acuerdo con los cambios tecnológicos.

El tercer capítulo comprende puntos esencialmente técnicos referentes a la genética, a las leyes de la herencia y a la individualización sanguínea, que son por demás importantes para poder comprender los principios naturales en los que se sustentan las pruebas genéticas.

En el cuarto capítulo nos centramos en la investigación biológica de la paternidad, haciendo una recopilación, primero de los indicios y, segundo, de todas aquellas pruebas biológicas que sirven para indagar la relación parental, concluyendo con el análisis de las experticias en materia de investigación positiva de la paternidad. Se estudian los métodos y procedimientos analizando las desventajas que presentan en cada caso, determinando los efectos de la aplicación conjunta de las pruebas hereditarias.

El quinto capítulo tiene especial importancia ya que delinea las bases jurídicas de las pruebas genéticas. Empezamos el estudio con una visión general de la pericia como medio de prueba en la búsqueda de la paternidad, para luego referirme a la naturaleza jurídica de las pruebas heredobiológicas, sus características y efectos de los resultados, la relación entre el juez, las partes, los terceros y la experticia filial analizando, en cada caso, la influencia que determinaría su aplicación sobre los derechos de la persona, efectos y valoración de la negativa a su sometimiento. Finalmente, propongo los contextos jurídicos aplicables de las pruebas en estudio.

Por último, en el sexto capítulo, se analiza una resolución judicial que da una pauta importante en las fuentes del derecho nacional, tomando en consideración la investigación judicial de la paternidad extramatrimonial desde una óptica constitucional y sustentada en los tratados internacionales. El punto central está dirigido a que la ley no puede limitar la indagación filial a través de un sistema cerrado, para ello existe la facultad del juez para resolver los casos

planteados superando la deficiencia o defecto de la ley. El estudio se circunscribe al aspecto constitucional de la filiación como institución clave en el desarrollo social y que las consecuencias que origina son la base del ser humano.

Como se aprecia, la justificación de este trabajo es esbozar una teoría actual, objetiva y coherente acerca de la filiación, con el fin de llegar a determinar la real y verdadera relación parental existente entre una persona llamada hijo y otra denominada padre.

En este sentido, reconocer el desarrollo científico es esencial pues éste ha significado un gran aporte a los métodos de investigación y análisis de los orígenes genéticos del hombre.

Dado que el sistema de filiación carece de un método eficaz de indagación y establecimiento, buscamos la constitución de una estructura general de la relación del derecho con la ciencia biomédica en materia de filiación. Esto, con el fin de lograr un conocimiento teórico y relacionar los principios que inspira la tecnología en la determinación de la paternidad. De ahí que sea fundamental crear un marco jurídico adecuado para regular este tipo de relaciones, hallar los alcances jurídicos de las pruebas genéticas y formular las ventajas y desventajas que tiene la indagación social frente a la biológica.

He deseado plantear la urgente necesidad de estrechar los vínculos de la ciencia, la tecnología, la técnica y el saber en general en favor de la filiación. Sólo así podremos solucionar plenamente los innumerables problemas que se presentan en el área judicial, la cual hasta nuestros días no hace uso cabal de los medios científicos, resultando una pesquisa forense precaria, incompleta e insegura.

Con esta obra cumpla con lo ofrecido en la introducción de mi tesis de bachiller en la que decía que la labor se ha “centrado en una investigación técnica y una recopilación de datos bibliográficos, dejando para una próxima investigación el trabajo de campo y el análisis práctico”. Espero que este trabajo sea punto de partida para futuros estudios y que las conclusiones y planteamientos aquí expuestos sirvan para una mejor regulación de la significativa institución de la filiación, encontrando eco en los hombres de nuestra magistratura; sólo así me sentiré satisfecho de la labor iniciada en esta investigación.

Al terminar, quiero dejar constancia de mi agradecimiento a María Isabel Quiroga de Michelena, especialista en genética humana y en la prueba de ADN; a Carlos Muñoz Baratta, serólogo y precursor de la prueba hematológica en nuestro medio; a Luis Enrique Antúnez y Villegas, con quien me une un gran espíritu agustino, y a Carlos Fernandez Sessarego, mi maestro.

Enrique Varsi Rospigliosi

Marco teórico de la filiación

1.1 Introducción

Los lazos de parentesco son variados y múltiples, de diverso origen e intensidad. Se extienden como un vínculo o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado).

De todas estas relaciones parentales la más importante y la de mayor jerarquía es la filiación (del latín: *filius*, hijo) entendida como la relación jurídica parental yacente entre el hijo y su padre.

Consustancial al ser humano, la filiación forma parte del derecho a la identidad, habiendo surgido nuevos derechos que tienden a su protección y determinación, como el derecho a la individualidad biológica y el derecho a conocer el propio origen biológico, prerrogativas éstas que son innatas en el hombre (*jus eminis naturae*).

1.2 Concepto

A nivel doctrinal existen diversas acepciones de filiación, tomando en consideración su trascendencia en la persona, familia y la sociedad.

Así tenemos que la filiación en sentido genérico es aquélla que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y la filiación, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos.

Planiol y Ripert dicen que la filiación es la relación que existe entre dos personas¹, de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Méndez Costa la define como “el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado”². Para Cicu es el estado cuya característica es “que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no sólo con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres”³. López del Carril refiere que es “la relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró”⁴. Según Doménico Barbero la “filiación es, ante todo, ‘el hecho’ de la *generación por nacimiento de una persona, llamada ‘hijo’, de otras dos personas, a quienes se llama ‘progenitores’*”⁵. Para Eduardo Zannoni la filiación sintetiza “el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia”⁶. Diez-Picazo y Gullón⁷ señalan que la relación de filiación se establece entre personas a quienes el derecho coloca en la condición de padre y madre y también en la de hijos. Por su parte, partiendo de que la procreación es obra del padre y de la madre, Espín Cánovas, manifiesta que la filiación es aquella “relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera”⁸.

Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado, ésta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción con relación a los progenitores. De ahí que se diga que “la filiación humana está basada, pues, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación”⁹. Para que surta efectos legales debe ser conocida conforme a derecho, de manera tal que la filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad

-
- 1 PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, I, N° 1280, p. 454.
 - 2 MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *La filiación*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni SCC, 1986, p. 13.
 - 3 CICU, Antonio. *La filiación*. 1a. edición, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1930, p. 18.
 - 4 LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. *La filiación*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 11.
 - 5 BARBERO, Doménico. *Sistema del derecho privado*. Buenos Aires: EJE, 1967, tomo II, p. 105.
 - 6 ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia*. 2a. edición, Buenos Aires: Astrea, 1989, tomo II, p. 283.
 - 7 DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Ed. Tecnos, tomo IV, Derecho de Familia, 1992, p. 247.
 - 8 ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de derecho civil español*. 7a. edición, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1982, vol. IV, p. 338.
 - 9 SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 72.

procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre¹⁰.

De progenitor, que surge de la procreación (filiación biológica), se pasa a ser padre, *status* que establece la ley (filiación legal).

La filiación es la *condictio sine qua non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia. De ahí que se diga que la filiación implica un triple estado:

1. Estado jurídico. Asignado por la ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra.
2. Estado social. En cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas.
3. Estado civil. Implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

La importancia que tiene para el derecho la determinación del nexo entre el engendrado y sus progenitores es esencial, ya que de éste surge una vasta gama de derechos, deberes y obligaciones.

Como refiere Héctor Lafaille:

“Esa relación de causa a efecto origina el estado civil de las personas y al mismo tiempo el vínculo que puede ligar a un individuo determinado con el grupo, fuente de todas las ventajas que tal situación comporta, como ser los derechos sucesorios, la prestación de alimentos y otras consecuencias jurídicas”¹¹.

Ese nexo causal se llama filiación. Cuando existe la calidad que una persona tiene de hijo, con respecto a otra que es su padre o su madre. *Contrario sensu*, paternidad o maternidad, la calidad de padre o madre, respectivamente, con relación al hijo. Sin embargo, el término paternidad se utiliza como comprensivo de ambos, confundiendo su valor semántico y naturaleza jurídica.

Bien lo señala Escriche¹², los términos paternidad y filiación expresan ca-

10 En lo referido a las fuentes de la filiación Marcial Rubio, alineándose con la teoría de la voluntad procreacional, alega que existen tres formas de producir la relación paterno-filial para el derecho: 1) Como regla general, la consanguinidad, 2) la adopción y, 3) la voluntad del marido de asumir la paternidad del hijo de su cónyuge que no sea hijo suyo, y la voluntad de quien declara ser padre o da la condición de hijo a alguien que no tiene vínculo genético con él. (Vid. *Las reglas del amor en probetas de laboratorio*. Biblioteca de Derecho Contemporáneo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1996, vol. 2, pp. 45-46).

11 LAFAILLE, Héctor. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1930, p. 302.

lidades correlativas esto es, aquélla la calidad de padre y ésta la calidad de hijo. Asimismo, Huc indica que “los dos términos paternidad y filiación son correlativos; el uno no se puede concebir sin el otro. Pero la palabra filiación presenta un sentido más extenso. Ella corresponde no solamente a la paternidad sino también a la maternidad. El parentesco reposa sobre el hecho de la filiación”¹³.

A pesar de las marcadas características de cada uno de estos términos, la corriente jurídica que postuló la igualdad entre los hijos ha llevado a abolir toda diferencia entre paternidad y filiación¹⁴ a efectos de no determinar el modo, circunstancias, tiempo y forma como ha sido concebida una persona.

De ello tenemos que la filiación es consustancial e innata al ser humano en el sentido de que el *status filii* es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no sólo para generar consecuencias legales sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad.

Soto Lamadrid indica que:

“la filiación, como categoría jurídica, es más que un hecho jurídico, es un acto jurídico familiar, porque *el surgimiento de la filiación no existe hasta que haya una manifestación de voluntad del reconociente*, y sólo a falta de tal voluntad, surge la declaración judicial que atribuye, ahora sí, las consecuencias de lo biológico”¹⁵.

1.3 Lo biológico y lo jurídico

Mediante la procreación, el hombre y la mujer perpetúan su especie (mandato divino) pero a su vez satisfacen el instinto natural de preservar su nombre, tradiciones, costumbres y modos de vida (desarrollo personal). Jurídicamente, la procreación genera un sujeto de derecho al que el ordenamiento social le debe la más amplia protección, siendo la primaria el establecer sus vínculos parentales del que surgen los derechos y deberes de los padres para con los hijos.

12 ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. París: Librería de Ch. Bouret, 1884, p. 203.

13 HUC, Th. *Commentaire theorique et pratique du Code Civil*. Cit. LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. Op. cit., p. 9.

14 SILVA RUIZ, Pedro. “El derecho de familia y la inseminación artificial ‘in vivo’ e ‘in vitro’”, en *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Ed. Derecho Reunidas, 1987, enero-diciembre, tomo LXXI, p. 326.

15 SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Op. cit., pp. 68-69.

La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad de manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación¹⁶, constituyendo ésta el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial¹⁷. Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción¹⁸) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación propiamente dicha y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada¹⁹).

El problema surge cuando se intenta correlacionar el vínculo biológico con el jurídico. Mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento. Como vemos, se contraponen, hasta cierto punto.

Escapa del derecho la posibilidad de crear un vínculo biológico. Sólo lo puede reconocer o impugnar, de allí que López del Carril²⁰ diga que el vínculo jurídico no es el elemento creador de la filiación, sino que es el elemento calificador y condicionante de ésta. Escribe Kozicki, con similar criterio, que “el padre, entonces es un *lugar lógico* creado por la ley, un juego de presunciones, un montaje de ficciones, una construcción racional... El elemento biológico sólo resulta relevante si tiene soporte institucional. *Vitam instituere*, decían los romanos. No basta que la sangre nazca, debe ser *instituida*, “nacer”

16 VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *Introducción a la biojurídica*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 154.

17 Cfr. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Tratado de derecho de familia*. Buenos Aires: Tea, tomo I, 1953, p. 18 y ss., Nº 3.

18 La equiparación de los hijos de sangre con los adoptivos es parte de la *teoría de la desbiologización de la paternidad*. Vid. THEODORO JUNIOR, Humberto. “Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil”, en *Revista Dos Tribunais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, año 79, diciembre 1990, vol. 662, p. 14.

19 Cecilia Grosman siguiendo el esquema de la filiación genética dice que: “en el caso de la inseminación artificial, sea mediante semen del marido o de un tercero, ya no es posible hablar de una presunción de paternidad, porque el responsable de la procreación no surge por inferencia de las relaciones sexuales habidas entre el hombre y la mujer durante la época de la concepción, sino por verificación directa de cuál ha sido el semen fecundante. Por lo que no puede aplicarse un esquema ideado para un determinado desarrollo histórico-científico, a una situación originada en otra etapa de la evolución de la ciencia”. Cfr. *Acción de impugnación de la paternidad del marido*. Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1982, p. 101.

20 Op. cit., p. 14.

por segunda vez, a la ley y al poder”²¹. De esta manera, el derecho frente a la filiación juega un rol mediatriz, estableciendo el lazo jurídico en lo que la naturaleza ha creado.

Existen, asumiendo esta posición, dos cuestiones elementales en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho biológico de la procreación²² y el acto jurídico de su prueba.

Estos dos presupuestos básicos relacionados con la filiación sientan sus bases en las ciencias biológicas, las que tienen como regla evidente el hecho de que cada hijo tiene necesariamente un padre que lo fecundó y una madre que lo alumbró. Sin embargo, para el derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre éstos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación.

No siempre existe, por tanto, una correlación exacta entre la paternidad jurídica y la paternidad biológica aun cuando el derecho trate de apoyar la primera en la segunda, esforzándose porque ambos conceptos concuerden.

Fundamenta Díaz de Guijarro²³ que siempre existen estos dos elementos en el establecimiento del vínculo familiar, el jurídico y el biológico. Lo que debe tomarse en cuenta en definitiva es la confrontación de los principios del máximo beneficio y la menor afectación de los hijos.

Es indispensable entender esta distinción básica (chocante y paradójica a simple vista) para comprender el porqué de las diversas normas que rigen este tema y apreciar el desarrollo histórico que la filiación ha sufrido en el derecho.

21 KOZICKI, Enrique. “La filiación. El HLA, el DNA. La ciencia y el derecho”, en *La Ley*, tomo 1990-D, p. 1.195. Asimismo, cita en sustento a Pierre Legendre (op. cit., 1197) quien refiere que: “El vínculo de sangre –entendido como relación biológica de la reproducción– no alcanza para producir al sujeto (...) la sangre como tal no quiere decir nada. Debe ser instituida para hablar” (*L’ inestimable objet de la transmission. Etude sur le principe généalogique en Occident*. París: Fayard, 1985, p. 70).

22 “El hecho de la procreación interesa al derecho solamente en cuanto da lugar a una relación social especial. Por la procreación se produce un sujeto de derecho que se relaciona con los demás individuos y con el Estado. Pero se origina también una relación especial entre procreantes y procreado, lo cual significa que hay una actividad particular que deriva de tal cualidad, que hay deberes y derechos que se refieren a ella”. CICU, Antonio. Op. cit., p. 1.

23 Cit. REYES RÍOS, Nelson. *Las pruebas heredobiológicas en la determinación jurídica de la paternidad*, en Ponencias al I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y el Instituto de Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; celebración del décimo aniversario del Código Civil, Lima, 1994, p. 149.

1.4 Clases o grados de paternidad

La paternidad jurídica y biológica es una sola, sin embargo desde la óptica social puede tener varias aristas que tiendan a su establecimiento.

Decir que una persona es padre de otra no conlleva, necesariamente, a la existencia de un vínculo biológico, esta afirmación se sustenta en que ser padre implica actuar oficiosa y veladamente cuidando a la prole (padre es el que cría), mientras el término progenitor indica el vínculo biológico entre una persona y otra por la cual uno es el genitor y otro el generado (progenitor es el que engendra).

Bajo esta orientación María Dolores Vila-Coro²⁴, de manera clara y acertada, precisa las clases o grados de paternidad en el siguiente sentido:

Paternidad plena. El padre es aquél que ha engendrado al hijo (padre biológico) y tiene una relación jurídica con la madre (matrimonio o concubinato) que le otorga la calidad de *padre legal*. Tiene una presencia física en el hogar, en el desarrollo del niño y ejerce los derechos y obligaciones paterno-filiales.

Es el caso de una paternidad absoluta o completa en la que no existe disociación entre el aspecto biológico y el legal.

Paternidad referencial. Es el padre cuyo hijo no goza de su presencia física pero tiene referencias de él que lo ayudan a desarrollarse dentro de los parámetros de una familia con sus antecedentes y estirpes. El hijo conoce la identidad de su padre (rasgos, profesión, calidades, etc.).

Se puede presentar en dos casos:

- Aquélla que corresponde al hijo de una pareja en la que el marido ha fallecido o está ausente.
- Aquélla que se da por fecundación *post mortem*, el hijo tendrá conocimiento de la identidad de su padre, pero está privado de los derechos legales.

La paternidad referencial sirve para establecer la identidad filogenética del hijo.

Paternidad social. En ésta el padre ha engendrado al hijo pero no convive con él, de manera tal que su relación no tiene efecto legal pero sí contenido emocional, ya que le permite tener a un hombre como imagen de padre.

24 VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores: *Huérfanos biológicos*. Madrid: San Pablo, 1997, pp. 77-86.

Padre excluido. Es aquel padre que, producto de una técnica de reproducción, ha cedido su material genético (de manera anónima pues prima la reserva en su identificación) sin compromiso de asumir una paternidad, privando del derecho de conocer su identidad al hijo engendrado con su semen. El hijo no cuenta con la persona del padre ni con su presencia referencial: no podrá establecer su identidad.

Todo ello lleva a afirmar que la paternidad representa una multiplicidad de lazos y variedad de relaciones que, organizadas entre sí, orientan la labor natural del hombre en la familia como es la interrelación padre-hijo. En otras palabras, la paternidad implica consideraciones de orden personal, biológico, social y legal, generando en su conjunto un estado paternal pleno.

1.5 Parentesco, filiación y vínculos genéticos

El parentesco es la relación existente entre sujetos en virtud de la consanguinidad, afinidad o adopción que conforman una familia (la amplia) mientras que la filiación es aquella que configura el núcleo paterno-materno-filial, esto es la relación del hijo con su padre y/o madre (también llamada familia nuclear). Como estado de familia general, el parentesco reposa sobre la filiación, siendo ésta su fuente.

En sentido amplio, cuando referimos que dos personas son parientes entre sí es porque tienen un antecesor común (tronco) generando las estirpes. En sentido restringido, cuando existe una relación de descendencia en línea directa inmediata surge una paternidad o maternidad (padre o madre: hijo). Lo que implica que la filiación, estructurada sobre la base del parentesco, es aquella relación parental entre dos personas que tienen un parentesco consanguíneo en línea recta ascendente en primer grado (hijo: padre-madre).

Las clases de parentesco implican la extensión de sus efectos (el consanguíneo es más fuerte que el afín, la línea recta que la colateral y los grados más cercanos *versus* los más remotos). Por su parte, la filiación, como estado de familia específico, genera efectos *erga omnes* respecto de quienes gozan de ésta.

Como forma de vincular a las personas dentro de una familia, y tomando en consideración las nuevas formas de individualización e identificación, el parentesco está variando su composición originaria que se sustenta en el método romano basado en la *teoría pangenética de la herencia* y se está orientando hacia sus verdaderos objetivos, encontrar la real vinculación sanguínea entre las personas, *teoría genética de la herencia*.

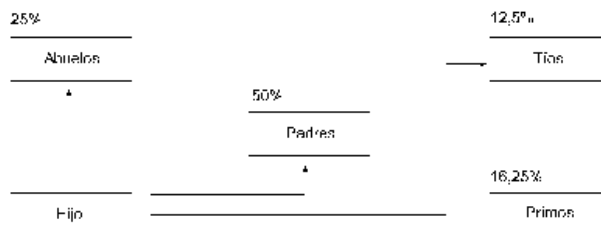
De esta manera, es adecuado mencionar las diferencias entre ambos sistemas:

Sistema romano	Sistema genético
<p>Los grados de parentesco se determinan por las líneas generacionales entre las personas, ascendiendo hacia un antecesor común.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Grado, vínculo entre dos individuos que forman una generación. - Línea, es la serie no interrumpida de grados. - Tronco, es el ascendiente común de dos o más ramas 	<p>El parentesco se especifica de acuerdo con los genes idénticos que en proporción adquiere la descendencia por transmisibilidad .</p> <ul style="list-style-type: none"> - Proporción de genes idénticos a un antecesor común. - Reservorio común de genes iguales por descendencia, lo que establece el grado de parentesco.

De allí que Coke alegue que:

“... el Derecho Romano y los códigos civiles estatuyen que los grados de parentesco de la familia están determinados por las distancias generacionales entre las personas, ascendiendo hasta un antecesor común. Por el contrario la teoría genética estatuye que los grados de parentesco están determinados en proporción de genes idénticos por descendencia”²⁵.

Para ser explícito propongo como ejemplo:



Esquema 1. Porcentaje de transmisión de genes idénticos

25 COKE, Ricardo. “Nueva nomenclatura familiar del genoma humano”, en *El derecho ante el proyecto genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, vol. IV, 1994, pp. 147-154.

Explicación:

El hijo heredará de cada uno de sus padres el 50% de información genética, mientras que de sus abuelos el 25%, en conjunto. Asimismo, respecto de los hermanos de sus padres el 12,5%, compartiendo 6,25% con sus primos hermanos.

Esto nos lleva a reflexionar en que el origen del parentesco ha encontrado su verdadera fuente en la teoría genética.

1.6 La unidad de la filiación

Este principio surge como consecuencia de la socialización de las relaciones jurídicas.

De esta manera se sustenta (genéricamente) en el respeto y máxima consideración que merece el ser humano y (específicamente) en la igualdad y dignidad de que goza, estableciéndose que el hecho de la generación de vida es uno solo y que, como tal, la filiación presenta la misma característica –la unidad–, por lo que los distingos y diferenciaciones se condicen con la esencia propia de esta relación jurídica familiar.

No es dable referirnos a efectos específicos en cuanto a la filiación matrimonial y menos indicar que la filiación extramatrimonial establece menores consecuencias. Esto indicaría un trato desigual²⁶ o discriminatorio.

Como postulado se ha producido la equiparación entre las filiaciones, la moderación en sus denominaciones y la eliminación de los distingos denigrantes entre los llamados hijos legítimos, ilegítimos, naturales y no naturales.

Tenemos así que la unidad de la filiación es el trato igualitario y singular en cuanto a los efectos que ésta produce independientemente del estado civil de los progenitores. Esto es, “la filiación produce los mismos efectos prescin-

26 A pesar de ello, en el Código Civil de 1984 existen rezagos de trato desigual respecto de los hijos matrimoniales con los extramatrimoniales. Remitámonos a una cita:

“Artículo 829 .- En caso de concurrencia de hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos recibirán doble porción de éstos”.

Esta norma hace una clara diferencia entre los hermanos bilaterales y los unilaterales o hermanos de doble vínculo y medio hermanos. En este sentido, el último párrafo del artículo 235 del Código sustantivo debería tener esta redacción “Todos los hijos tiene iguales derechos, *salvo lo dispuesto en el artículo 829*”, propuesta de Guillermo Lohmann en FLORES NANO, Lourdes. *Propuestas de modificación al Libro de familia del Código Civil*. Congreso de la República del Perú, 1997.

diendo de la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción o del nacimiento, en cuanto relación paterno-materno-filial”²⁷.

1.7 Clasificación de la filiación

Las dos clases de filiación, la matrimonial y la extramatrimonial, tienen antecedentes y deben su origen al derecho romano²⁸. En efecto, una de las características del derecho familiar romano era el distinguir a los hijos en: aquéllos habidos dentro del matrimonio y los habidos fuera de él, criterio éste que prevalece hasta nuestros días para efectos de la determinación, mas no para la jerarquía filial, la cual ha sido desplazada por el principio de igualdad (unidad de la filiación).

1.7.1 La filiación matrimonial

Denominada en Roma filiación legítima, era la derivada por efectos del matrimonio otorgando a los hijos *ex iusto matrimonio* la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos.

Esta filiación es una institución que se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo su causa esencial. Sin embargo, el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación, hecho por el cual han surgido teorías que tratan de determinar qué hijos son matrimoniales y cuáles no.

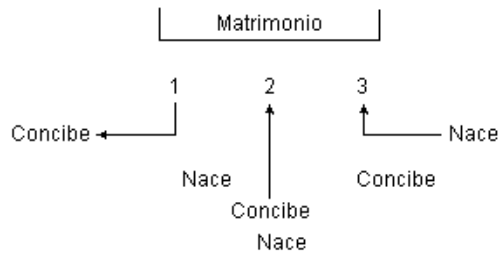
1.7.1.1 Teoría de la concepción

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

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

27 MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Op. cit., p. 60.

28 Enrique Fabio BUENO RINCÓN (*La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. 2a. edición. Santafé de Bogotá: Ed. Gustavo Ibáñez, 1996, p. 36) relata que es en Roma donde “el advenimiento de la prole se consideró como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba porqué, con la perpetuación de la prole, se procuraba la existencia de seres que rindiesen culto a sus antepasados”.



Esquema 2. Determinación de la filiación matrimonial por el hecho de la concepción

Resumen:

Concebir dentro del matrimonio, de manera tal que en el caso:

- 1 Es extramatrimonial
- 2-3 Son matrimoniales

Esta teoría, remozada, es seguida por los códigos civiles de Francia (artículo 312), Italia (artículo 231) y Nicaragua (artículo 199).

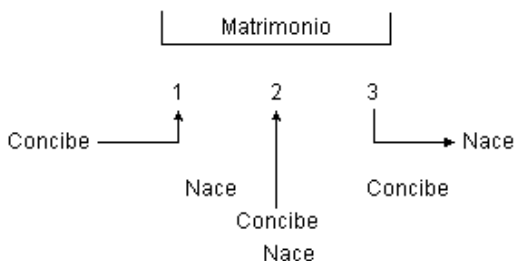
1.7.1.2 Teoría del nacimiento

Serán hijos matrimoniales los nacidos en el momento en que sus padres estén casados, no importando el momento en que hayan sido engendrados.

Según esta teoría los concebidos con anterioridad a la celebración de las nupcias serán matrimoniales si nacen cuando aquéllas ya hayan sido contraídas, *contrario sensu* no lo serán los nacidos después de la disolución del casamiento, a pesar de que la procreación se produjo durante su vigencia.

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

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



Esquema 3. Determinación de la filiación matrimonial por el hecho del nacimiento

Resumen:

Nacer dentro del matrimonio, de manera tal que en el caso:

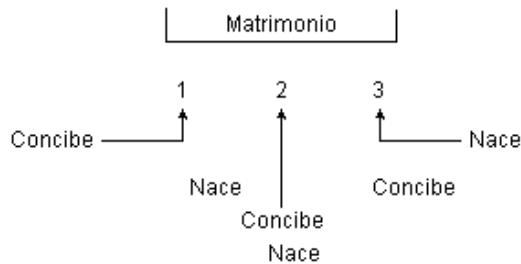
- 1-2 Son matrimoniales
- 3 Es extramatrimonial

1.7.1.3 Teoría mixta

También denominada del nacimiento-concepción, es adoptada por el Código Civil peruano (artículos 1 y 243 inciso 3; 361 y 363 incisos 1 y 2) sustentándose en los siguientes postulados:

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

Es importante para atribuir una paternidad matrimonial tanto el hecho propio de la concepción como del nacimiento siempre que se respeten los plazos legales determinados por la ley (que sea concebido 180 días antes del matrimonio o que nazca a los 300 días de su disolución).



Esquema 4. Determinación de la filiación matrimonial por el hecho de la concepción o nacimiento

Resumen:

Nacer dentro del matrimonio, de manera tal que en el caso:

1, 2 y 3 Son matrimoniales

Por tanto, los presupuestos de filiación matrimonial son:

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

En este sentido, el cálculo de probabilidades suple el cálculo exacto de la siguiente manera:

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

La paternidad: El marido de la madre es el padre de los hijos concebidos dentro del matrimonio (*Pater est is quem justae nuptiae demonstrant*²⁹) siempre que el hijo nazca dentro de los términos indicados (*patre certo nasci*).

Obviamente, matrimonio, maternidad e identidad del hijo siempre resultaron, como hechos objetivos, susceptibles de prueba directa pero la concepción y la paternidad ofrecen especiales dificultades pues, como refiere Diego Espín Cánovas³⁰:

- La concepción durante el matrimonio tropieza con el obstáculo de que el plazo de gestación no es igual siempre, ni puede fijarse con

29 Máxima contemplada en el *Digesto*, ley 2, título 4, libro 5.

30 ESPÍN CÁNOVAS, Diego. Op. cit., p. 345.

exactitud cada uno y, por tanto, no puede determinarse la fecha exacta de la concepción con relación al parto.

- La paternidad, ni siquiera con las modernas investigaciones de los grupos sanguíneos cabe establecer una prueba segura de ésta en todos los casos.

Actualmente, con la aparición de medios científicos, la incertidumbre de la paternidad, el momento de la concepción, y el riguroso conteo de los plazos va dejando de lado estos criterios.

1.7.2 *La filiación extramatrimonial*

Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido la filiación “legítima” de la “ilegítima”, determinando para aquélla un trato privilegiado y degradando la última.

Sus antecedentes históricos los tenemos en el derecho de la Roma clásica donde se estimulaba la unión matrimonial dando fijeza, certidumbre y estabilidad a los derechos y obligaciones emergentes de la procreación y a las relaciones parentales derivadas de la unión matrimonial.

La protección a las relaciones matrimoniales trajo como consecuencia la sanción de las uniones sexuales extramatrimoniales, de tal manera que constituían delito la unión sexual de dos personas libres (delito de estupro) o la unión de una persona libre con una que no lo fuese (delito de contubernio).

En los casos antes mencionados el fruto de la concepción no era considerado ni siquiera como hijo natural.

Tratativa diferente mereció la figura del concubinato, ya que el vínculo que derivaba de éste configuraba similar certeza que la del matrimonio. Sin embargo, este criterio de paridad de la relación vincular que surgían del matrimonio o del concubinato, sólo tuvo vigencia hasta que el derecho canónico afianzó el nexo matrimonial monogámico, basándose en el axioma jurídico *enfamado es de fecho aquel que non nasce de casamiento derecho*³¹.

En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, de ahí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición legal (declaración judicial) son los medios de establecerla.

31 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 6a. edición. Lima: Librería Studium, tomo II, 1987, p. 90.

1.8 Determinación de la filiación

La determinación de la filiación es “la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta”³².

Asumiendo esta posición diremos que:

“La filiación se determina por naturaleza o de manera formal. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La formal surge de la adopción o por técnicas de reproducción humana asistida. En estas últimas la determinación se hará por ley especial”³³.

1.8.1 *Filiación matrimonial*

Para los hijos matrimoniales la filiación se acredita conjuntamente respecto del padre y de la madre. Al demostrar la maternidad se manifiesta, propiamente y siempre, la paternidad del marido (principio de la indivisibilidad de la paternidad matrimonial), a pesar de que luego pueda ser impugnada³⁴.

La filiación matrimonial sienta sus bases en la presunción *pater est*³⁵ (artículo 361 del Código Civil) y en la presunción reafirmatoria de paternidad (ar-

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

33 Propuesta presentada por el autor, como asesor de la comisión especial encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil (ley 26394), a la subcomisión de familia a fin de modificar el artículo 361 del Código Civil. Mayor referencia vid. infra, 2.3.2.5.

34 En un inicio el principio de protección de la familia no admitía otro supuesto de impugnación que la imposibilidad física del marido (impotencia o infertilidad). Con ejemplos, por insólitos que parezcan, nos han ilustrado tratadistas como Peña Bernaldoz de Quiroz, quien dice que no procedía la indagación paternal aun cuando el hijo tuviera las características del amante de la mujer, así las pruebas de sangre excluyan al marido de la mujer y no al amante. Cecilia Grosman, por su parte, redacta que el marido blanco no podía desconocer al hijo mulato de mujer blanca, si previamente no demostraba el adulterio u ocultamiento de parto. Díez-Picazo, citando a Albaladejo, establece que la afirmación legal de paternidad matrimonial es inatacable, aunque la madre y el marido sean blancos, el hijo mulato, la madre haya sido condenada por adulterio cometido por un negro y, además, la prueba de los grupos sanguíneos demuestre que el ser dado a luz por la mujer no puede ser hijo del marido.

35 DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação*, s/l, Coimbra, 1986, p. 87, ha mencionado que teóricamente podemos concebir la extensión de esta presunción de paternidad a casos de concubinato duradero o de la existencia de comunidad de vida en condición análoga de cónyuges; pero son casos normales de inestabilidad, por lo que no se han identificado los regímenes en cuanto al establecimiento de la relación paterna.

título 362: el hijo se presume del marido, así la mujer niegue la paternidad de su cónyuge o ésta sea condenada como adúltera³⁶) atribuyéndose legal o automáticamente el vínculo paternal (atribución de paternidad *ministerio legis* u *ope legis*).

El establecimiento de la paternidad matrimonial se sustenta en el denominado período de la concepción y gestación de manera tal que, legalmente, la gestación tiene una duración mínima de 180 días y máxima de 300, mientras que la concepción se produce dentro de los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento³⁷.

Esta presunción de paternidad “si bien dispensa de probar el hecho biológico, no descansa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo”³⁸, tales como la fidelidad y la cohabitación que, como decía Mazeaud, son los pilares de la unión monogámica o presunciones vitales como las llamaba Jossierand, de las que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción positiva de contacto, como considera Puig Peña.

En sentido concreto y práctico la presunción de paternidad descansa, no tanto en la fidelidad, sino en la convivencia matrimonial, presentándose ésta última como su principal fundamento³⁹.

Sin embargo, la presunción *pater est* tiene un carácter de historicidad que deberá dar paso o andar a la par con una información técnica pues su carácter histórico desmedra su eficacia y no le otorga valor absoluto.

Con pensamiento moderno ya lo avizoró Álvarez quien indicó:

36 El planteamiento legal de la presunción de paternidad y el adulterio de la mujer son recogidos de un aforismo latino: *Quum possit mater adultera esse, et impubes maritum patrem habuisse*: “La mujer puede ser adúltera y el hijo tener por padre al marido”. Así también de un viejo precedente considerado en *Las Partidas*: “ensañanse las mujeres a las vegadas tan fuertemente, que por despecho que han de sus maridos, dizen que los fijos que tienen en los vientres o que son nacidos, que non son dellos, más de otros...; por tales palabras, que el padre, o la madre dixessen, non deve el fijo ser desheredado, nin le empece en ninguna manera” (Part. III, tít. 14, ley 9).

El antecedente local de esta norma es el artículo 300 del Código Civil de 1936 y es un rezago del delito de adulterio del derogado Código Penal de 1924.

37 Éste es el postulado *omni meliøre momento* por el cual la ley contempla una etapa de la fecundación y no el momento en que se produce la concepción.

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

39 Espín Cánovas indica que “la jurisprudencia ha limitado acertadamente el alcance de la intrascendencia del adulterio de la mujer para la determinación de la paternidad declarando que el artículo 109 [362 en nuestro Código Civil] sólo es aplicable cuando existe convivencia matrimonial, que es cuando rige la presunción del 108 [para nosotros artículo 361], (Sentencia 16 de abril de 1968)”, (cfr. op. cit., p. 349).

“Lo que hasta aquí fue invulnerable presunción de legitimidad debe dar paso a los hechos de la vida; porque, por razonable que sea esta presunción, después de todo no es más que una apariencia que puede ser destruida por la prueba en contrario.

Las presunciones deben ser consideradas, según expresión de un juez norteamericano, como murciélagos de la ley, volando en el crepúsculo, pero desapareciendo bajo el sol de los hechos reales; mientras que el examen de los grupos sanguíneos, rayo de luz en la delicada, difícil de aprehender y engañosa cuestión de paternidad, disuelve aquélla presunción erigida artificialmente”⁴⁰.

1.8.2 Filiación extramatrimonial

Frecuentemente el hijo extramatrimonial goza de hecho de *status filii* pero no del *status familiae*, es decir, tendrá un nombre, pero no las relaciones familiares completas.

Cuando se trata de los hijos concebidos fuera del matrimonio y a falta de emplazamiento, sea por reconocimiento⁴¹ o declaración judicial, la filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna, sin que por establecer la una se induzca la existencia de la otra.

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

1.8.2.1 La filiación materna

El axioma *mater semper certa est etiam si vulgo concepterit*⁴², tomado por Paulo del *Digesto* nos decía que la maternidad era siempre indubitable y que su prueba era sencilla, directa y demostraba un hecho simple y común: el sólo

40 ÁLVAREZ, José de Jesús. “El examen de los grupos sanguíneos como medio de prueba jurídica” (tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Santo Domingo), en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Trujillo, 1968, Nº 9, p. 163.

41 El reconocimiento es el acto jurídico familiar filial destinado a determinar por medio de la voluntad el vínculo entre padre e hijo.

Como tal es tratado de manera muy peculiar en el derecho brasileño, en el que se le conoce con el término de *perfilbação* al acto masculino, esto es al acto del padre y *declaração da maternidade* al acto femenino, es decir, un acto privativo de la mujer. La diferencia terminológica reside en su propia naturaleza jurídica pues la declaración de maternidad es una pura declaración de ciencia y la perfilación tiene un carácter conjunto de declaración de ciencia y declaración de voluntad (DA COSTA PIMENTA, José. Op. cit., pp. 122-123).

42 DIGESTO. Ley 5, título 4, libro 2.

ver en estado gestante a una mujer, el hijo que luego veríamos llevar en sus brazos entendíamos que era de ella (*partus séquitur ventrem. Instituta: 2,1,19*).

El sustento es que tanto la gestación como el nacimiento son hechos biológicos que pueden ser probados de manera más segura a través del parto⁴³, no así la concepción⁴⁴.

El primer alcance legal sobre el tema lo dio la Ley de las XII Tablas⁴⁵, estableciendo lo siguiente:

“4.- Una mujer conocida por su indiscutida honestidad dio a luz en el undécimo mes de la muerte de su marido; y se originó cuestión respecto la concepción, que se reputó posterior a la muerte de aquél; pues los decenviros establecieron que los partos legales debían tener lugar dentro del décimo mes; no, del undécimo”.

En la práctica este sistema ofrece dificultades, como lo adelantó Vélez Sarfield, pues es justamente en los casos de pleito cuando la maternidad no puede presentarse como indubitable, salvo que el juez (solución que plantea como lógica para demostrar su aseveración) haya asistido al parto.

De esta manera, los supuestos de simulación de embarazo o de parto, inscripción registral indebida, maternidad disputada, transcurso del tiempo que posibilite el examen de parto, etc., son casos en los cuales sólo podrá determinarse la maternidad con ayuda de las pruebas heredobiológicas.

1.8.2.2 La filiación paterna

Como antípoda al criterio pauliano se nos presenta el *pater semper incertus*, que tiene como base originaria el carácter inextricable de las relaciones sexuales y el momento de la fecundación. Así, “el fenómeno de la generación está, en cuanto al padre, rodeado de un misterio casi impenetrable y pocas veces propicio a la justificación mediante prueba directa, razón por la cual es

43 Las modernas técnicas de reproducción humana asistida vulneran este principio, de ahí que el Código de Familia búlgaro refiera que:

“Artículo 31.- La maternidad es determinada por el parto. La misma regla se aplica al niño concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer”.

44 La Corte colombiana ha dicho que: “el parto significa que la mujer es la madre, pero no significa jamás con la misma evidencia quién es el padre. Débese ello a que la paternidad no la determina el nacimiento, sino un hecho anterior, o sea, la concepción. Ésta implica siempre la participación de un hombre, consistente en haber cohabitado con una mujer y ser la concepción el efecto de la cohabitación”. Cfr. BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. Op. cit., p. 32.

45 VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. “La Ley de las XII Tablas (su vigencia en el Código Civil peruano de 1984)”, en *Ratio Iuris Internet* (<http://www.ulima.edu.pe/ul.doc/iuristexto/REVOO3/varsih.html>), Lima, 1995 y en *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Ed. Normas Legales S.A., 1997, año XLVII, N° 12, p. 75.

preferible establecer situaciones objetivas, solemnes y comprobables fácilmente que, por otra parte, sirvan de base para instaurar una presunción, allí donde no es posible instaurar una demostración⁴⁶.

En base a ello desde la normativa romana se establecieron ciertas presunciones (*praesumptio hominis*) para determinar la paternidad (demostración etérea), las que han perdurado hasta nuestros días sumiéndonos en un sistema cerrado y social de paternidad.

Conforme avanza la ciencia biomédica en las investigaciones para determinar biológicamente la paternidad (demostración plena) y en tanto sean debidamente aceptadas por nuestro derecho como pruebas positivas, las presunciones tendrán un lugar importante en la declaración del vínculo paterno filial.

El carácter de relevancia que tienen en nuestro medio las presunciones de paternidad han relegado el desarrollo científico y la admisibilidad judicial de las pruebas heredobiológicas y, como bien lo sostenía Arce Larreta:

“El *pater semper incertus* del Derecho Romano y el Código de Napoleón, con sus criterios de irresolubilidad para los problemas de la paternidad y la filiación, han sido influencias poderosas para relegar, poco menos que al olvido, este problema que hoy atrae nuevamente a biólogos y a juristas⁴⁷.”

Tender a la verdad biológica dejando de lado la verdad social es ponernos al día legislativamente remozando los conceptos que tradicionalmente han primado en el derecho de familia referido a esta materia. Admitir simplemente las pruebas biológicas no es la solución exacta. Brindarle adecuada regulación jurídica es lo conveniente, reafirmando el principio natural que la filiación tiene su *causa iuris* en la concepción.

1.9 Declaración judicial del vínculo paterno-filial

46 FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El derecho de familia en la legislación comparada*. México: Ed. Hispano-Americana, 1947, p. 179.

47 ARCE LARRETA, Jorge. “Investigación biológica de la paternidad (aplicaciones prácticas de la serología constitucional)”, en *Boletín del Instituto Nacional del Niño*. Lima, enero 1934, Nº 1, p. 1.

La declaración judicial de la filiación opera a falta de reconocimiento voluntario⁴⁸ del padre o de la madre respecto de un hijo extramatrimonial, ya sea porque desconfían de la certeza del vínculo, por un acto de mala fe, confusión, desconocimiento del procedimiento, costos, existencia de errores que impiden el reconocimiento, descuido, actitud machista, que nazca una niña y no un varón, etc.⁴⁹.

Es por ello que el perjudicado con esta ingratitud paternal goza de la facultad de pedir que se practique la investigación correspondiente y que se declare en su momento la relación jurídica familiar pudiendo incluso, con legítimo derecho, exigir la reparación civil por el daño causado por no haber cumplido el padre con la obligación moral de reconocerlo en su momento⁵⁰.

1.9.1 Investigación de la paternidad

1.9.1.1 Antecedentes

Por regla general, y siguiendo los criterios decimonónicos, la investigación de la paternidad fue prohibida tomándose como argumento el chantaje contra los supuestos padres y la vulneración de la paz, intimidad e integridad de la familia legítimamente constituida por éste. Es decir, en aras de la pro-

48 Es loable la campaña que inició en 1997 la institución sueca de protección a la niñez Rådä Barnen a través del programa Demuna, a efectos de promover los reconocimientos voluntarios sosteniendo como premisa: "Si no reconocimos a nuestros hijos en el momento oportuno, estamos a tiempo de hacer la mejor inversión de nuestras vidas: reconocerlos ahora". Los resultados han sido favorables, como menciona el diario *El Comercio* en su reseña "Padres reconocen en un mes a más de 300 niños" (cfr. Lima, 14 de diciembre de 1997, sección A, p. 39).

49 RÅDDA BARNEN. *Filiación*. Programa Demuna. Manual para promover reconocimientos voluntarios. Lima: Gráfica S.A., octubre 1997, p. 7.

50 Fallos judiciales al respecto en el derecho comparado tenemos: 1. "Configura un daño moral indemnizable el no reconocimiento del menor por el padre que lo ha engendrado, ya que se le priva de una pertenencia que es reclamada agudamente por el niño y que es condición de un crecimiento y desarrollo sin sobresaltos de su personalidad psicológica" (Cámara 1a. Civil y Comercial de San Nicolás, 22-12-94, cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Nº 11, p. 339); 2. "... la mera circunstancia de no realizar el reconocimiento espontáneo de filiación extramatrimonial constituye una ilicitud que ha generado en el menor un daño futuro y que debe resarcirse con independencia de su edad" (Cámara 1a. Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, 28-4-94, cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Nº 7, p. 387) e, incluso cabría citar 3. "... el desconocimiento del padre y la negativa a someterse a pruebas biológicas generan un agravio moral, futuro y cierto en el niño, ya que la historiografía de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente, por lo que se constituye en un daño indemnizable" (Cámara Nacional Civil y Comercial de Junín, 22-9-95, cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Nº 12, p. 418).

tección de la familia el sistema jurídico actuó como cómplice del padre (autor) ocultándolo, desprotegiendo a la madre célibe y a los hijos extramatrimoniales (víctimas). Dentro de este sistema, el *principio de la razón* jugó un rol muy importante en el sentido de que, de dos males se ha de preferir siempre el menor, así la consecuencia mínima será el que alguien se quede sin padre en vez de promoverse procesos escandalosos.

Con este criterio Antonio Miró Quesada sustenta su posición contraria a la investigación de la paternidad, basándose, además:

“... en la imposibilidad material de acreditar la paternidad, dado el carácter misterioso de la generación, y alegando las perturbaciones de los derechos de familia, los escándalos sociales y los inconvenientes prácticos de todo género que origina aquel sistema cuando es sancionado por la ley positiva, combate abiertamente la investigación, principio que considera opuesto a la justicia y a la moral”⁵¹.

Con énfasis, y refiriéndose al sistema francés, Méndez Costa apunta:

“pareció entenderse que como la relación de filiación comporta derechos y obligaciones, esos derechos y obligaciones sólo podían tener origen en una manifestación de voluntad del padre y de la madre. Como resultado de este razonamiento se arribó a la prohibición de investigar la filiación pero, en concesión a la tradición sólo se vedó la investigación de la paternidad y no de la maternidad”⁵².

La investigación de la paternidad fue rechazada en casi todas las legislaciones del siglo pasado excepto en Austria, Dinamarca, España, Noruega, Prusia y Suecia.

Inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial se presentaron los primeros visos de adecuación de este criterio, siendo difundido por los movimientos feministas, llegándose a definir a nivel legislativo por los organismos internacionales después de la Segunda Guerra Mundial, etapa en la que surge un nuevo derecho de familia, y en especial una estructura de la filiación liberal.

Este tema de la investigación de la paternidad es una de las conquistas del derecho moderno, pero no por ello deja de ser oscuro y sombrío ya sea por la dificultad frecuente en su probanza, su admisibilidad y por estar raigada, esencialmente, en supuestos legales de paternidad.

51 MIRÓ QUESADA, Antonio. “La investigación de la paternidad”, en *Anales de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima*. Lima: Imprenta Liberal, 1898, tomo XXV, p. 130.

52 MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Op. cit., p. 17, citando a RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil*, trad. García Daireaux. Buenos Aires: Ed. La Ley, 1963, tomo III, N° 1757.

Actualmente, el legislador no puede evitar o prohibir la investigación de la paternidad, pero sí puede limitarla máxime si se admite radicalmente que sobre un proceso de esta naturaleza están de por medio derechos fundamentales de la persona.

Con este criterio es que el Código Civil peruano⁵³ mantiene algunas limitaciones legales⁵⁴ para la determinación o investigación de la paternidad que son:

“Artículo 376.- Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo.

Artículo 396.- El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Artículo 402.-
(...)

Inciso 6.- ... Lo dispuesto en el presente inciso [se refiere a la acreditación genética de la paternidad] no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

Artículo 404.- Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción [declaración judicial de la paternidad extramatrimonial] en caso que el marido hubiere contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”.

En todos los casos las aclaraciones son nuestras.

La justificación de estas limitaciones al actuar indagatorio del vínculo paternal yacen fundamentalmente en el principio de la integridad familiar.

1.9.1.2 Concepto

Es la indagación realizada en proceso judicial de dos situaciones contra-

53 La ley 27048 (6/1/1999) derogó los artículos 403 y 416 que establecían otras limitaciones.

54 Los artículos modificados por la ley 27048 establecían:

“Artículo 403.- La acción [declaración judicial de la paternidad extramatrimonial] en el caso del artículo 402, inciso 3 [concubinato], 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”. El supuesto de esta norma es aplicable al artículo 416 del Código Civil, en el sentido de que es improcedente accionar la institución del hijo alimentista si existen los supuestos considerados en el artículo 403 en mención. Las aclaraciones son nuestras.

puestas naturalmente:

- Quién es el padre de determinada persona, en este caso la acción interesa primordialmente al hijo, aunque también puede ocurrir una situación inversa, es decir promoverse la investigación a iniciativa de quien haya engendrado a fin de determinar quién es su hijo.
- Que no se es el padre de otro que así se suponía o que fuera declarado, en principio, como tal por la ley.

Es por ello que la identificación de los intereses privados es compleja. Como es obvio, en la investigación de la paternidad están llamados a coexistir intereses forzosamente contrapuestos:

- El del hijo, dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen biológico.
- El de la madre, que su hijo cuente con una filiación establecida y una manutención segura.
- El del presunto progenitor, casi siempre opuesto a los anteriores, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento.

Todo ello lleva a considerar que la investigación de paternidad permite el ejercicio de una facultad inherente de la persona, conocer su ascendencia o descendencia, sentido por el cual algunos sectores doctrinarios argumentan que su naturaleza jurídica le otorga la calidad de ser un derecho de la persona, el derecho a la investigación de la paternidad.

1.9.1.3 Presunciones legales de paternidad

En los sistemas filiales cerrados la investigación de la paternidad es tolerada siempre que existan elementos básicos (supuestos de hecho) que predefinan un estado de familia. En otras palabras, *un principio de prueba de los hechos en que se funde* que permitan la admisibilidad de la demanda.

Dada la imposibilidad de probar certeramente la maternidad como la paternidad, la ley estableció, siguiendo el criterio conjetural de Solón (legislador ateniense, 640-¿558?), *sírvate lo aparente de indicio para lo inaparente*, presunciones en función de los principios de moral social y familiar predominante y del estado de la ciencia biomédica coetánea de la norma. Josserand justifica este sistema refiriendo que más vale aquí contentarse con lo menos y sacrificar el rigor científico frente a la practicabilidad del derecho.

Estos elementos son las presunciones que funcionan como hipótesis o indicios, reflejando casos comunes de la vida social que nos lleven a suponer que una persona es padre de otra, porque existen hechos ocurridos, conductas asumidas o situaciones por comprobarse, que así lo indican (rapto, retención violenta, seducción, violación, concubinato –todos coincidentes con la época de la concepción–, posesión de estado o escrito indubitado).

Éstas se consideran en el artículo 402 de nuestro Código Civil. Sin embargo, no contempla todas las posibilidades en que socialmente se pueda atribuir una paternidad. Casos como el estado de enamorados, el abandono con promesa de matrimonio, el abandono de mujer embarazada y la relación extramatrimonial durante la época de la concepción no admiten el emplazamiento judicial de paternidad. Estos *otros hechos de los que se infiere la filiación de modo análogo*, como dice Domínguez Platas, “son incompletos, o no suficientes para fundamentar la filiación que se reclama, si bien en su conjunto pueden convertirse en *presumptio hominis*, cuando fallan los anteriores, convirtiéndose en *presunción* de paternidad”⁵⁵.

En cierta forma, con este criterio ha fallado la Sala C de la Cámara Nacional Civil Argentina resolviendo con acierto que:

“... ante la ausencia de estudios de laboratorio que permitan establecer la relación biológica con una certeza absoluta, no mediando reconocimiento ni posesión de estado, ni concubinato que la haga presumir, la filiación puede quedar acreditada a través de la prueba de los siguientes elementos: a) la relación íntima de las partes; b) que esas relaciones tuvieron lugar en el período legal de la concepción; c) que ocurrió el parto; d) que media identidad entre el nacido y quien demanda la filiación”⁵⁶.

Con similar orientación existen decisiones jurisprudenciales españolas:

“... se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la llamada heredobiológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum* (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción), para conceder en su último inciso la facultad de poner en juego lo dispuesto en el art. 4.1 del mismo Código [se refiere al Civil], en orden a permitir que se tomen en consideración ‘otros hechos de los que se infiera la filiación de manera análoga’”⁵⁷.

Las presunciones surgen como consecuencia de la imposibilidad biológi-

55 DOMÍNGUEZ PLATAS, Jesús. “Las acciones de filiación. Encuadramiento general y funciones de la posesión de estado”, en *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1996, tomo LXXX, enero-diciembre, p. 462. Además, sobre el tema, cita el criterio judicial de la S.T.S. del 2 de marzo de 1994 en la nota 82: “... analizados individualmente y sin conexión no sirven para obtener la declaración pretendida, pero valorados conjuntamente permiten llegar a idéntica convicción (...) lo cual es muy distinto a una apreciación conjunta de la prueba”.

56 Fallo del 24-9-91. Cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Nº 2, pp. 327-328.

ca de probar el nexo filial. De esta manera se da solución a un problema tomándose como referencia un sistema casuístico de indagación de la paternidad con las limitaciones e inseguridades que éste genera. Son comunes en los códigos latinoamericanos pues éstos "... han buscado a través de las presunciones, el origen genético de la parentalidad"⁵⁸.

Compartimos el criterio de Rivero Hernández quien refiriéndose al caso español sostiene:

"los principales problemas para determinar la filiación, tenían su origen en el secreto de las relaciones sexuales causantes del nacimiento, o en la necesidad de determinar cuál, si éstas se realizaron con diferentes varones, fue la que produjo la gestación: ello justificó el juego de presunciones, restricciones probatorias y otros formulismos jurídicos. Al surgir las pruebas biológicas y poder determinar con precisión creciente cuál es el elemento causal del embarazo hubo de cambiar la normatividad sobre filiación, orientándola al nexo biológico"⁵⁹.

Como hemos indicado, estas presunciones significan situaciones que permiten la investigación de la prueba y el debate de la paternidad, pero de ningún modo determinarán una declaración de paternidad (por sí solas) si no se acreditan previamente y de manera debida.

Todas y cada una de las presunciones admiten prueba en descargo del demandado. Es así que el supuesto padre probará por los medios que le faculta la ley –el más efectivo la prueba negativa de los grupos sanguíneos–, su no paternidad.

En resumen tenemos que las presunciones:

- No determinan automáticamente la paternidad.
- Son un requisito para indagar la paternidad.
- Deberán ser probadas.
- Son hechos sociales.
- Son presunciones *iuris tantum*.
- Admiten a debate la alegada relación filial.

57 *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, abril-junio 1996, tomo XLIX, fasc. II, p. 1029. Asimismo, pone en conocimiento otras resoluciones judiciales que como antecedentes han seguido el mismo criterio: STS del 8 de julio de 1986, 10 y 27 de junio y 14 de noviembre de 1987, 26 de mayo y 7 de diciembre de 1985, 5 de abril y 20 de julio de 1990, 5 de octubre de 1992, 29 de marzo y 20 de octubre de 1993, entre otras muchas.

58 SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Op. cit., p. 47.

59 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial". Ponencia en el II Congreso Mundial Vasco. "La Filiación a Finales del Siglo XX", pp. 141-143 y 146-148.

- Pierden su eficacia frente a hechos biológicos.
- Están basadas en relaciones factuales, comunes, universales y de conducta.
- Son desestimadas plenamente si se demuestra biológicamente que el demandado no es el padre, a pesar de haberse probado (artículo 402 *in fine*, modificado por ley 27048).

Las presunciones de paternidad están siendo desplazadas por las biopruebas. Es más, la aplicación de las biopruebas y la negativa de la parte a su sometimiento ha generado el surgimiento de una nueva presunción⁶⁰, como se verá más adelante.

Los hechos inciertos ceden paso a los resultados determinantes. Actualmente, el vínculo filial se sustenta en investigaciones científicas más que en propuestas sociales.

Compartimos con Zannoni el hecho de que, “si las conclusiones de la pericia arrojan un índice de paternidad probada de 99% o más, es casi ocioso preguntarse acerca de otras circunstancias que, antes, permitían inferir sólo presunciones *hominis*”⁶¹.

1.9.1.4 Principio de prueba

Chiovenda decía acerca del principio de prueba que “es un hecho indirecto del que se extrae una razón directa”.

En materia de indagación paterno-filial rige este principio. Es una especie de mediación entre lo ocurrido y las probables consecuencias (causa-efecto) que se valora para atribuir o desvirtuar un estado filial dada la imposibilidad para un establecimiento inmediato o directo.

Esta formulación restrictiva para la investigación de paternidad ha llevado a plantear en el sistema español dos tendencias teóricas definidas en pro o en contra de un sustento preliminar o principio de prueba para demandar la indagación filial. Éstas son:

- 1) *El principio de prueba como límite del derecho a la tutela judicial efectiva*

60 En Argentina “... la jurisprudencia de los últimos treinta años y ahora la ley 23.511 dan como elementos suficientes para presumir la paternidad” a quien niega someterse a las pruebas indagatorias del nexo filial (Cámara Nacional Civil, Sala F, 24-8-92). Cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, N° 7, p. 386.

61 ZANNONI, Eduardo. “Identidad personal y pruebas biológicas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Derecho privado en la reforma constitucional. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni, 1997, N° 13, p. 167.

Principalmente, es de mencionar que en el caso de los supuestos de paternidad consagrados en el Código Civil peruano (artículos 363 y 402) surge la siguiente interrogante: ¿Son taxativos o enunciativos? Es decir, sólo es procedente la demanda cuando se sustenta necesariamente en alguno de los indicados en la ley o cabe la posibilidad de fundamentar una futura acción en un supuesto no contemplado expresamente.

De ser lo primero, que prime la taxatividad, se estaría consolidando exclusivamente una verdad formal (*favor legitimatis*) amparando sólo aquellos hechos que se alinean con la ley. Si es lo segundo, en base a lo enunciativo, tendríamos al establecimiento de una verdad real (*favor veritatis*), en ésta las posibilidades para accionar en paternidad no están parametradas, es labor de interpretación y probanza que nos aproxime a lo biológico.

Con este criterio se ha esbozado la primera teoría:

“... la eventual inconstitucionalidad del artículo 127 del Código Civil [español] que, al desarrollar el principio de investigación de la paternidad (...) condiciona la admisibilidad de la demanda a la existencia de un principio de prueba, la falta del mismo o su insuficiencia, a juicio del juzgador, puede comportar una infracción del *derecho a la tutela judicial* efectiva (...) desde el momento en que la inadmisibilidad de la demandada desemboque en un supuesto de denegación de justicia (CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal civil*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanc, 1993, p. 490). Se detecta pues una contradicción valorativa: (...) la Constitución pretende el establecimiento de la verdad biológica; de otra, el artículo 127 del Código Civil rigurosamente aplicado, puede llegar a impedir el ejercicio del derecho de acceso a la jurisprudencia en estas acciones”⁶².

Este requisito es criticado por muchos autores, entre ellos Álvarez González al desarrollar el tema de la filiación hispanosuiza. Radica su preocupación en que el Código Civil español, así como otros en el derecho comparado, es tajante al considerar la viabilidad de las demandas de paternidad sustentadas en un principio de prueba.

El Código Civil español, establece:

“Artículo 127.- En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba en que se funde”.

62 GUZMÁN ZAPATER, Mónica. *El derecho a la investigación de la paternidad (en el proceso con elemento extranjero)*. Madrid: Ed. Civitas S.A., 1996, pp. 49-50.

2) *La legitimidad del principio de prueba en defensa de otros valores*

Otra corriente sostiene que si bien la exigencia de un principio de prueba responde a una previsión legal, a fin de tutelar otros valores constitucionales, estableciendo casos que admiten a debate la relación filial, este prerequisite u obstáculo satisface esta exigencia –en parte puede decirse que es justificado–, lo que conlleva a que la actitud del juez requiriendo el principio de prueba no podrá ser catalogada de arbitraria.

Más aún, si es claro que en los procesos de filiación se ha interpretado esta exigencia con cierta flexibilidad, admitiendo pruebas de por sí indirectas (tipología sanguínea, fotografías, afinidades personales) en aras de ampliar las posibilidades de su investigación.

1.10 **Sistemas de investigación de la paternidad**

1.10.1 *Sistema prohibitivo*

Esta corriente reconoce el carácter absoluto de la familia y restringido de la paternidad, limitando su indagación.

La ley estableció esta prohibición atendiendo a postulados éticos, religiosos⁶³, morales y a la organización social por el daño que podría ocasionar en la paz familiar y, lógicamente, por la dificultad de su prueba.

Es así que la prueba del vínculo parental se tornó materialmente imposible, encontrando una salida en las presunciones de paternidad.

Nuestro Código Civil de 1852, siguiendo la tradición del Código de Napoleón (*la recherche de la paternité est interdite*), prohibió la investigación de la paternidad en su artículo 242. Sin embargo, este criterio no fue determinante pues en un artículo anterior (el 237) estableció una excepción para la declaración de paternidad como consecuencia del rapto o estupro.

En este punto es de considerar la opinión del exégeta Toribio Pacheco, al comentar el último artículo referido, dice:

“Se conoce que la ley francesa, rindiendo el debido homenaje a la moralidad pública y privada, ha tratado de cubrir con un velo impenetrable las faltas que contra ella se hubieren cometido. Mientras que la ley peruana se muestra esencialmente inmoral permitiendo la in-

63 La religión musulmana, al parecer, no permite la acción de investigación de la paternidad.

dagación no sólo de la maternidad, sino también de la paternidad a toda clase de hijos, aún a los que son fruto de un dañoso y punible ayuntamiento, como los incestuosos, adulterinos y sacrílegos⁶⁴.

1.10.2 Sistema permisivo

Frente a las legislaciones que limitan la declaración o investigación de la paternidad se muestran aquellas otras que la admiten a fin de tender al esclarecimiento de la relación familiar, incluso desde la concepción⁶⁵.

Este sistema tiene sus derivaciones:

1.10.2.1 Sistema abierto o biológico

Postula la investigación amplia de la paternidad por medio de toda clase de pruebas.

Se basa en la determinación de la filiación biológica tomando como ayuda la medicina, biología, antropología y últimamente, y de manera revolucionaria, la genética. Estas ciencias trabajan incesantemente para obtener y perfeccionar las pruebas de paternidad. Es digna de elogio esta tendencia ya que muestra preceptos legislativos flexibles y preparados para acoger los avances biomédicos en materia de investigación parental. Tiende al establecimiento del vínculo biológico (principio de verdad natural).

El postulado principal es que todo ser humano tiene derecho a identificarse y vincularse con sus padres genéticos en todo momento de la vida y a través de cualquier medio de prueba.

Dentro de este sistema tenemos la legislación de Argentina, Alemania, Honduras, Quebec.

1.10.2.2 Sistema cerrado o social

La ley señala casos taxativos y expresos (*numerus clausus*, no *numerus apertus*) en los que procede la investigación precisando mediante supuestos los elementos constitutivos que presumen una relación parental y que deberán ser demostrados en el proceso incoado (Chile).

1.10.2.3 Sistema cerradísimo u obtuso

Reduce a un solo caso o supuesto la investigación de la paternidad y es-

64 PACHECO, Toribio. *Tratado de derecho civil*. 2a. edición. Lima: Imprenta del Estado, 1872, p. 257.

65 El Código de la Familia de Panamá (ley Nº 3 de 1994) permite la libre investigación de la paternidad desde la concepción (art. 272).

tablece un exacerbado proteccionismo a la familia matrimonial de manera tal que el hombre no puede ser accionado en paternidad por una mujer distinta a su cónyuge. Este criterio en la actualidad ya no tiene aplicación.

1.10.3 Sistema mixto

Permite la investigación de la filiación amplia y otra restringida pues la circunscribe a casos taxativamente enumerados por la ley. Así tenemos que el Código Civil peruano de 1984 opta por este criterio ecléctico, como lo llama Cornejo Chávez, “al franquear la posibilidad de la investigación con amplitud considerable si se trata de la maternidad, y con severas restricciones si se trata de la paternidad...”⁶⁶.

Dentro de esta corriente se sitúa el Código Civil de Bélgica, Bolivia, Colombia, Costa Rica y Venezuela.

Incluso con la reciente modificación del Código Civil (ley 27048) estimo que el sistema de filiación mantiene esta característica pues considera los resultados de las pruebas genéticas como un supuesto adicional a los ya consagrados en el artículo 402.

1.11 Importancia de la declaración judicial de la paternidad

El derecho y la ley deben reconocer la facultad inherente que tiene el hijo de reclamar su estado filiativo y exigir a sus padres que cumplan con los deberes y obligaciones naturales que tienen respecto de él.

Y es que la filiación, como relación biojurídica que tienen los padres con sus hijos, ha sido estudiada por mucho tiempo desde un ángulo romántico, una óptica espiritual y un contenido novelesco, ocasionando el aumento de madres solteras, hijos extramatrimoniales y atribuciones de paternidad antojadizas en el Registro Civil, todo como consecuencia de criterios poco claros en lo referente a la responsabilidad procreacional.

Entendemos que el Estado tiene interés en que ni la sombra ni la confusión se proyecten a tan trascendental relación debiendo dictar medidas de protección para asegurar el cumplimiento de la filiación y de los deberes familiares.

Sin embargo, la relación paterno-filial y su connotación universal ha de-

66 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit., p. 130.

terminado que el Estado no sólo haya tomado medidas legales para remediar los problemas suscitados, sino que ha tenido que valerse de alternativas médicas, como las más adecuadas, para resolver el problema de la relación filial. A ello se suman los programas de planificación familiar que han servido para disminuir la tasa de natalidad.

La ética, la religión y la moral han influido sobre el interés jurídico por la protección de la estabilidad de las familias y ha incrementado el interés supremo y prevalente por la protección de los hijos, ya sean éstos matrimoniales o extramatrimoniales.

Este cambio esencial y necesario del derecho se ve reflejado en temas como:

- La igualdad de los hijos.
- La permisibilidad en la investigación de la paternidad.
- La admisibilidad de las pruebas heredobiológicas en la investigación de la filiación paternal.
- El amparo a la paternidad responsable.

1.12 Efectos de la falta de determinación de paternidad

Las personas sin filiación determinada también se encuentran protegidas por la ley. Entre los casos dados tenemos:

*1.12.1 Hijo alimentista*⁶⁷

Esta institución está consagrada en el derecho familiar nacional y es típica de los sistemas cerrados de paternidad que, basados en situaciones de hecho taxativas y de valoración objetiva, no consideran todas las posibilidades en las que se puede atribuir una paternidad.

Como es sabido, el aquí mal denominado hijo no es otra cosa que un acreedor alimentario por parte a) de quien en momento específico mantuvo relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción (artículo 415 del Código Civil) o b) de quien negó someterse a las pruebas biogenéticas decretadas en un proceso de declaración judicial de paternidad (artículo 402, inciso 6.). En este sentido, se alega que la obligación nace al existir un indicio, no probado, de que aquél sea el padre, lo que determina una presunción alimentaria de paternidad.

Este derecho de alimentos permanece hasta la mayoría de edad o cese

67 En Chile se les denomina hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente; en Puerto Rico, hijos de crianza y, en Francia, *action à fins de subsides* a la acción correspondiente.

de la incapacidad. En este sentido, no irroga derechos filiales al carecerse de *status familiae*.

1.12.2 Expósito

Es aquella persona (normalmente recién nacido) cuyos progenitores son desconocidos (*patre nullu natus*)⁶⁸. En este caso su filiación biológica es ignorada y consecuentemente su filiación jurídica es inexistente. Para estos efectos, siendo lo determinante en una persona gozar de sus derechos, y en especial de su derecho a la identidad, se faculta al funcionario del Registro del Estado Civil a asignarle un nombre adecuado (artículo 23 del Código Civil).

1.12.3 Hijo póstumo

Es aquél que nace después de la muerte de su(s) progenitor(es)⁶⁹.

Pueden darse situaciones especiales. La muerte del padre quedando su mujer embarazada: en este caso si el niño nace dentro de los 300 días siguientes a la muerte (disolución del matrimonio) será matrimonial (artículo 361 del Código Civil). El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el abuelo o abuela de la respectiva línea, en caso de muerte del padre o de la madre (artículo 389 del Código Civil). A falta de reconocimiento y muerto el padre, procede la acción de emplazamiento filial contra los herederos (artículo 406 del Código Civil), a falta de ellos contra el defensor de herencia⁷⁰.

1.13 La prueba en la determinación del vínculo filial

La tendencia legislativa de la investigación de la paternidad ha sido fomentarla pensando en el interés social, a la vez que extiende su protección hacia aquéllos que fueron traídos al mundo por efecto de un romance ocasional, desvarío amoroso o inculcado, pero que su progenitor por irresponsabilidad, y sobre todo cobardía, no admitió.

La investigación de la paternidad involucra una indagación de *alta escuela*⁷¹ y necesita de un cuidadoso análisis del magistrado. Esta facultad de accionar en beneficio del hijo tiene una acentuada repercusión económica, social y

68 Es lo que el Código de la Familia de Panamá (ley Nº 3 de 1994) llama *filiación desconocida total*, ya que se ignora la identidad de los padres, a diferencia de la *filiación desconocida parcial*, cuando no se conoce la identidad de uno de ellos (artículo 238).

69 El Código de la Familia de Panamá refiere en su artículo 287 que el hijo póstumo es aquél que nace después de la muerte de su padre.

70 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit., tomo II, p. 156.

moral que exigirá de una prueba vigorosa, sólida y convincente que no sólo represente el interés del propio demandante o beneficiario, sino también de la justicia y de la sociedad.

Jean Carbonier⁷² al estudiar el aspecto de la prueba en materia de filiación trata de determinar el fin de la misma, pero se encuentra con dos corrientes existentes:

- La que considera la prueba de filiación como esclarecedora de la verdad biológica (sistema biológico).
- Aquélla que sostiene que es la demostración de las circunstancias psicológicas y sociales que dotan de verosimilitud al hecho indagado (sistema legal).

Lógicamente, la primera tiene en nuestros días una connotación mucho mayor, en razón de los avances de la ciencia en el campo de la determinación de la paternidad.

Por ello, actualmente se habla del principio de la verdad biológica en el que la esencia de la filiación es el vínculo biológico, a través del cual nos identificamos con nuestros descendientes⁷³.

Si bien dentro del plano de la probanza judicial nacional muy poco se ha resuelto en materia de biopruebas de filiación, es importante esquematizar y clasificar las pruebas de investigación de paternidad:

1.13.1 Pruebas jurídicas:

- | | |
|--|--|
| 1. Título: | La prueba documental (partida de nacimiento) |
| 2. Posesión de estado: | <i>Nomen, tractus y famma</i> |
| 3. Presunción <i>pater est</i> | |
| 4. Reconocimiento | |
| 5. Relación sexual durante la época de la concepción | |
| 6. Pruebas biológicas | La prueba pericial |

71 ZICARELLI, Filho. "La prueba en la acción de investigación de paternidad", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*. México, mayo-junio 1970, N° 3, p. 85.

72 CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*. Barcelona: Ed. Bosh, 1961, p. 385.

73 SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Op. cit., p. 46.

7. Prueba testimonial⁷⁴

1.13.2 Pruebas médicas⁷⁵:

1. Pruebas no referentes a la herencia o elementos de diagnóstico retrospectivos y correlativos:
 - a) Época de la concepción
 - b) Duración legal del embarazo
 - c) Estado clínico de los presuntos progenitores al tiempo de la relación (aptitud procreativa)
 - d) Estado clínico de los presuntos progenitores al tiempo del juicio de filiación y correlación del diagnóstico retrospectivo.

Estas pruebas se sustentan en el estudio del hombre (análisis andrológico), de la madre (examen ginecológico) o del hijo (prueba de madurez).

2. Pruebas referentes a la herencia o heredobiológicas:
 - a) Pruebas de paternidad basadas en los elementos de diagnóstico no grupales:
 - Antropomórficas
 - Antropoquinéticas
 - Patológicas
 - Fisiológicas
 - Psicológicas
 - b) Pruebas de paternidad basadas en los elementos de diagnóstico grupales:
 - Grupos sanguíneos
 - c) Pruebas genéticas:
 - Marcadores genéticos séricos
 - Sistema de histocompatibilidad
 - Polimorfismos cromosómicos
 - Perfil del ADN

74 El Código Civil de Quebec (Canadá) establece:

“Artículo 533.- La prueba de la filiación podrá hacerse por todos los medios. Sin embargo *los testigos no son admisibles* si hay conocimiento de prueba, o cuando las presunciones o indicios resulten de hechos claramente establecidos que sean suficientemente graves para determinar la admisión” (el resaltado es nuestro).

75 Carlos María Romeo Casabona indica que la clasificación de las pruebas biológicas de paternidad es un criterio de *medicina forense genética* (comunicación personal cursada el 6 de octubre de 1997, vía correo electrónico).

1.14 Acciones de filiación

1.14.1 Generalidades

La investigación de la paternidad es de interés fundamental para el Estado, de ahí que se preste especial cuidado a la estructuración y ubicación de las acciones de filiación dentro del derecho público, a efectos de brindar las máximas seguridades y cautela a estas medidas judiciales destinadas a encontrar la relación de familia.

Como se dice, las acciones de filiación son acciones dirigidas a la afectación del estado civil del sujeto pues sus resultados pueden variar completamente los atributos de la persona y su identidad personal, justificándose su denominación como acciones de estado.

1.14.2 Concepto

Las acciones o pretensiones de filiación están referidas al estado de familia y buscan el establecimiento del verdadero *status filii* o calidad de hijo a través de un emplazamiento (iniciado por quien lo carece) o un desplazamiento (cuando la filiación establecida no coincide con la real).

1.14.3 Objetivo

El objeto de las acciones de filiación es facilitar la adecuación entre la filiación como hecho y la filiación como relación jurídica.

El fundamento de estas acciones reside en la prueba de un hecho: la correspondencia entre la verdad biológica (procreación) y el estado filial (situación de hecho). De ahí que sea de la realidad biológica que se establezca (determinación) o quede sin efecto (impugnación) el vínculo filiativo respecto del hijo y sus progenitores.

En otras palabras, las acciones de filiación buscan la adecuación entre la verdad formal y la verdad biológica.

1.14.4 Características

Tienen como principales características el ser:

- | | |
|-------------------|--|
| Imprescriptibles: | El paso del tiempo no influye en su admisibilidad o requerimiento. |
| Inalienables: | No pueden ser limitados ni restringidos sus efectos. |
| Personales: | Sólo pueden ser utilizadas por un número limitado de personas. |

Intransmisibles:	No pueden ser transferidas bajo ningún título.
Irrenunciables:	El goce natural de estas acciones limita la posibilidad de que pueda renunciarse a la acción, no obstante que sí podrá renunciarse al derecho a ejercerlas.
Eficacia <i>erga omnes</i> :	Sus efectos son generales con respecto a las personas que están vinculadas filiativamente. No cabe el establecimiento de una filiación <i>in diminuto</i> .

1.14.5 Clases

Entre ellas tenemos las siguientes:

Acción de reclamación.- Se le conoce como acción de declaración positiva o vindicación de estado civil. Es una acción de emplazamiento, es decir que busca establecer una filiación a quien no la tiene.

1. Matrimonial.- Se da a falta de una inscripción regular. Tales son los casos: inscripción sin mención de los padres, inscripción como hijo extramatrimonial de otras personas, inscripción como hijo matrimonial de otros.
2. Extramatrimonial.- Se sustenta en el principio de la investigación de la filiación y permite su determinación respecto de quien no la tiene legalmente, por haber nacido fuera de matrimonio y sus padres biológicos se niegan a reconocerlo. Lógicamente es exigible al padre o a la madre, teniendo:
 - Paternidad.- Acreditado los supuestos sociales o la vinculación de genética.
 - Maternidad.- Acreditado los supuestos biológicos o la vinculación de genética.

Acciones de desconocimiento.- Llamadas acciones de declaración negativa o de repudio filial. Es una acción de desplazamiento, es decir busca dejar sin efecto la filiación de quien la goza fuera de los supuestos permitidos por ley.

1. Paternidad matrimonial
 - Impugnación.- Denominada desconocimiento riguroso. En este caso el marido ataca la paternidad que tiene con el hijo concebido por su mujer durante el matrimonio. En ella está vigente la presunción *pater est*, existe una verdad biológica probable.
Se presume que el hombre tenía relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción.
 - Negación.- Denominada desconocimiento simple o nega-

ción *ad nutum*. En este caso no existe la presunción de paternidad, no hay una verdad biológica probable.

Se presume que el hombre no tenía relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción.

2. Maternidad matrimonial

- Impugnación.- Es menos frecuente que el de la paternidad. Sin embargo, es más necesaria e importante que otras acciones ya que, si falta el vínculo de la madre, deberá faltar el del padre.

Éste es un caso relacionado con los delitos de alteración del estado civil, permitiéndose repudiar este tipo de filiación en los casos de parto supuesto o suplantación de hijo. Por ejemplo: Ostentar la calidad de hijo matrimonial de una mujer que biológicamente no lo es.

3. Casos especiales

- Impugnación de legitimidad.- Esta acción busca probar que el hijo no es matrimonial. A pesar de que su paternidad legal coincide con la biológica, el hecho de haber sido concebido o alumbrado cuando sus padres no estaban casados motiva la impugnación. Es una acción propia de los padres.
- Repudio de la filiación legítima.- Busca dejar sin efecto una filiación matrimonial a efectos de declararse hijo extramatrimonial. Es una acción propia del hijo.

Estas acciones ya no tienen aplicación, son infrecuentes y han sido desplazadas por el principio de unidad de la filiación y el de igualdad entre los hijos.

CAPÍTULO 2

Evolución jurídico-médica de la prueba biológica de investigación de paternidad

2.1 Antecedentes históricos en la investigación jurídico-biológica de la paternidad

La indagación de la paternidad ha sido preocupación de todos los tiempos. El hombre ha tratado de encontrar desde siempre aquella huella imperecedera y precisa que le permita descubrir su origen dudoso y discutido, su real y verdadera vinculación biológica con quienes le dieron el ser y la vida.

El afán de identificación del hombre con la familia se origina, en un inicio, en la satisfacción de sus necesidades biológicas primarias como el hambre, la sed, la enfermedad, el hábitat, etc. Sin embargo, el hombre se va socializando, va dejando de lado aquella identificación que sólo le sirve para sobrevivir, adquiere valores de relación mutua con sus progenitores y recién, en ese momento, trata de descubrir su procedencia biológica, ignorada y desconocida, que se envolvía dentro de ese velo impenetrable que cubría el hecho biológico de la concepción.

Indica Federico Engels que son tres las principales formas de matrimonio que se vinculan a la tríada de la evolución humana: “Al salvajismo corresponde el matrimonio por grupos; a la barbarie, el matrimonio sindiásmico [y] a la civilización, la monogamia con sus complementos, el adulterio y la prostitución”⁷⁶.

En un primer momento, en los pueblos salvajes y aquéllos en estado inferior a la barbarie, primó la familia grupal, en la cual no podía saberse con certeza quién era el padre de una criatura, pero sí quién la madre. Por tanto, la descendencia se establecía por línea *materna* o *femenina* (surge así la filiación

76 ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Lima: Ed. Perú Andino, 1988, p. 104.

materna, los hermanos uterinos y el denominado por Bachofen, derecho materno). Este tipo de descendencia es la decisiva, por ser la maternidad la única cierta.

Con la *familia sindiásmica* el hombre empieza a vivir con una mujer, no obstante subsistía la poligamia y la infidelidad exclusiva para el varón, castigándose cruelmente el adulterio de la mujer. A partir de esta etapa “el grupo había quedado reducido a su última unidad, a su molécula bioatómica: a un hombre y una mujer”⁷⁷.

Los primeros esbozos hacia la monogamia surgen aquí. El matrimonio sindiásmico había introducido en la familia un elemento nuevo. Junto a la verdadera madre había puesto al verdadero padre. Queda abolida la filiación femenina y se sustituye por la filiación masculina. El hecho es que no se sabe cuándo se produjo esta revolución, pues se remonta a los tiempos prehistóricos.

El tránsito determinante a la monogamia lo realiza la *familia sindiásmica* consagrando la fidelidad de la mujer y su consecuencia, la atribución de la paternidad de los hijos de aquélla, entregada sin reservas al poder de su marido.

La *familia monogámica* es uno de los síntomas de la civilización naciente y se funda en el predominio del hombre y su fin expreso cual es procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible⁷⁸. Con esto se cierra el círculo que cubría las relaciones sexuales de pareja y la indeterminación de la paternidad, al menos desde el punto de vista antropológico, histórico y sociológico.

La indeterminación de la paternidad y la búsqueda por su esclarecimiento ha sido materia de un amplio análisis. La religión ha tratado este tema, sentando como soluciones las premisas de paternidad. Es así que las Sagradas Escrituras⁷⁹ y el *Talmud de Babilonia*⁸⁰ tratan el tema de una manera precisa y, sobre todo, su referencia se debe al hecho de que el esclarecimiento de la paternidad es un problema social.

77 Op. cit., p. 73.

78 Op. cit., p. 85.

79 “18. Tres cosas me son ocultas; aun tampoco sé la cuarta: 19. El rastro del águila en el aire; El rastro de la culebra sobre la peña; El rastro de la nave en medio del mar; Y el rastro del hombre en la doncella”. *Proverbios* 30.

80 ¿No habría al menos posibilidad, así sea experimental, que garantizara la verdad del padre real?, pregunta un rabino ¿No se podría, por ejemplo, encerrar en una prisión a un hombre y a una mujer para que nazca un hijo de filiación cierta? ¡Tontería!, le replica un colega dado que “¿Conoces tú una prisión sin guardián?”. Cfr. HADDAD, Gérard. *L'enfant légitime*. Surces talmudiques de la psychanalyse. París: Hachete, 1981, p. 261. Cit. KOZICKI, Enrique. “La filiación. El HLA, el DNA. La ciencia y el derecho”. *La Ley*, tomo 1990-D, p. 1194.

En el poema épico de Homero, *La odisea* (siglo IX a.C.), Atenea pregunta a Telémaco si es hijo de Ulises, pues se le parece, y la respuesta es que sólo el cielo y su madre (Penélope) pueden saberlo⁸¹.

Nos relata Heródoto (484-420 a.C., considerado el Padre de la Historia) que los Ausees, antiguos nómadas del norte de África, asumían una costumbre muy propia en la atribución de paternidad:

“Estos pueblos sin cohabitar particularmente con sus mujeres, usan no sólo promiscuamente a todas, sino que se juntan con ellas en público, como suelen hacerlo las bestias. Cuando una mujer tiene en su poder a un niño crecido, se reúne en un lugar a los hombres cada tercer mes, y se tiene al niño por hijo de aquél a quien más se parece”⁸².

Esta atribución va dando las pautas para que en dicha época se comience a estudiar los caracteres biológicos que se transmiten de padres a hijos.

A partir del año 485 a.C. la medicina logra un gran avance y desarrollo pues comienza la aplicación, sobre la base de la experimentación y observación directa, de los fenómenos biológicos.

Estos procedimientos son robustecidos por Hipócrates, (460-377 a.C.) gran médico griego, quien fue el primero en invocar pruebas más científicas que las del *mero parecido físico* para determinar la paternidad, y así lo demuestra y exige en la defensa pericial que asume en beneficio de una mujer casada a quien se le acusaba de adulterio por existir una disimilitud física del hijo con el esposo.

Este primer ejemplo histórico de peritaje médico-legal en el tema de la herencia va dando cabida para que se investigue sobre la existencia de métodos más efectivos y seguros para este tipo de controversias paternas.

Sin embargo, la utilización de la prueba de los caracteres antropomórficos para investigar y determinar la paternidad fue mayormente utilizada por los escitas⁸³, allá por el año 5 a.C., ya que tuvieron nociones concretas sobre los caracteres hereditarios, considerándolos como pruebas de paternidad.

En el período de Justiniano I (482-565 d.C.) las leyes prohibían la investigación de la paternidad, salvo los casos limitados de raptó o estupro violento. Cuando una joven soltera se declaraba encinta indicando a un hombre como el autor de su embarazo, ese individuo era condenado, por la sola afirmación

81 Cit. BUSTAMANTE MONTORO, Juan Carlos. “Estudio médico-legal de los marcadores genéticos, empleados en la investigación de la paternidad y criminalística”. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Medicina, Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria, 1993, p. 13.

82 Cfr. HERÓDOTO. “Los nueve libros de la historia” (traducción: María Rosa Lida de Malkiel), en *Clásicos Jackson*. Buenos Aires: W.M. Jackson, 1956, vol. XXII, Melpómene, 180, p. 275.

83 Antiguo pueblo bárbaro de Europa Oriental y Asia Occidental.

y juramento de la joven, a proveer provisoriamente los gastos del parto y el mantenimiento del hijo, de allí el adagio citado por los Mazeaud *virgini praegnantanti creditur*⁸⁴. Pero esa regla no solucionaba el problema de la filiación, por tanto la joven que quería triunfar definitivamente debía de aportar serias pruebas de paternidad del hombre a quien perseguía en filiación de su hijo.

A mediados del siglo IX –época de la decadencia califal de Arabia, pero de gran desarrollo literario– se escribe una de las más famosas narraciones árabes: *Las mil y una noches*. En una de las historias que cuenta la sultana Genarda está la “De las hermanas envidiosas, del pájaro que habla y del árbol que canta”, en la que el sultán, ignorando la existencia de hijos suyos logra reconocerlos, en un primer inicio, en base a la influencia que hace sentir la sangre:

“Mi corazón me impulsa a creer como cierto lo que acabas de decirme; ahora comprendo esa inclinación irresistible que me atraía hacia vosotros desde el momento que os vi ¡Hijos míos, añadió, abriendo sus brazos, venid a que yo estreche vuestros pechos contra el mío!”⁸⁵.

En el incanato, la determinación de la paternidad era muy especial.

La familia punulua supone un sistema de matrimonio por el cual:

“Todos los hermanos carnales y colaterales de mi padre son como éste, los maridos de mi madre y, como no se puede comprobar con certeza quién es el verdadero padre, todos aquéllos se consideran como mis padres. Del mismo modo las hermanas de mi madre son mis madres”⁸⁶.

Posteriormente, con el desarrollo de la familia monogámica, se supone que la línea paterna adquiere importancia, de esta manera:

“La paternidad en su determinación, si nos remontamos al Imperio Inca, se resolvía en razón del parentesco poligámico en un primer inicio. Posteriormente, cuando se instituye la formalidad del matrimonio y se orienta hacia la monogamia, ya la indagación y atribución de nexos parentales, fue mucho más sencilla”⁸⁷.

84 MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1959, parte I, vol. III, p. 463.

85 *Las mil y una noches*: Buenos Aires: Ed. Tor SRL, 1945, pp. 233-234.

86 CUNOW. “El sistema de parentesco peruano y las comunidades gentilicias de los Incas”, 1929: 33. Cit. OSSIO, Juan: “La estructura social de las comunidades andinas”. *Historia del Perú*. Lima: Ed. Mejía Baca, 1982, tomo III, p. 218.

87 Para mayor referencia. Op. cit.

En el año 1242, el monje franciscano inglés Roger Bacon⁸⁸ propició y fomentó la peritación biojurídica de la paternidad para que se acabaran aquellos pleitos fraudulentos de filiación que nacen y prosperan al cobijo de las fallas indagatorias, la mala fe, la complacencia y el soborno.

Y es que, en dicha época, podemos notar la inconsistencia que demostraban las pruebas del juramento y el testimonio por estar sujetas a la libre interpretación y psicología individual y que eran, sin embargo, utilizadas como pruebas de paternidad. Es así que Bacon propuso la intervención de la técnica biológica para proteger al derecho en esta materia tan delicada de investigación y determinación de paternidad.

El Tratado Sen-en-roku (libro de folclor), originario del antiguo imperio chino de 1247, establecía un método para determinar la paternidad, por el cual:

“Se vertía gota a gota la sangre del supuesto padre y la del hijo en una vasija llena de agua. La formación de un precipitado indicaría la ausencia de relación parental, su mezcla significaría la existencia de vínculo paternal. Incluso esta técnica era posible cuando el padre estaba muerto. En este caso se procedía a desenterrar el cadáver, se limpiaba uno de sus huesos más largos dejando caer unas gotas de sangre del presunto hijo sobre éste, una vez seca la sangre, si resistía el lavado se consideraba como el presunto padre”⁸⁹.

Como señala Tejada en cuanto a la técnica utilizada por los chinos, “ésta no podía ser más imprecisa, pero parece ser una intuición anticipada de las pruebas de los grupos sanguíneos utilizadas en la actualidad”⁹⁰.

Posteriormente, alrededor de la segunda década del año 1400, se intentan una serie de procedimientos judiciales tendentes a la investigación de la paternidad basándose en las pruebas de caracteres morfológicos hereditarios entre el presunto padre y el hijo.

Un caso conocido en doctrina es aquél en que se planteó la investigación de la paternidad ilegítima en base a un examen para verificar las semejanzas entre la hija y el supuesto padre. En esta causa un tribunal admitió la prueba fisonómica comparativa por el hecho de que la paternidad estaba envuelta en un velo espeso y muchas veces impenetrable, por tanto debían hacerse uso de todos los medios probatorios existentes, a pesar de constituir un acto inmoral el descubrir una parte del cuerpo ante los magistrados.

88 ¿1214?-1294 denominado el Doctor Admirable.

89 BUSTAMANTE MONTORO, Juan Carlos. Op. cit., p. 14.

90 TEJADA, José Francisco. “Nuevos medios de prueba de la paternidad”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, enero-agosto, 1978, Nº 31-32, p. 94.

En 1536, Enrique II de Francia, mediante edicto real, dispuso que la maternidad natural sólo podía establecerse por la declaración de embarazo impuesta a las jóvenes encinta. En cuanto a la filiación paterna, se decretó que ésta no resultaba de una presunción legal, sino de un reconocimiento o de una acción judicial en la cual eran admitidas toda clase de pruebas incluso las biológicas que comprendían los rasgos fisonómicos y funcionales externos.

Sin embargo, la transmisión de los caracteres hereditarios seguía siendo considerada como un enigma, como un acontecimiento hierático.

El dramaturgo inglés William Shakespeare (1564-1616), en su obra histórica referente a Inglaterra, *Vida y muerte del rey Juan*, cuenta que Felipe, el Bastardo, contesta al rey refiriéndose a su hermano Roberto, el legítimo:

“... descendemos de una misma madre como es notorio y creo que del mismo padre, pero para su conocimiento evidente de la verdad os remito al cielo y mi madre; sobre este punto tengo mis dudas que pueden asaltar a todos los hijos de los hombres”.

Adicionalmente a ello vemos que, en el año 1580, el escritor francés Michel de Montaigne se preguntaba:

“¿Qué clase de monstruo es la gota de semen, que trasmite las impresiones, no sólo de la forma corporal, sino de los pensamientos y las inclinaciones de nuestros padres? ¿Dónde aloja esta gota de agua ese número infinito de formas? ¿Y cómo puede parecerse un bisnieto a su bisabuelo y un sobrino a su tío?”.

Todas estas interrogantes fomentaron el mejor estudio de las características morfológicas y funcionales que se transmiten de padres a hijos.

Brasil ha sido, quizá, el primer país latinoamericano que inició estos estudios y utilizó las pruebas heredológicas para investigar la relación filial. En el viejo derecho portugués se aceptaron las comparaciones fisonómicas como medio de prueba para conjeturar la verdad de la filiación paterna, pero esta técnica fue aplicada recién en 1867, fecha en la que el prestigioso biólogo Borges Carneiro refutó su eficacia, aduciendo que ni el color ni la forma de los ojos, ni la constitución craneal, eran suficientes para probar la paternidad.

Estas ideas expuestas por Carneiro no interrumpieron la curiosidad de los biólogos para averiguar el modo adecuado para determinar con exactitud la paternidad.

Con el descubrimiento de las leyes de la herencia de Mendel se pensó, en 1890, que ya se contaba con las condiciones adecuadas para conseguir una indagación positiva de la paternidad, pero cuando estas leyes se aplicaron a los hombres el problema se tornó mucho más complejo de lo que aparentaba ser.

Se optó, entonces, más o menos por el año 1895, por el *método del residuo* mediante el cual, analizándose los caracteres de la madre y del hijo, se trataba de hallar los caracteres restantes en el supuesto padre. Este sistema basaba sus indagaciones en los rasgos fisonómicos, en los caracteres antropológicos y los de tipo patológico hereditarios.

Los esfuerzos de la ciencia por descubrir aquella secuela permanente y general en la transmisión de ciertos caracteres se remontan, como hemos visto, a épocas muy antiguas. Los autores Delage y Goldsmith en su obra *Teoría de la evolución* admitían que las fórmulas de retransmisión de caracteres parentales estaban muy ligadas con las teorías de la preformación y de la epigénesis, sustentadas en lo siguiente:

“Preformación, según la cual los organismos empezaban teniendo en sí todas las características del adulto pero en miniatura, es decir que el ser se encontraba completo dentro del óvulo o del espermatozoo, sin más trabajo para éste que el quitarse el abrigo de su envoltura y desarrollarse”⁹¹.

Epigénesis sostenía que el organismo comenzaba por un estado simple y se desarrollaba hasta llegar a la forma adulta, pero sin que el embrión fuera un adulto minimizado. Esta teoría fue admitida hace más de 2000 años por el gran filósofo y biólogo griego Aristóteles “... pero que tocó a la biología experimental de los últimos tiempos decidir el asunto por la demostración”⁹².

Finalizando los años 1800, surge una nueva generación de fisiólogos (el alemán Weismann, el francés Roux y el inglés Spencer) que, sentando sus estudios en la *Teoría de evolución* de Darwin, destacan aquellos perfiles vigorosos de la herencia, estudiada a través del proceso fisiológico y llegando a la conclusión de que todo organismo en desarrollo se asemeja a sus padres.

En 1901, Landsteiner descubre en la sangre la existencia de dos antígenos diferentes que los denominó A y B. En 1910, Hirsfeld y von Durgen demuestran que los caracteres sanguíneos y sus grupos (A, B, AB y O) se transmiten a través de las leyes de la herencia mendeliana, permitiendo determinar con gran precisión los casos de incompatibilidad sanguínea y, por tanto, la inexistencia del vínculo hereditario.

La característica hereditaria de los grupos serológicos es el avance más importante realizado por la biología moderna en la investigación del lazo bio-parental.

Fue en 1924, en Alemania, donde Staassmann, prestigioso hematólogo

91 CARNELLI, Lorenzo. *La investigación técnica de paternidad y su aplicación en el derecho*. Buenos Aires: Antología Jurídica, 1938, tomo I, s/n.

92 GORAN, Morris. *Biología experimental para todos*. Barcelona: Ed. Ramón Sopena S.A., 1967, p. 170.

local, propuso la aplicabilidad de la prueba de los grupos sanguíneos a la investigación de la paternidad. Dicho proyecto fue corroborado por el biólogo Schiff, que presentó 16 casos de aplicabilidad de la prueba hematológica determinándose entre éstos una exclusión de paternidad.

A estas pruebas de paternidad se les han sumado otras más, conforme fue incrementándose el número de investigaciones. Pero es a partir del año 1974 que la ciencia genética incursiona en este campo y aporta estudios cromosómicos que ya no sólo determinan una probabilidad de paternidad del 70%, como lo hacían los grupos sanguíneos, sino que implementa nuevos sistemas cuya certidumbre y eficacia de determinación positiva de la paternidad alcanzaron el 99,99% con el HLA y el 100% con el ADN.

Hemos visto cómo la investigación de la paternidad fue rechazada por el derecho occidental y mas aún la investigación biológica del vínculo filial, atendiendo a consideraciones de orden familiar o moral y al estado de la ciencia biomédica que no podía aportar métodos certeros en la indagación hereditaria de la paternidad.

Sin embargo, el progreso científico ha permitido que el derecho renueve sus conceptos tradicionales en ese tema, acogiendo las pruebas biológicas, pero manteniendo aquella reserva que le es propia para evitar abusos, perjuicios o hasta un mal entendimiento de la aplicabilidad de las biopruebas.

Esta evolución jurídica en cuanto a la eliminación de las discriminaciones tradicionales existentes respecto de los hijos y su nueva orientación en la investigación de la paternidad está siendo corroborada por la ciencia médica.

Además, es importante reconocer que tanto la biología como la genética se desarrollan y progresan de una manera vertiginosa, correspondiendo a los juristas, como pensadores sociales, fijar las condiciones legales adecuadas para lograr un beneficio con tales progresos.

2.2 Antecedentes legislativos y jurisprudenciales de las pruebas hereditarias en la investigación de la paternidad

Desde hace milenios la imposibilidad de determinar la paternidad fue un problema por resolver. En razón de ello el derecho trató de dar soluciones dirigidas a la búsqueda de la paz personal y familiar.

De esta manera, el Código de Lipit-Ishatar (2000 a.C.) es el primer cuerpo legal que consagra la presunción de paternidad del marido, estableciendo la obligación del padre de mantener a sus hijos y la de éstos de mantenerlo en su ancianidad.

El Código de Hammurabi (s. XVII a.C.) castigaba al hijo que dudaba de la paternidad de su padre, cortándole la lengua.

En las leyes de Manú se expresa:

“así como hay hombres que tienen semillas y otros que tienen tierras y si aquellos las esparcen en el campo de éstos; igual sucede en el matrimonio, todos los hijos pertenecen al matrimonio”.

Por su parte, los galos, en su derecho consuetudinario dirimían la duda de la paternidad arrojando al niño al río, si flotaba era hijo del marido.

Para conocer mejor el surgimiento y la evolución legislativa de las pruebas médico-hereditarias, es imprescindible analizar las primeras leyes y fallos jurisprudenciales que regularon su existencia y aplicabilidad en el derecho comparado.

2.2.1 Escocia

Las primeras pruebas de indagación de la relación biológico-parental estuvieron relacionadas con el llamado *aire de familia*, considerándose en estos casos tanto las facciones, los gestos y demás particularidades que se hallan caracterizadas en el presunto padre.

Es así que, a partir de 1767, las denominadas cuestiones de paternidad se resolvían aplicando, estrictamente, las pruebas biológicas, sentándose una base jurisprudencial para todos aquellos casos en que se discutía la identidad y legitimidad filiativa de una persona.

Ello lo vemos reflejado en el proceso de la pairía Douglas (1767-1769) en el que se debatía la filiación de Archibald Steward con John y lady Douglas, supuestos padres. La sentencia del tribunal de primera instancia descartó la posibilidad de identidad y legitimación. Sin embargo, el fallo fue muy cuestionado en razón de que se requirió de quince jueces para dirimirlo. Esta sentencia fue apelada ante la Cámara de los Lores, en la que se declaró a Archibald Steward hijo indudable de lady Jane.

Este fallo judicial estuvo sustentado netamente en las pruebas antropomórficas y antropológicas. Según comenta Taylor, el criterio de lord Mansfield (uno de los magistrados) al dictar sentencia fue el siguiente:

“He considerado el parecido como una prueba de que el niño es hijo de tal o cual individuo, y es tanto más, cuanto que las diferencias individuales son más aparentes en la especie humana que en las demás especies animales. Un hombre puede inspeccionar 10.000 individuos antes de ver dos figuras completamente análogas, y en un ejército de 10.000 hombres cada uno de ellos puede distinguirse de los otros. Si hubiera parecido en las facciones, podría haber diferencia en la voz, gesto u otros caracteres, mientras que en general, una

semejanza de familia abarca todo esto; en efecto, entonces hay un parecido general que se refiere, por ejemplo, a las facciones, la voz la actitud y la acción”⁹³.

Fue este caso el que sentó la base jurisprudencial de la aplicación de las pruebas heredobiológicas en los futuros procesos de indagación del nexo biológico. El mismo Taylor⁹⁴ menciona otros casos judiciales que se resolvieron por medio de la semejanza fisonómica y de los caracteres funcionales externos. Entre ellos tenemos: el proceso de la pairía Townsend (Cámara de los Lorens, mayo de 1843) y el proceso Castro y Horton (mayo de 1873).

2.2.2 Noruega

En 1919 un tribunal noruego declaró una paternidad en base a pruebas biológicas, específicamente de los rasgos morfológicos.

Se tomó como evidencia directa el hecho de que tanto el presunto padre como el pretendido hijo presentaban braquidactilia (enfermedad autosómica dominante) por lo que se falló de manera positiva la paternidad:

“El genetista hizo mostrar las manos del hombre señalado por la madre al Tribunal, que se percató de lo anormalmente corto de sus dedos, y al volver la atención sobre el niño, con el mismo defecto, les explicó que dicha rareza se debía a un gen anormal de bajísima presentación en la población, y que las posibilidades que aquella mujer tenía en haber *encontrado* otro hombre braquidactílico, al tiempo de la concepción del niño, resultaban remotísimas”⁹⁵.

2.2.3 Alemania

Como hemos manifestado anteriormente, Alemania fue el primer país que propugnó la utilización de estas pruebas biológicas para la investigación de la paternidad.

En el año de 1924 fue admitido por primera vez el examen de sangre para determinar la filiación cuando las cortes alemanas hicieron uso de este medio de indagación en el caso Schiff y Adelsberger (Aerztl. Sachverst. Zeib: 30: 101-1924: Schiff, Jur. Worh. Nº 4-1925).

Posteriormente, encontramos una de las sentencias en que se resuelve tomando en consideración la época de la concepción. Y es la de el Landgeritch

93 TAYLOR, A S. *Tratado de medicina legal*. Madrid: Librería Editorial de Carlos Bailly-Bailliere, 1890, p. 668.

94 Op. cit., pp. 667 y 669, respectivamente.

95 BUSTAMANTE MONTORO, Juan Carlos. Op. cit., p. 91 (y de manera general p. 15).

II de Berlín, que en abril de 1927 resolvió: “La paternidad no puede ser admitida, ya que según el peritaje, es manifiestamente imposible que el niño haya sido concebido en la cohabitación denunciada...”.

Citamos, también, la afirmación de el Landgeritch de Duisburg, en 1928, que confirmando la validez de las pruebas biológicas dice que “ya no había motivo para dudar de tales investigaciones”.

Queda por mencionar la de el O.L.G. de Dusseldorf, del 18 de agosto de 1929, que sostenía:

“La cuestión de si los conocimientos adquiridos mediante la determinación de los grupos sanguíneos, deban considerarse como conquista segura de la ciencia está afirmativamente resuelta por las competentes autoridades científicas. Que la constatación de la correspondiente ley natural no debe detener al juez en su aplicación por el hecho de ser de fecha reciente, por cuanto dicha ley no está en contradicción con las doctrinas actuales, sino que las complementa”.

En cuanto a los antecedentes legislativos es prudente citar la ordenanza publicada en el diario oficial del Ministerio de Justicia de Sajonia, Nº II del 29 de agosto de 1931 que, como lo transcribe Carnelli, menciona lo siguiente:

“Según las observaciones del Ministerio de Justicia acontece frecuentemente que, en procesos de manutención, los Tribunales toman juramento a la madre del niño sin tomar en consideración previamente la ejecución de una investigación de los grupos sanguíneos. Con el objeto de evitar los falsos juramentos, se recordará practicar de inmediato una investigación de los grupos sanguíneos, antes de toda decisión sobre el juramento de la madre. Se constatará entonces, a menudo, que la declaración de la madre puede no ser verdadera, según el resultado de la investigación de los grupos sanguíneos, y que, por lo tanto, no procede hacerla jurar.

Cuando los litigantes no exigen ellos mismos la ejecución de la prueba sanguínea, el tribunal puede influir para que presenten el pedido de esa investigación. Para evitar falsos testimonios, es además útil que los testigos sean informados, antes del interrogatorio, sobre un posible derecho de denegación de testimonio”⁹⁶.

2.2.4 Austria

En el año de 1926 se dio en Viena el primer dictamen pericial basado en la hereditariad de los grupos sanguíneos para conseguir el esclarecimiento judicial de la paternidad.

Sin embargo, se dieron muchas discusiones acerca de estas pruebas somático-hereditarias por el hecho de ser incomprensibles, técnica y legalmente, para los juristas. No por ello dejaron de tener importancia, ya que en la sentencia del 23 de enero de 1931 el Tribunal Supremo austriaco dispuso que la ausencia de una investigación biológico-hereditaria en un proceso sobre paternidad constituía una falta de pruebas.

Según admite Fairén Guillén, "... con ello no es que sólo se admitiera tal prueba, es que pasaba a ser exigible, bien con el carácter simplemente persuasivo de la jurisprudencia austriaca"⁹⁷.

Es así que en sentencia del Tribunal de Apelaciones, de fecha 30 de agosto de 1934, declaró que la prueba de los grupos sanguíneos era apta para probar la imposibilidad de la paternidad.

2.2.5 Polonia

La aplicación de la prueba hematológica data de 1926, pero debemos mencionar que su impulso y orientación se debió a una ley de 1913 que autorizó la investigación de la paternidad.

El profesor Tejada hace referencia a la influencia política de que fue objeto la puesta en práctica de esta prueba:

"La nueva filosofía jurídica de la organización política socialista, y las directivas del Tribunal Supremo del 27-VI-1953, sobre las pruebas en el proceso civil, y del 6-XII-1952, que decía que el Estado Popular tiene interés esencial en que la composición de la familia esté regularmente establecida; en consecuencia también la paternidad del hombre que es realmente el padre del niño, han contribuido poderosamente al empleo de esta prueba"⁹⁸.

La aplicación de la prueba biológica para la investigación de la paternidad en el ámbito judicial europeo es bastante antigua. Es por ello que existió un avance en la investigación de las ciencias biomédicas para conseguir métodos mucho más certeros para indagar el nexó biológico, muestra de ello

97 FAIREN GUILLÉN, Víctor. "La investigación biológica de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal", en *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, julio-setiembre 1950, tomo III, fasc. III, p. 638.

98 TEJADA, José Francisco. Op. cit., p. 126.

hemos apreciado en el estudio realizado.

2.2.6 *Brasil*

Se ha determinado cronológicamente que la aplicación de la pericia sanguínea se remonta al año de 1925⁹⁹. Incluso mucho antes de que fuera aplicada en países europeos, que hasta el momento eran los que llevaban la vanguardia en el empleo de la experticia hematológica de investigación de la paternidad.

Además, es de merecido reconocimiento el nivel de las pruebas heredo-biológicas filiales realizadas en materia de odontología legal por Luiz Silva¹⁰⁰, que sentó las bases para una nueva ciencia de la paternidad e identidad.

2.2.7 *Estados Unidos*

En 1930, la prueba serológica sirvió para solucionar un controvertido caso de sustitución de recién nacidos en la maternidad de Chicago.

En 1931, la prueba hematológica es aceptada por los tribunales estadounidenses y ese mismo año se sancionó en Nueva York una ley que permitía a los magistrados ordenar la prueba de los grupos sanguíneos en los casos de discusión de la paternidad y otros en los que sean de utilidad probatoria. A mediados de 1935 comienza a regir en el Estado de Wisconsin, en 1939, en Nueva Jersey, Ohio, Minnesota y California.

Con la reforma de la Ley Federal Norteamericana del Proceso Civil se hace extensible a todos los tribunales el poder recurrir a la prueba sanguínea, según analiza Hugo Gatti, basándose en los estudios de Almeida Junior y Castro Pérez¹⁰¹.

2.2.8 *Italia*

En este país existió gran controversia en cuanto a la aplicabilidad de la prueba hematológica.

Esto lo vemos reflejado en la sentencia de la Corte de Turín que rechazó

99 BARRA, Washington Epaminondas M. *Investigação de paternidade*. O Estado de São Paulo, 3 fev. 1984. Cit. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Ação de investigação da paternidade*. Coleção Saraiva de prática do direito. São Paulo: Ed. Saraiva, 1986, p. 33.

100 SILVA, Luiz. *Identificação odonto-legal do desconhecido de collegno, pericia de investigação de paternidade*. La Plata: Taller de Impresiones Oficiales, 1937.

101 GATTI, Hugo E. "Los grupos sanguíneos y la prueba de la filiación natural", en *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Lima: Ed. Revista de Jurisprudencia Peruana, julio 1954, año XII, N° 126, p. 795.

rotundamente este medio científico de probar la existencia del nexo biológico. Sin embargo, esta resolución fue dejada de lado y reformada sustancialmente el 3 de febrero de 1931 por la Corte de Casación del Reino de Italia, en la que se declara:

“En cuanto a la certidumbre de los resultados (de este método), los estudios y las investigaciones realizadas en estos últimos tiempos, demuestran que si la determinación de los grupos sanguíneos no ofrece los elementos seguros para poder afirmar una determinada relación de filiación, tiene, sin embargo, un indiscutible valor probatorio para excluir aquella relación, cuando el grupo del hijo no armonice, según un esquema determinado, con el supuesto padre. Es de notar también, que los resultados de esta investigación, para ser concluyentes, debe entenderse a los grupos sanguíneos de ambos padres, porque los aglutinógenos A y B, a quienes se contraponen su ausencia (O), actuando como calidades mendélicas dominantes, no pueden aparecer en los hijos si no existen en uno de los padres, por lo que puede afirmarse que el hijo ha sido generado por un tercero, sólo cuando resulte que el grupo sanguíneo no armonice ni con el del supuesto padre, ni con el de la madre”¹⁰².

Esta casación demuestra cabalmente la eficacia científica y jurídica de la prueba hematológica para excluir la paternidad, dando además las pautas necesarias para su admisibilidad plena, incluyéndose así su aceptación procesal y reconocimiento social.

2.2.9 Suiza

Antes de 1933 la prueba de los grupos sanguíneos era rechazada por los tribunales alegando su ineficacia probatoria, según sentencia del 9 de noviembre de 1933.

Posteriormente, por pronunciamiento judicial del 27 de abril de 1934, se trastocaría este criterio. Sin embargo su admisibilidad y aplicabilidad era muy restringida.

Como referencia tenemos el caso de *Walter vs. Bigler* que ocasionó la última sentencia citada, en la cual el Tribunal Cantonal de Soleure negó la prueba sanguínea solicitada por el demandado para dirimir su paternidad, determinando el tribunal que la prueba de los grupos sanguíneos no constituía un medio absoluto para investigar el nexo parental. Esta sentencia fue casada (anu-

102 ARCE LARRETA, Jorge. Op. cit., p. 9.

lada) por el Tribunal Federal y se consideraron eficaces y seguros los resultados que podían vertir tales pruebas. Recurrida tal decisión, el Tribunal Federal ordenó al Tribunal Cantonal la realización de las pruebas, las que dieron como resultado la exclusión de la paternidad del demandado.

Como consecuencia de que en primera instancia se había admitido la acción, pero alegando un gran margen de error en la tipificación de los grupos sanguíneos usados, ésta fue apelada nuevamente ante el Tribunal Federal que solicitó un dictamen exhaustivo de la pericia hematológica, llegándose a determinar, en 1934, que las posibilidades de errores en la búsqueda de la transmisión hereditaria de los grupos son inferiores al uno por mil (1 x 1000).

Ante tal dictamen, emitido el 27 de junio de 1935, se le reconoce el valor científico y probatorio, siendo desde tal fecha utilizado corrientemente el método de los grupos sanguíneos en la investigación de la paternidad.

2.2.10 *Dinamarca*

La investigación serológica en este país es muy desarrollada.

La pericia sanguínea para investigar el nexo biológico fue aceptada por las cortes de Justicia mucho antes de 1935, pero es en esta fecha en que nace como prueba válidamente admitida y regulada por ley.

El hecho de que la legislación danesa haya permitido ampliamente la investigación de la maternidad y que las leyes civiles estructuren la relación paterno filial sobre la relación biológica, ha permitido el gran desarrollo de las pericias sanguíneas en este campo. Es por ello que la ley procesal autoriza a los tribunales a exigir la prueba de los grupos sanguíneos, la cual es cautelada por la policía e institutos médicos reconocidos (como lo fue en sus inicios el Instituto Médico Legal de la Universidad de Copenhague), en aquellos casos en que está de por medio el esclarecimiento de la filiación.

2.2.11 *Uruguay*

Es el Tribunal de Apelaciones del Tercer Turno de Montevideo que admite expresamente la procedencia de la prueba hematológica el 27 de diciembre de 1935.

Esta prueba se difundió de manera vertiginosa siendo pedida por los jueces de menores para un mejor proveer.

Según establece Gatti:

“El fallo decisivo lo constituye una sentencia del 28 de marzo de 1939 del doctor Abadie Santos, pues tuvo la virtud no sólo de agotar el tema del punto de vista científico, sino el mérito jurídico de haber establecido, como conclusión general, que no obstante la existencia de pruebas concluyentes en la investigación de la paternidad

previstas en el artículo 241 del Código Civil corresponde el rechazo de la demanda, cuando de la prueba hematológica resulta de absoluta imposibilidad de que el demandado sea el padre natural del accionante”¹⁰³.

2.2.12 Francia

Es el 17 de noviembre de 1937 en que por resolución del Tribunal Civil de Niza se admitió la prueba de los grupos sanguíneos considerada entre los medios probatorios admitidos por el Código Civil (artículo 340).

Otros tribunales siguieron esta corriente pericial: el de Aix, en sentencia del 13 de junio de 1939; el de Reims, en sentencia del 31 de mayo de 1939.

Sin embargo, la aceptación de esta prueba no fue plena, existieron tribunales como el de Sena, el de París y el de Valence que rechazaron su admisibilidad. Es recién el 18 de marzo de 1947 que el Tribunal de Lille la reconoció como válida y eficaz determinando, incluso, que el demandado debía de someterse a la prueba ya que la extracción de la sangre es absolutamente inofensiva y no atenta contra la libertad humana.

En cuanto a la legislación base sobre esta materia podemos citar el Código Civil, en el que su artículo 340, reformado por ley del 16 de noviembre de 1912, señaló que la paternidad ilegítima puede ser establecida judicialmente. A la vez, este mismo artículo estableció que la demanda de reconocimiento es inadmisibile, (inciso 3) si el presunto padre, mediante el examen de sangre, acredita que no puede serlo. Este último inciso fue incorporado mediante ley del 15 de julio de 1955.

Posteriormente, la jurisprudencia se ha encargado de regular lo referente a la carga de la prueba, estableciéndose que sólo el demandado, y no el demandante (el hijo), puede recurrir a la prueba pericial del examen sanguíneo establecido en el artículo 340¹⁰⁴.

Como dice Rubellin-Devichi:

“Desde 1976, el Tribunal de Apelaciones de París (nota 2: París, 16 de diciembre de 1976. Dalloz 1977, p. 133, y Répertoire Defrénois artículo 31308 nota J. Massip) ha comenzado a admitir la prueba positiva de paternidad mediante el análisis biológico de la herencia genética. Actualmente, los tribunales franceses confían ampliamente en las pruebas genéticas, ordenando la realización de dichos análisis a petición de una de las partes e, incluso, de oficio. El Tribunal de Ca-

103 GATTI, Hugo E. Op. cit., p. 796.

104 Casaciones del 24 de octubre de 1957.

sación, en su memoria anual de 1987, declaró que los jueces nunca deben dudar en recurrir a técnicas científicas modernas para establecer la verdad en los casos de paternidad”¹⁰⁵.

2.2.13 Argentina

Es uno de los países latinoamericanos que más ha estudiado y debatido la validez científica y jurídica de la prueba hematológica.

La jurisprudencia sobre el tema se remonta a 1918 (9 de noviembre), en la que la Cámara Civil Segunda de la Capital llegó a la conclusión, según señala Strata, de que:

“La ley de Mendel es ineficaz para resolver y decir si una persona es o no hija de otra, lo cual resulta del estado actual de nuestros conocimientos”¹⁰⁶.

El 3 de marzo de 1937, luego de otras muchas sentencias opuestas a la conveniencia de la prueba sanguínea para acreditar la paternidad, el juez en lo civil, doctor Quesada, sentenció:

“La investigación de los grupos sanguíneos es decisiva cuando los examinados corresponden a grupos distintos, con lo que se demuestra la imposibilidad de que tal criatura sea hija de tal padre. Pero cuando se trata de grupos sanguíneos iguales, ello no excluye la posibilidad de que el hijo no tenga por padre al que se le atribuye”.

El 19 de agosto de 1939 la Corte Civil de la capital federal, por medio de su magistrado, el doctor Manuel Orus, dicta una brillante sentencia en la que analiza –con la importancia que se merecía– la prueba de los grupos sanguíneos y llega a las siguientes conclusiones:

1. El artículo 325 de Código Civil permite investigar la paternidad de un hijo natural, en vida de éste y del presunto padre, por medio del análisis de los grupos sanguíneos de ambos.
2. La prueba hematológica por medio de los grupos sanguíneos no es suficiente por ella misma para acreditar que una persona es hija de otra; sólo puede servir para excluir a los presuntos padres.
3. En el estado actual de las investigaciones científicas, no es posible siquiera tener la absoluta certeza en todos los casos que una persona

105 RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline: “La identificación mediante pruebas genéticas: aspectos jurídicos”, en *El derecho ante el proyecto genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV, pp. 93-94.

106 STRATTA, Oswaldo. *Los grupos sanguíneos y el problema médico legal de la paternidad y la filiación*. Santa Fe: Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1944, pp. 73-77.

es hija de otra mediante el análisis de los grupos sanguíneos de ambos.

4. La incompatibilidad sanguínea, cuando es indudablemente averiguada, está fundada en una ley natural de alcance general, y debe adoptarse por sí misma como prueba; mientras que la compatibilidad sólo puede tener valor de indicios, de probabilidad mayor o menor, según los casos, susceptibles de contribuir como pruebas coadyuvantes a otras de distinta naturaleza¹⁰⁷.

2.3 Antecedentes judiciales y normativos de las pruebas biomédicas de indagación del nexo biológico en el ámbito nacional

2.3.1 La prueba hematológica en el ámbito judicial

En la década de los cuarenta, las ciencias biomédicas en el Perú alcanzaron un notable desarrollo y se contaba con una evolución técnica de la hematología.

Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico, inspirado en la ley francesa de 1912, no permitió indagar ampliamente la filiación por medio de la prueba hematológica. Así, en el Código Civil de 1936 sólo procedía investigar el nexo parental cuando existía alguna de las presunciones de paternidad, las cuales, además, estaban sujetas al criterio del juez.

De igual modo, el Código adjetivo (1911) no hacía referencia alguna a estas pruebas técnicas. Tan sólo daba una pauta general del tipo de pruebas que se podían actuar.

Sin embargo, las pruebas heredobiológicas, como hemos visto, eran ya aplicadas con eficacia y continuidad en otros países, llegando a conocimiento de nuestras cortes judiciales para coadyuvar científicamente la decisión del juez. A pesar de ello, nuestros magistrados se mostraron renuentes a la admisibilidad de los progresos genéticos.

Rechazaron este tipo de pruebas aduciendo disconformidad y desacuerdo con nuestro ordenamiento jurídico existente y por la vulneración del derecho a la libertad individual que significaba someter a una persona a tales pruebas. Analicemos algunos casos:

107 Loc. cit.

CASO 1

En el año de 1940 se presentó ante el Juzgado de Chancay una demanda de reconocimiento de filiación ilegítima, la cual es contestada por el demandado negando su paternidad. El demandante, conocedor de la existencia de la prueba hematológica procedió a ofrecerla dentro del término oportuno, y solicitó su práctica a fin de probar por ese medio la relación paterno-filial. El juez la admitió y ordenó de inmediato se proceda a la pericia respectiva. El apoderado del demandado formuló oposición, la que fue declarada sin lugar. En vista de ello apeló del auto, siendo el expediente elevado a la Corte Superior.

En fecha 12 de agosto de 1942, la Segunda Instancia emite la presente resolución:

“Autos y Vistos; atendiendo a que el análisis de los grupos sanguíneos como medios de prueba para la investigación de la paternidad no está considerado en la ley procesal; ya que, además, la prueba de que se trata de actuar sólo tiene el carácter de excluyente y su trascendencia para excluir la paternidad no se halla definitivamente aceptada por la ciencia: REVOCARON el auto de fojas treinta y cuatro, su fecha catorce de noviembre del año próximo pasado, que declara sin lugar la oposición formulada por el apoderado de don..., la que declararon fundada y, en consecuencia, sin lugar la prueba ofrecida en la segunda parte de lo principal del escrito de fojas veintidós; y las devolvieron”¹⁰⁸.

El criterio dictaminador usado por la corte se sustentó esencialmente en la falta de validez científica de esta prueba hematológica y, también, en la ausencia de su regulación en el Código de Procedimientos Civiles.

CASO 2

Otro proceso que se presentó con relación a la prueba de los grupos sanguíneos tendente a declarar la paternidad fue la causa N° 183/1947, la cual llegó hasta la Corte Suprema de Justicia. Del informe del fiscal supremo se analiza que la prueba hematológica no se encuentra comprendida en el Código adjetivo. Además, deberá considerarse, para efectos de declaración judicial de paternidad, sólo los casos establecidos por el Código Civil (presunciones de paternidad).

108 *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Lima: Ed. Revista de Jurisprudencia Peruana, agosto-septiembre 1943, tomo I, N° 3, pp. 253-258.

Menciona, igualmente:

“La ley no dice que cuando demandante y demandado tienen sangre del mismo grupo, se accederá al pedido de la filiación, y ello se comprende porque es bien sabido que son muchas las personas que pueden encontrarse en el mismo caso, vale decir llevar sangre del mismo grupo y no es por esto por lo que puede declararse una relación de padre a hijo”¹⁰⁹.

Motivada la resolución suprema de fecha 9 de mayo de 1947 declaró no haber nulidad en el auto de vista del 14 de diciembre de 1946 confirmatorio del apelado que declara fundada la oposición del demandante y, por tanto, es inadmisibles la prueba indicada.

Su sustento jurídico fue:

“La prueba de grupos sanguíneos no está comprendida en el artículo 347 del C de P.C y, además, es impertinente, para comprobar los hechos puntualizados en el artículo 366 del C.C, que son los únicos en virtud de los cuales puede declararse la paternidad ilegítima”¹¹⁰.

Vemos cómo en estas sentencias emitidas por el órgano judicial existe una tendencia a rechazar la prueba hematológica, debido a las siguientes circunstancias:

- De orden particular: Las partes intervinientes en los procesos de filiación carecen de conocimiento en cuanto a la naturaleza, eficacia y aplicabilidad de la prueba de los grupos sanguíneos.

En los casos analizados las partes demandantes pidieron la actuación de la experticia hematológica para afirmar una relación biológica de filiación o paternidad, no considerando que la prueba de los grupos sanguíneos sólo puede excluir o negar la existencia del nexo biológico. Hugo Gatti, haciendo una cita del profesor Casaravilla Estrada, nos indica que:

“Jurídicamente considerado, sólo el resultado negativo o excluyente de paternidad tiene el valor absoluto y decisivo. Comprobada biológicamente la imposibilidad de la relación filiatoria entre el presunto hijo por incompatibilidad de los grupos sanguíneos, esa pretendida relación debe ser terminantemente excluida por el órgano judicial respectivo. En esto existe casi total uniformidad de pareceres en la jurisprudencia y en la doctrina”¹¹¹.

109 *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Lima: Ed. Revista de Jurisprudencia Peruana, año V, mayo-junio 1947, N° 40-41, pp. 376-377.

110 Vid. GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil*. Lima: Ed. Cultural Cuzco, 1982, tomo I, p. 466, N° XXIII.

- De orden legal: Los magistrados reconocieron esta prueba como inadmisibile, es decir que no constituía un medio probatorio permitido por la ley de aquella época (Código Civil de 1936).

Al igual que esta falta de regulación por el código sustantivo, el Código Procesal derogado no hacía ninguna referencia a la prueba hematológica. Sólo trataba de manera general, en su capítulo XIV, la institución de los peritos. Este último medio probatorio, además, fue interpretado de manera restrictiva por nuestros jueces, estableciendo la inaplicabilidad de las normas periciales a la prueba sanguínea.

CASO 3

“... que la prueba hematológica ofrecida por la demandante (...) constituye una prueba pericial cuya actuación está permitida por el artículo cuatrocientos veintiuno del Código de Procedimientos Civiles, y cuyo valor probatorio será apreciado de acuerdo a la norma establecida por el artículo quinientos cuatro del citado Código; que de otra parte dicho peritaje está relacionado con la materia controvertida (...) se declaran sin lugar las oposiciones formuladas por el demandado...”¹¹².

CASO 4

“AUTOS Y VISTOS: interviniendo como ponente el señor Carrión Lugo; con la instrumental presentada por sus fundamentos en esta instancia; y, ATENDIENDO ADEMÁS: a que el juzgador debe rodearse de todos los elementos de juicio pertinentes para resolver la causa: CONFIRMARON el auto de fojas veintiocho, su fecha diecisiete de marzo del presente año, que declara sin lugar las oposiciones formuladas por el demandado...”¹¹³.

111 CASARAVILLA ESTRADA. “Resistencia de la parte al examen de la sangre en el juicio de investigación de la paternidad”, en *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, tomo 37, p. 87. Cit. GATTI, Hugo E. Op. cit, p. 800.

112 Exp. Nº 5039-77/Lima, resolución Nº 7 (17/03/1978 a fs. 28). Filiación extramatrimonial, Sexto Juzgado en lo Civil.

113 Exp. Nº 1281-78/Lima, Primera Sala Civil.

CASO 5

“... las únicas pruebas aportadas resultan insuficientes para el propósito indicado (...) los certificados médicos (...) reconocidos (...) pertenecientes a la actora y al menor (...), que se contraen a la tipificación de grupos sanguíneos, carecen de eficacia probatoria por no haberse practicado el peritaje de tipificación de subgrupos sanguíneos recomendado por la doctora Teresa Pérez de Gianella (...); FALLÓ: declarando infundada la demanda...”¹¹⁴.

En las últimas resoluciones analizadas es clara la opinión jurisdiccional en el sentido de que no procede la oposición de la parte a la aplicación de las biopruebas.

El sustento se presenta bajo las siguientes premisas:

- De orden particular: Las partes están enteradas acerca de los efectos jurídicos y aplicación de las pruebas heredobiológicas.
- De orden legal: La prueba hematológica constituye una prueba pericial, por lo que debe ser permitida su aplicación. Facilita y clarifica al juzgador los elementos de juicio determinantes para fallar sobre una paternidad.

Es necesaria la aplicación de pruebas biológicas de paternidad a efectos de no incurrir en la insuficiencia de pruebas en los juicios de paternidad.

2.3.2 Marco legislativo de las pruebas heredobiológicas

2.3.2.1 Antecedentes

Como una gran iniciativa, y sobre todo en provecho del desconcierto jurídico para entender la técnica de investigación de la paternidad a través de los grupos sanguíneos, en el año 1950 el doctor Carlos Muñoz Baratta, eminente serólogo de nuestro medio, dio una charla en el Colegio de Abogados de Lima sobre la eficacia y aplicación de la prueba hematológica en los controvertidos juicios de filiación.

Propuso un método de análisis, rápido y seguro, libre de cualquier sospecha, en el que el juez era partícipe directo en la ejecución de la pericia, ya que era el único que conocería a quién pertenecían las muestras sanguíneas extraídas y los resultados obtenidos, con lo cual procedería a dictar sentencia.

Sin duda alguna ello evitaría en gran medida aquellas pericias eternas o de ejecución prolongada en la que el resultado se torna favorable para quien logra doblar la honradez del perito.

114 Exp. Nº 5039-77/Lima, Filiación extramatrimonial, Sexto Juzgado en lo Civil.

Esta iniciativa de Muñoz Baratta fue acogida por un representante de la Cámara Baja, en 1953, proponiéndose el estudio y elaboración de un proyecto de ley de investigación de la paternidad, donde se regularía el marco jurídico de aplicación de la prueba hematológica. Sin embargo, esta propuesta quedó truncada por fines y propósitos meramente políticos.

2.3.2.2 Legislación

Las pruebas heredobiológicas utilizadas para la investigación de la paternidad son una verdadera innovación en el derecho nacional y, si a ello le sumamos la exigua bibliografía con que contamos, nos daremos cuenta de que su campo de aplicación y eficacia, en nuestro medio, fue y sigue siendo muy limitado.

Sin embargo, se ha dado un gran paso en cuanto a la admisibilidad de las pruebas biológicas en la indagación del nexo parental, quedando por afianzar la validez jurídica de este medio probatorio. Para ello es necesario hacer un estudio de todas aquellas normas, adjetivas y sustantivas, referentes al tema en análisis.

Así tenemos que en el:

1) *Código Civil*

El Código Civil de 1984 siguió la sistemática acogida en el derecho comparado del momento, esto es, tratar la admisibilidad de las pruebas heredobiológicas para investigar la paternidad extramatrimonial.

Efectivamente, la mayoría de legislaciones que permiten este tipo de pruebas la consagran en sus códigos civiles, y ello en razón de sistemática legislativa, ya que es en este Código donde se tratan los puntos relacionados a la sociedad paterno-filial.

Todas y cada una de las pruebas heredobiológicas existentes, más que un medio de prueba, son una forma de determinar la verdadera y real paternidad biológica, siempre que la paternidad legal no haya sido declarada o se trate de filiación matrimonial¹¹⁵.

115 En el caso de que la paternidad haya sido ya declarada judicialmente o exista un reconocimiento por parte del progenitor, las pruebas heredobiológicas no podrán reformar la nueva relación filiatoria pues, como norma el Código Civil, el reconocimiento es irrevocable (artículo 395) y porque la sentencia que establece una relación paternal extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento (artículo 412).

En cuanto exista una filiación matrimonial (artículo 361), las pruebas hereditarias sólo podrán servir para afianzar los casos que tiene el marido para desconocer o negar su paternidad (artículo 363).

El anteproyecto del Libro de Familia del Código Civil de 1984, elaborado por el doctor Héctor Cornejo Chávez, en su libro segundo, de la Sociedad Paterno-Filial; sección segunda de la Función Extramatrimonial; título segundo, de la Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial, propuso el siguiente texto:

“Artículo 181.- En los juicios sobre declaración judicial de la paternidad y maternidad extramatrimoniales es admisible la prueba de los grupos sanguíneos como medio de defensa de la parte demandada. La demanda será desestimada si la parte actora se opone a dicha prueba.

También es admisible la prueba de los grupos sanguíneos a petición de la parte demandante en el caso del inciso 4 del artículo 169 cuando fueran varios los autores del delito. La paternidad sólo será declarada en este caso si dicha prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores”¹¹⁶.

Posteriormente, la Comisión Revisora procedió a modificar el texto transcrito, resultando así el primigenio artículo 413 del Código Civil.

“Artículo 413.- En los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica.

También es admisible la prueba de los grupos sanguíneos a petición de la parte demandante en el caso del artículo 402, inciso 4 cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si dicha prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a la prueba, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás. La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a la prueba”.

Vemos que los cambios realizados por la Comisión Revisora son sustanciales, habiendo incluido las siguientes innovaciones con respecto al artículo del Anteproyecto Cornejo:

- Esta prueba podrá ser utilizada por el supuesto padre para negar su paternidad, por el hijo o la madre para corroborar con otros hechos (artículo 402 del Código Civil) la existencia de un vínculo filial.
- Se considera como valor jurídico absoluto y decisivo en cuanto a su resultado negativo o excluyente de paternidad.
- Eliminación de la desestimación o denegación de la demanda si la parte actora se resiste a someterse a la prueba.

116 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. “Anteproyecto del Libro de Familia del nuevo Código Civil”, en *Código Civil Peruano*. Compilación de Delia Revoredo de Debaquey. Lima: Talleres Gráficos de Okura Editores S.A., parte III, tomo IV, 1985, p. 482.

- Existe una falta de congruencia con el apremio en los casos en que los autores del artículo 402 inciso 4 se nieguen a someterse a la prueba. En tales circunstancias, la paternidad se declara de inmediato sin importar la calidad del sujeto activo del delito.
- Si uno de los sujetos activos del delito se niega a someterse al examen, se declarará la paternidad si la prueba descarta a los demás.
- Al ser varios los autores del delito, si más de dos se niegan a someterse al examen, no podría declararse la paternidad de ambos. Es por ello que el legislador, consciente de tal posibilidad, optó por declarar solidaria la obligación alimentaria respecto de los autores que se negasen.
- Considera el conjunto de pruebas heredobiológicas como necesarias para investigar la paternidad. No se limita a la prueba hematológica. Se abre un mayor porcentaje de posibilidades para estudiar plenamente las características hereditarias. Con ello discrepamos con Cornejo Chávez cuando manifiesta "... que hasta el presente –refiriéndose a las otras pruebas de validez científica– no han sido objeto de investigación suficiente, que no han alcanzado el consenso científico y que además, no se precisan..."¹¹⁷.

La ley 27048¹¹⁸ modifica el régimen de establecimiento de la filiación del Código Civil, permitiendo la aplicación de la *prueba biológica, genética u otras de validez científica* para las acciones de filiación tanto de impugnación (artículos 363 y 371) como de reclamación (artículos 373 y 402). Asimismo, permite al demandado, en una acción de hijo alimentista (artículo 415), solicitar la prueba genética para negar el contenido de la pretensión.

Esta ley de biopaternalidad tiene como principales características las siguientes:

- Permite la utilización de las biopruebas a todo tipo de acción de filiación. Sin embargo, no considera de manera expresa que en la acción de declaración de la maternidad extramatrimonial (artículo 409) se pueda hacer uso de ellas, lo que no es óbice, siguiendo un criterio interpretativo amplio, para su aplicación.
- Incorpora dentro del sistema presuncional la efectividad de las biopruebas, desconociéndose el principio reconocido en el derecho comparado de que las pruebas biológicas sean aplicadas cuando existe un elemento social que la sustente.

117 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Op. cit., p. 154.

118 Con las correcciones y sugerencias del pleno del Congreso, esta ley tiene como antecedente legislativo el dictamen de la Comisión de la Mujer, Desarrollo Humano y Deporte del Congreso de la República del Perú (para mayor referencia de comentarios vid. infra 2.3.2.4., 2).

Así tenemos que la paternidad podría ser impugnada o declarada en los siguientes casos:

“Artículo 363.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

(...)

Inciso 5.- Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental...”.

“Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

(...)

Inciso 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...”.

- Permite al juez desestimar las presunciones (artículos 363 y 402) cuando queda demostrado biológicamente que el demandado no es el padre.
- En caso el presunto padre se niegue al sometimiento a la prueba, en un proceso de declaración de paternidad extramatrimonial, el juez evaluará las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando su paternidad o al hijo como alimentista.

El inconveniente de esta solución frente a la negativa es que se sigue manteniendo la incertidumbre, al permitirse la posibilidad del juez que declare al hijo como alimentista. Por otro lado, no se refiere a la regulación de la negativa de la madre o el hijo en esta acción.

Esta ley debe haber considerado una norma general para la regulación de la negativa al sometimiento de la prueba, tomando en cuenta las diversas acciones de filiación existentes. Así, considerar los efectos de la negativa del padre, de la madre, del hijo o de terceros, según sea el caso.

- Amplía el contenido del artículo 413, permitiendo la aplicación de la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza en los procesos de declaración de la paternidad o maternidad extramatrimonial.
- Dado que esta modificación permite un accionar cuasi libre de una paternidad, se ha considerado que quien de mala fe inicia un proceso de filiación valiéndose de pruebas genéticas, deberá reparar el daño moral y económico ocasionado al demandado con el pago de una indemnización que será fijada por el juez.

2) *Código de Procedimientos Civiles*

En este cuerpo legal, ya derogado, no existía ninguna norma que de manera expresa regulara la aplicabilidad de las pruebas biológicas indagatorias de paternidad.

Ello se presentaba por distintas causas:

- Nuestro Código adjetivo era muy antiguo (1911).
- Presentaba un esquema genérico del sistema probatorio.
- La pericia judicial, si bien se presentaba como una prueba abundante no se le confería fe completa, solemnidad ni la eficacia que requiere el hecho vivo de la investigación de la paternidad.

Sin embargo, estas pruebas se acogían dentro de los medios probatorios que establecía el Código Procesal, ya que su naturaleza jurídica se encuadraba dentro de la pericia.

Así tenemos que del estudio de los siguientes artículos se desprende:

“Artículo 347.- Las pruebas de que se pueden hacer uso son: (...) La pericia”.

Por tanto, estas pruebas no podrían considerarse como inadmisibles, como en algún momento se arguyó, en tanto sirven para investigar la relación filial dentro de los contextos procesales en que se puede utilizar y, al ser recogida por nuestro Código Civil, será una prueba pertinente para comprobar los hechos puntualizados en su artículo 402.

“Artículo 491.- Puede ofrecerse prueba de peritos sobre puntos que exijan conocimientos especiales en alguna ciencia o arte”.

El Perú cuenta con excelentes biólogos, hematólogos y genetistas especializados en realizar estas pruebas biomédicas, por tanto, no debemos preocuparnos del conocimiento especializado de éstas, sino por darle el impulso procesal y reconocimiento jurídico que se merecen.

3) *Código Procesal Civil*

Este Código adjetivo contempla, dentro de los medios probatorios típicos (artículo 192), la pericia (inciso 4), la misma que merece un tratamiento especial (artículos 262 a 271) y se desarrolla legalmente bajo la premisa de que es utilizada cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga.

Asimismo, el Código Procesal se proyecta en el reconocimiento de los medios probatorios atípicos (artículo 193) como aquéllos no previstos en el artículo 192 y que están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permiten lograr la finalidad de los medios probatorios.

4) *Constitución*

La Carta Magna no establece la cautela y reconocimiento taxativo de estas experticias de paternidad, ni mucho menos la fomentan. Sin embargo, es de precisar que en otras constituciones, como veremos en el capítulo posterior (vid. infra 6.5.3, nota 348) promueven la investigación de la paternidad a través del reconocimiento expreso de estas pruebas.

2.3.2.3 *Proyectos de ley presentados a la Comisión de Justicia del Congreso de la República*

Luego de promulgado el Código Civil se han presentado varios anteproyectos de ley a fin de incorporar la aplicación de pruebas biológicas en la investigación filial, entre los que tenemos.

1) *Proyecto de ley N° 2481-96/CR*

Con este proyecto se busca la modificación del artículo 413 del Código Civil, en el sentido de que en los juicios de declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos y la *prueba del ADN*.

Singular importancia merece la mención a la prueba genética del ADN, pero no representa una solución adecuada en la determinación de la paternidad extramatrimonial, ya que la taxatividad o denominación expresa de una prueba es indiferente para los fines buscados, que son otorgar medios científicos para la investigación filial. Es más, la eliminación de la cláusula abierta que considera el Código, *u otras pruebas de validez científicas*, implicaría graves inconvenientes en el sentido de que puedan ser rechazadas judicialmente técnicas distintas a la de los grupos sanguíneos o del ADN, pues la norma sustantiva no las permite.

Sobre este último punto es de conocimiento que en el ámbito académico (en clase varias veces lo hemos discutido) existe la duda de si, así como está redactado el artículo 413, permitiría la aplicación de una prueba genética, tomando en consideración la amplia admisibilidad de otras pruebas científicas.

Podría referir que existen dos criterios:

- Uno alega que el presupuesto principal de la admisibilidad de las pruebas es que éstas deben ser negativas (excluyentes o de descarte)¹¹⁹, por tanto utilizables para contradecir una pretensión.

119 CASTILLO LA ROSA (Voto singular de): "... *Segundo*: Que, la prueba pericial sobre el análisis de sangre para determinar el ADN y que se precisa en el extranjero, no puede sujetarse al trámite previsto en el artículo 491 y ss. del Código de Procedimientos Civiles, a más de que esa prueba sólo puede apreciarse cuando su resultado es negativo, esto es, demostrativa de que la paternidad

- El otro menciona que sólo es negativa la de los grupos sanguíneos (su eficacia así lo indica) y las otras pruebas científicas pueden ser tanto de descarte como de determinación (previsión del legislador), en tal sentido alegables tanto por el demandante como por el demandado.

El segundo criterio es el de mayor coherencia y viene calando profundo en las decisiones judiciales¹²⁰.

2) *Proyectos de ley N° 2588-96 y 2591-96/CR*

Estos proyectos proponen incorporar la prueba del ADN dentro del sistema de filiación establecido en nuestro Código Civil, es decir incorporar esta prueba biológica efectiva dentro de un sistema cerrado de paternidad, basado en supuestos sociales.

En este sentido, consultado por la Comisión de Justicia (oficio N° 598-97CJ/P del 25 de marzo de 1997) alcancé las siguientes consideraciones (esto, el 7 de abril de 1997):

- Como bien mencionan ambos proyectos, la prueba del ADN es una prueba positiva de paternidad. Su desarrollo y práctica ha aligerado sus costos y existen prestigiosos institutos que la realizan, incluso con certificaciones de universidades extranjeras.
- Las pruebas positivas de paternidad (HLA, polimorfismos cromosómicos y ADN) son aceptadas por muchos ordenamientos legales, habiendo sido ampliamente estudiadas por la jurisprudencia y la doctrina comparada.
- Como prueba positiva, la regulación legal del perfil de ADN, considero, variaría todo nuestro ordenamiento de sociedad paterno filial del Código Civil, pues ésta tiene como esencia el fomento de la investigación biológica de la paternidad, situación que se condice con la política legislativa de la filiación nacional.
- De esta manera, no es dable incorporarla dentro de nuestro sistema cerrado y presuncional de filiación. Es decir, no puede ser simplemente añadida en las causales existentes de impugnación de paternidad matrimonial o de la procedencia de un juicio de filiación extra-

atribuida no es posible, mas no puede ser tomada en cuenta, cuando determina esa posibilidad por muy alto que sea el grado de la misma, por prescripción expresa del artículo 413 del Código Civil primer párrafo..." Exp. N° 311-97/Lima, Filiación extramatrimonial, resolución suprema.

120 En el Pleno Jurisdiccional (Ica, 1997), 55 magistrados especializados convinieron en que la prueba de ADN se efectúe en los procesos de filiación extramatrimonial, "para dejar claramente establecido el origen del menor, quien tiene el derecho de adquirir y conocer quienes son sus padres, tal como lo prevé el artículo 402 del Código Civil, en cuanto se refiere a la prueba de validez científica para los juicios de declaración de la paternidad o maternidad extramatrimonial." (Cfr. "Estiman necesario contar con Código de Familia". *El Peruano*. Lima, diciembre de 1997, sección B, p. 12).

matrimonial. Esto cambia su esencia pues la misma no es un caso, hipótesis o supuesto (que plantean los artículos 363 o 402 del Código Civil), sino un resultado que comprueba un hecho biosocial.

- Dado el avance de la ciencia y como metodología legislativa no es conveniente designar la denominación de la prueba a realizarse pues puede darse el caso (como sucedió en Argentina, que tipificó cuatro biopruebas en su Ley de Banco de Datos Genéticos¹²¹) que surjan otras más económicas o efectivas (como la que se viene analizando para superar la incertidumbre en la atribución de paternidad de los gemelos univitelinos, en la que el ADN es insuficiente).
- Optemos, dado la facilidad científica para determinar biológicamente la paternidad, por un sistema abierto de filiación permitiendo ampliamente todo tipo de pruebas científicas (sean biológicas o genéticas).

El proyecto de ley N° 2588-96/CR se sustenta en lo siguiente:

- Incluir como causa de impugnación de paternidad (artículo 363 del Código Civil) “la prueba fehaciente a través de un estudio de ADN [del] que el hijo no es suyo”.

El tema de la incorporación de las pruebas biológicas en los casos de impugnación de paternidad ya ha sido resuelto por los sistemas civiles modernos, pues consideran que las pruebas biológicas son aplicables sea para las acciones de determinación como de desconocimiento de paternidad. Sin embargo, nuestra ley, *expressis verbis*, sólo posibilita las pruebas biológicas para los casos de filiación extramatrimonial, criterio ya superado.

121 La ley 23511, publicada en el *Boletín Oficial* del 10 de julio de 1987, creó el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) para *obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación*. En su artículo 6 establece que, sin perjuicio de otros estudios que el BNDG pueda disponer, cuando se requiera su intervención para conservar datos genéticos o determinar o esclarecer una filiación, practicará los siguientes exámenes: 1) investigación del grupo sanguíneo; 2) investigación del sistema de histocompatibilidad (HLA-A, B, C y DR); 3) investigación de isoenzimas eritrocitarias y; 4) investigación de proteínas plasmáticas.

Zannoni aclara que la creación de este banco obedeció, históricamente, a una coyuntura –dolorosa y desgraciada– que aún proyecta sus secuelas en nuestros días. Busca ofrecer “a los familiares de los niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio la posibilidad de obtener los servicios del banco para archivar en él los datos genéticos que corresponden a los padres, abuelos, hermanos, etcétera, destinados en su momento a ser utilizados para determinar la filiación o pertenencia a la familia de personas cuya identidad pudiera haberse sustituido mediante procedimientos legales (vgr. la adopción...) como ilícitos (inscripciones de nacimientos como hijos de terceros)” Cfr. ZANNONI, Eduardo. “Identidad personal y pruebas biológicas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Derecho privado en la reforma constitucional. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni, 1997, N° 13, p. 165.

- Incluir como supuesto de determinación de la paternidad extramatrimonial (artículo 402 del Código Civil): “Cuando se pruebe fehacientemente mediante un estudio de ADN que el hijo es suyo”.

Esto permitirá iniciar acciones de reclamación de paternidad sin contar con ningún precedente social (presunción), basta que la madre o el hijo exija al presunto padre que se someta a la prueba genética para que su resultado indique la relación filial. Esto es peligroso y además antitécnico. Peligroso, porque la prueba biológica deberá contar con un respaldo o justificación para su aplicación y, antitécnico, pues una cosa son los supuestos sociales que, de ser probados, permitirán declarar la paternidad, y otra los resultados científicos obtenidos de un análisis biogenético. Éstos no son presunciones, son resultados efectivos e incontrovertibles, no nos dan que pensar acerca de una relación filial, la afirman o descartan de manera definitiva.

- Mantiene la prohibición de investigar la paternidad (artículo 403 del Código Civil) haciendo la salvedad de que ésta no operará cuando “la paternidad se haya demostrado mediante un estudio de ADN”.

Entendido está que esta norma se presenta como un rezago del sistema prohibitivo de investigación de paternidad. Es decir, nuestro Código partiendo del supuesto de que haya existido concubinato en la época de la concepción, impide (en tres casos) indagar la paternidad: por vida desarreglada de la madre¹²², relaciones sexuales con otra persona o por la imposibilidad de acceso carnal. Los dos primeros casos son realmente discriminadores pues se refieren indirectamente al caso de los hijos adulterinos o mánceres. De acuerdo con los principios constitucionales no existen diferencias entre los hijos por lo que su investigación deberá realizarse de manera similar cualquiera sea la calidad o tipo de hijo.

- Establece como agregado un segundo párrafo para el artículo 413 del Código Civil referido a los efectos de la negativa: “La negativa a someterse a la prueba será evaluada por el juez, pudiendo declarar a mérito de esa negativa, la paternidad. Adicionalmente, dicha negativa genera para los renuentes obligación”.

Es una consecuencia lógica el hecho de que la resistencia al sometimiento a las pruebas biológicas genere un efecto jurídico que el juez apreciará según cada circunstancia especial.

- Declara la improcedencia de la acción de hijo alimentista “si el demandado prueba a través de una prueba de ADN que él no es el padre”.

Considerando la posibilidad de indagar biológicamente la paternidad y

122 El Código del Niño de Uruguay establece, en su capítulo XIV, “De la investigación de la paternidad”, que (artículo 184) “el demandado para rechazar la acción de paternidad no podrá excepcionarse en la mala conducta de la madre”.

no existiendo esas dudas o vacíos que generan las presunciones, la figura jurídica del hijo alimentista ya no tendría eficacia jurídica.

El proyecto de ley 2591-96/CR, propone lo siguiente:

- Modificar la quinta presunción del artículo 402 del Código Civil de manera que se podrá declarar la paternidad: “En los casos en que una mujer libre de impedimento matrimonial haya tenido relaciones con el presunto padre en la época de la concepción, siempre que se demuestre el vínculo parental entre éste y el hijo, a través de la prueba de análisis de la estructura de ADN”.

Se elimina la tradicional figura de la seducción con promesa indubitable de matrimonio en la época de la concepción por un caso más abierto, las relaciones (se entiende sexuales) con el requerido en paternidad.

- Considera que la negativa implicará la declaración de paternidad y que los costos se asumirán por el demandante en caso de negativa y, por el demandado de ser positiva.

Hay dos cuestiones de orden procesal: los efectos de la negativa y los costos de aplicación de la prueba. Como veremos más adelante, la negativa no implicará un estado de paternidad absoluto sino que puede ser un indicio que conlleve al juzgador a valorar dicha conducta con otros elementos. Los gastos operativos de la prueba es un tema que puede ser resuelto por el mismo juez, sin necesidad de contemplarlo en el Código Civil.

- La prueba del ADN tiene el carácter procesal de ser plena, excepto si existe duda para asignar la paternidad o maternidad de hermanos gemelos. De acuerdo con nuestro nuevo sistema procesal ya no existe la prueba plena o tasada, la valoración es realizada por el juez de manera libre y consciente. Claro, la intención y la idea del proyecto es dejar establecido que los resultados genéticos no merecen mayor análisis ni pueden ser controvertidos por el juzgador.

- Considera dejar sin efecto la prohibición de investigar la paternidad (derogar el artículo 403 y consecuentemente, el 416).

3) Proyecto de ley Nº 2708-96/CR

A diferencia de los proyectos analizados, éste propone el establecimiento de un sistema abierto de investigación de la paternidad, dejando de lado el esquema *numerus clausus* o cerrado que considera el Código Civil. El sustento de la propuesta es que este último sistema implica una forma de discriminación y desconoce los avances biocientíficos en materia parental.

Es así que, de manera objetiva, indica un presupuesto único (que reemplazaría a los considerados en el artículo 402) por el cual “la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando se pruebe que la relación sexual dio por resultado el embarazo de la madre y el posterior nacimiento del hijo (nexo causal biológico)”.

La manera de cómo probarlo implica, de acuerdo con el amplio criterio utilizado para determinar el supuesto de hecho propuesto, establecer una

amplitud en la admisibilidad de las pruebas tanto las procesalmente válidas como *otros auxilios técnicos o científicos que permitan acreditar la filiación*.

Es una propuesta interesante pues tiende al establecimiento de un régimen biológico de paternidad no totalmente abierto sino biosocial, pues busca la comprobación de la relación sexual (coito) con su consecuencia (procreación).

Para estos efectos las pruebas biológicas juegan un papel muy importante en la comprobación del supuesto alegado, así lo hace entrever, pero, asimismo, serán insuficientes por sí solas para acreditar una paternidad.

Sin embargo, el proyecto se presenta incompleto en el sentido de que no se pronuncia sobre los efectos de la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas que en este tipo de sistema paterno-filial es necesario. Para estos casos deberán crearse apercibimientos especiales de acuerdo a la calidad de quien se resiste, sea el padre, la madre o el hijo.

2.3.2.4 Dictámenes presentados a la Comisión Ejecutiva del Congreso de la República

Tanto la Comisión de Justicia como la Comisión de la Mujer, Desarrollo Humano y Deporte estudiaron los proyectos antes indicados y formularon un texto consolidado en los que sugieren al pleno del Congreso se proceda a su debate para la correspondiente aprobación.

Las propuestas, así como los textos sustitutorios correspondientes, son analizados a continuación.

1) Dictamen de la Comisión de Justicia

La Comisión de Justicia del Congreso de la República recomendó a la Comisión Ejecutiva la aprobación¹²³ de los proyectos en referencia con el siguiente texto sustitutorio:

Modificación del artículo 402º del Código Civil

(...)

“Artículo 402º.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada

(...)

6. Cuando se acredite vínculo parental entre el presunto padre y el presunto hijo, a través de prueba biológica o genética u otras de validez científica que ofrezcan igual o mayor certeza.

Modificación del artículo 413º del Código Civil

(...)

123 Cfr. *El Congreso*. Lima, año 2, Nº 31, gaceta del 27 de abril al 4 de mayo de 1998, p. 3.

Artículo 413º.- En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba **biológica o genética** u otras pruebas de validez científica.

Son admisibles estas pruebas a petición de la parte interesada en los casos del artículo 402º Inciso 4) y 6). Cuando fueren varios los autores del delito, la paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si dicha prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a la prueba, será declarada su paternidad si el examen descarta a los demás. La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a la prueba”.

Asimismo, la propuesta indica la derogación de los artículos 403 y 416 del Código Civil.

Establece como fundamento central que “Es recomendable incorporar en nuestro sistema de filiación extramatrimonial, basado en presunciones legales, las pruebas científicas (biológicas o genéticas), porque éstas no son casos hipotéticos, sino que son un resultado que comprueba un hecho; en este sentido es conveniente incorporar la prueba del ácido desoxirribonucleico, sin descartar otras pruebas biológicas que tengan igual o mayor certeza”.

En cuanto a la derogación de los artículos 403 y 416 del Código Civil se sustenta en que estas normas tienen su razón de ser en un sistema puro de presunciones legales y siendo discriminatorio y violatorio del derecho a la igualdad ante la ley.

Lo positivo del dictamen:

- La Comisión ha rescatado la iniciativa general de los proyectos analizados en el sentido de incorporar las pruebas biológicas en la determinación de la paternidad.
- Asume la correcta metodología legislativa al no designar la denominación de la prueba a realizarse pues pueden surgir otras más económicas o efectivas, o en su caso presentadas por las partes.
- Considera dejar sin efecto la prohibición de investigar la paternidad derogando el artículo 403 (y consecuentemente el 416). Como se entiende, esta norma es un rezago del sistema prohibitivo de investigación de paternidad. Es decir, nuestro Código, partiendo del supuesto de que haya existido concubinato en la época de la concepción, impide indagar la paternidad: 1) por vida desarreglada de la madre, 2) relaciones sexuales con otra persona y, 3) por la imposibilidad de acceso carnal.

Los dos primeros casos son discriminatorios al referirse a los hijos adulterinos o mánceres entre los que, de acuerdo con los principios constitucionales, internacionales y legales, no pueden existir ya diferencias entre los hijos. La investigación de su filiación deberá rea-

lizarse de manera común. El tercer caso es por demás obvio, el cual sólo deberá ser alegado sin necesidad de un reconocimiento expreso de la ley.

- Analicemos el sentir del artículo 403. ¿Qué quiere decir objetivamente el Código con:

... *vida notoriamente desarreglada*? Es el caso típico de una prostituta a quien se le niega la investigación de la paternidad del hijo que tuvo con un cliente y,

... *trato carnal con persona distinta del presunto padre*? Se refiere al caso de aquella mujer que, simultáneamente, mantiene relaciones sexuales con más de un hombre, sin necesariamente ser meretriz.

En ambos casos se niega la investigación de la paternidad. La acción no podrá ser ejercida por la madre sea por su oficio inmoral o conducta inapropiada, de manera tal que su hijo quedará sin padre. Las consecuencias de la norma son dirigidas contra la descendencia procreada limitando su derecho a conocer y determinar su filiación.

- Analicemos, ahora, las consecuencias de la derogatoria:
Primer caso: Una prostituta, quien ofreció sus servicios sexuales a cambio de una suma de dinero, requiere la paternidad a un cliente en especial conociendo que –real y biológicamente– es el padre, pues motivó adrede dicho estado.

¿El hijo se quedará sin padre, a manera de sanción, por el oficio de la madre?, ¿la relación económica celebrada por el padre –dinero por placer– le exime de responsabilidad para con su real descendencia?.

Segundo caso: Una mujer, quien comparte su vida sexual con más de un varón, concibe de uno de ellos. Socialmente esa paternidad es indeterminable pero biológicamente cuenta con un progenitor. La madre podrá demandar uno a uno hasta dar con él que la fecundó.

¿El hijo se quedará sin padre, a manera de sanción, por la conducta de la madre?, ¿los individuos que compartieron sexualmente una mujer están eximidos de su responsabilidad paternal?

Para ambos casos la pregunta será: ¿Prima la voluntad procreacional (ambos quieren el hijo) o la unilateralidad generacional (sólo uno quiere el hijo)? Estas interrogantes deben ser absueltas para encontrar la *ratio* de la modificación. Para ello debe considerarse que la investigación de la paternidad es una facultad inherente del sujeto de derecho cuyo objetivo es indagar, adecuar y establecer la verdad biológica con la relación jurídica de la filiación. Como derecho, protege y encauza el interés por hallar sus orígenes familiares a través de los medios jurisdiccionales. El hijo no puede quedarse sin padre, a manera de sanción, ni por el oficio (prostitución) o conducta (relaciones

sexuales con más de un hombre) de la madre. La relación económica celebrada –dinero por placer– no exime al “cliente” de su responsabilidad como padre; así como que, de ninguna manera, los individuos que compartieron sexualmente a una mujer están eximidos de su responsabilidad paternal.

La investigación de la filiación no puede ser limitada y se realiza de manera común en beneficio de cualquier sujeto.

Lo negativo del dictamen:

- Considera las pruebas biológicas sólo y exclusivamente para la declaración de la paternidad extramatrimonial, olvidando (por no decir desconociendo) que pueden ser utilizadas, también, en la negación de la paternidad matrimonial. Ésta es una preferencia o exclusividad que no puede ser aceptada desde una adecuada técnica legislativa. Las pruebas biológicas son aplicables tanto para las acciones de determinación (filiación extramatrimonial) como de desconocimiento de paternidad (filiación matrimonial).
- Insisto en considerar que no es dable incorporar la prueba biológica dentro de nuestro sistema cerrado y presuncional de filiación, como un inciso más del artículo 402. No puede ser añadida en las causales existentes de procedencia de un juicio de filiación extramatrimonial, esto cambia su esencia pues las biopruebas no son casos, hipótesis o supuestos sino un resultado técnico que comprueba un hecho bio-social.
- La propuesta considera que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada *Cuando se acredite vínculo parental entre el presunto padre y el presunto hijo, a través de prueba biológica o genética u otras de validez científica que ofrezcan igual o mayor certeza.* La pregunta que salta a la vista es la siguiente:

¿Cómo se llega a este caso?

Hay dos opciones:

- cuando el juez, de oficio o a solicitud de parte, la solicita y se actúa o,
- cuando la parte la presenta.

En ambos casos, como ya ha pasado en la práctica, existe la posibilidad de que los resultados científicos puedan ser considerados como una mera y simple *ilustración científica*¹²⁴, pues la estructura sustancial del artículo 402 se ciñe a un sistema presuncional, en éste el juez

puede –no *debe*– declarar la paternidad lo que, según el inciso incorporado y a los resultados incontrovertibles de la prueba biológica, debería hacer el juez.

- Esto permitirá iniciar acciones de reclamación de paternidad sin contar con ningún precedente social (presunción), basta que la madre o el hijo exija al presunto padre que se someta a la prueba genética para que su resultado indique la relación filial. Reafirmo, como lo hice comentando otro proyecto, que es peligroso y además antitécnico. Peligroso, porque la prueba biológica deberá contar con una base, un respaldo o una justificación para su aplicación y, antitécnico, pues una cosa son los supuestos sociales que, de ser probados, permitirán declarar la paternidad, y otra los resultados científicos obtenidos de un análisis biogenético.
- La Comisión está incorporando la efectividad (la certeza genética) que debe ser asumida y fallada de pleno dentro de un sistema de incertidumbres (la duda social) que debe ser previamente comprobado. El resultado biogenético no es una presunción, es una exactitud. No nos da nada que pensar acerca de una relación filial, la afirma o descarta de manera definitiva.
- El texto entra en contradicción al referir: *Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el presunto hijo...* Es obvio que si ha demostrado la relación biológica a través de la prueba de marcadores genéticos ya no podemos hablar de un supuesto padre y un supuesto hijo. El resultado genésico ha acabado con lo etéreo de la relación filial, la ha materializado con el resultado de que debe ser reconocido y tomado en cuenta por el juez al momento de fallar.

Soy de la idea de que el régimen de filiación debe ser adecuado a la realidad biológica, tomando en cuenta la realidad social. Lo más conveniente es modificar de manera íntegra la sección de la sociedad paterno-filial de nuestro Código Civil, tratándose de una institución clave como es la filiación.

2) *Dictamen de la Comisión de la Mujer, Desarrollo Humano y Deporte*

Es un dictamen que consagra las partes más elementales de los proyectos presentados a la Comisión de Justicia. Es más completo que los anteriores, con todas sus bondades así como desventajas.

El texto sustitutorio presenta la siguiente estructura:

“Artículo 1.- En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los artículos 363º, 371º y 373º del Código Civil es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

Este artículo propone la admisibilidad de las biopruebas en los casos de las acciones de estado filial matrimonial, en especial las referidas a la negación de paternidad, de maternidad y la acción de reclamación de la filiación. Resulta ventajosa su regulación pues las pruebas de paternidad deben ser aplicadas para solucionar cualquier situación jurídica que se presente en la que exista duda acerca del origen filiativo.

Para el dictamen merece especial consideración la incorporación de las biopruebas a los casos de negación de paternidad, pues al ser el artículo 363 taxativo es de necesidad delimitar el campo de acción de las pruebas en el sentido de que éstas operen como: 1) coadyuvantes a la comprobación de los supuestos establecidos por ley o, 2) como un caso especial en el que la comprobación pericial de descarte de paternidad sea una causa para acceder a la acción correspondiente.

Y es, sobre esto último, que se ha inclinado el dictamen, incorporando la efectividad (la certeza genética) dentro de un sistema de incertidumbres (la duda social). Insistimos, el resultado biogenético no es una presunción, es una exactitud y, por tanto, debe ser considerado de manera individual, no pudiendo coexistir como un supuesto social.

De esta manera, propone la siguiente redacción del artículo 363:

“Artículo 363.- El **esposo** que no se crea padre del hijo de su **esposa** puede negarlo:

(...)

5.- Cuando se pruebe a través de un estudio de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental”.

Lo incorrecto de la propuesta se da en lo siguiente:

- En utilizar la palabra esposo(a).
El Código Civil emplea los términos marido y mujer¹²⁵ que es lo técnicamente correcto. No es conveniente referirnos a esposo o esposa

pues éstos, desde el punto de vista jurídico, son quienes han suscrito el convenio prematrimonial de los esposales.

Ésta es una definición categórica en el ámbito jurídico, conforme lo menciona Escriche, al referir que el término esposos corresponde a “El hombre y la mujer que han contraído esposales...”¹²⁶, llamándosele también así, pero en sentido más común, a los casados.

Al parecer, el cambio es más por una cuestión fonética (suena feo decir: “... es mi marido” o “...es mi mujer”) que por semántica o técnica.

De proceder lo propuesto deberán uniformarse estos términos en todo el Código Civil; lo contrario implicaría una mala política y técnica legislativa.

- Incorpora dentro del sistema presuncional la efectividad de las bio-pruebas. La idea central, reconocida en teoría y jurisprudencia, es que las pruebas biológicas sean aplicadas cuando existe un elemento social que las sustente.
- Es inadecuado que la ley denomine específicamente la prueba a utilizarse, en este caso *estudio de ADN*, pues pueden solicitarse o descubrirse otras pericias. De ello es consciente el proyecto, estableciendo una cláusula amplia que permitirá la aplicación de *otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza de que no existe vínculo parental* (como pruebas negativas).

En todo caso, sería suficiente la referencia siguiente: *Cuando se pruebe científicamente que no existe vínculo parental*.

Por otro lado, propone la ampliación de las causales de investigación de la paternidad consagradas en el artículo 402, el que quedaría de la siguiente manera:

“Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

(...)

6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de un estudio de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el juez declarará al hijo como alimentista respecto

125 Se refiere exclusivamente al término marido en los artículos 361, 362, 364, 367, 368 y 404.

Indistintamente utiliza los términos marido y mujer en los artículos 24, 234, 243 (inciso 3); 315, 342, 345, 350, 366, 370, 396 y 1630.

126 ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. París: Lib. Rose y Bouret, 1863, p. 646. En el mismo sentido, *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Real Academia Española, 21a. edición, 1992, p. 901.

del presunto padre, correspondiéndole los derechos estipulados en el artículo 415^º.

Las observaciones son:

- Incide en la inadecuada especificación denominativa de las biopruebas que se pueden utilizar, así como en hacer coincidir, en un mismo artículo, el régimen presuncional con la indagación directa de la paternidad a través de las biopruebas.
- Mención especial merece la negativa del presunto padre a someterse a las biopruebas generando, como apercebimiento, la declaración del hijo alimentista. Es decir, el establecimiento de una obligación alimentaria a cargo de quien se niega (deudor alimentario) respecto del hijo (acreedor alimentario) que judicialmente se le está atribuyendo. Esta generación de efectos jurídicos frente a la negativa de someterse a la prueba parental es muy incompleta, antitécnica y otorga una solución parcial a este problema tan importante, pues no contempla el caso de si es el hijo o la madre quien se resiste a la prueba.

En estricto sentido jurídico, el hijo alimentista representa, más que una institución del derecho de familia, una carga alimentaria obligacional para *el hombre* que, habiendo tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción, no se le puede atribuir una paternidad por estar fuera los supuestos del artículo 402 del Código Civil. ¿Qué pasa si es el hijo o la madre quien se resiste?

Para dar una solución a este problema debe plantearse un criterio más amplio, debiendo el juez apreciar la calidad de quien se resiste, tanto en el caso del padre, la madre o el hijo, ya sea como un indicio determinante de paternidad, desestimando la demanda o considerando establecidos los hechos que tiene por objeto comprobar.

De esta manera, los efectos jurídicos que produzca la negativa serán diferentes o disímiles con relación a la persona de quien provenga.

La determinación de hijo alimentista como apercebimiento no tiene precedentes en el derecho comparado.

En cuanto a la modificación planteada para el artículo 413:

“Artículo 413.- En los **procesos** sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la **prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza**”.

Considero excesiva la redacción. Debería referirse que: “En los procesos de filiación extramatrimonial se admitirá toda clase de pruebas, incluso las bio-

lógicas o de marcadores genéticos, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”.

“Artículo 3.- En los casos contemplados en los artículos 373º y 402º del Código Civil cuando se declare la paternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada”.

Esta propuesta está dirigida exclusivamente al declarado padre como consecuencia del análisis genético realizado. El hecho está en que la bioprueba puede ser solicitada y aplicada para una reclamación de maternidad, caso éste en que será, por lógica, la madre declarada quien asuma el reintegro del pago correspondiente.

Con este criterio, el artículo propuesto debe ser aplicado para todas las acciones de filiación, no sólo para las dos planteadas en la propuesta.

“Artículo 4.- El Estado proveerá de los mecanismos necesarios para la realización de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza a quienes carezcan de recursos económicos a través de la creación de un Fondo Rotatorio integrado principalmente con recursos provenientes de la cooperación internacional. La organización y funcionamiento de dicho fondo será reglamentada por el Poder Ejecutivo”.

Teóricamente, lo planteado es bueno; pero, debemos esperar que en la práctica funcione. Una experiencia similar, más que en la cuestión de financiamiento, en la de ordenamiento de los datos genésicos, se dio en la Argentina con la creación del Banco de Datos Genéticos.

“Artículo 5.- La persona que de mala fe inicia un proceso de declaración de paternidad valiéndose de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, ocasionando así un daño moral y económico al demandado deberá pagar una indemnización, la cual será fijada a criterio del Juez”.

A pesar de que el contenido de este artículo recoge el principio de defensa de los derechos de la persona consagrados en los artículos 17 (acción inhibitoria) y 1969 (teoría subjetiva del daño) del Código Civil, resulta para una buena *praxis iudiciale* razonable su consideración expresa, pues puede funcionar como una medida disuasiva para acciones filiativas que carezcan de fundamento.

“Artículo 6.- Deróguense los artículos 403º y 416º del Código Civil”.

La derogación de los artículos señalados es beneficiosa.

Finalmente este dictamen, con algunos ajustes, fue aprobado como ley (ley N° 27048) que modificó el Código Civil.

2.3.2.5 Proyecto de reforma de filiación presentado a la Subcomisión de Familia de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de ley de Reforma del Código Civil peruano (ley N° 26394)

El Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima preparó una Ley de Enmiendas al Código Civil que fue presentada al Congreso Constituyente Democrático el 4 de enero de 1995, y publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 7 de enero de 1995.

La propuesta de modificación a la parte de filiación fue realizada en conjunto por el autor y por el profesor Alex Plácido Vilcachagua.

Con algunas modificaciones del texto originalmente publicado, lo puse a disposición de la Subcomisión de Familia, presidida por Max Arias Schreiber Pezet, en marzo de 1997 a fin de que fuese discutida y que pasará al pleno de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de ley de Reforma del Código Civil.

La propuesta, en lo referente a la materia analizada¹²⁷, es la siguiente:

“Sección tercera

Sociedad paterno filial

Título I

Disposiciones generales

Artículo 361.- La filiación se determina por naturaleza o de manera formal. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La formal surge de la adopción o por técnicas de reproducción humana asistida, estas últimas se determinarán por ley especial”.

En este artículo se establecen las fuentes de la filiación, esto es la fijada por la naturaleza o biológica y la determinada de manera formal o a través de un procedimiento especial, siendo el caso común la adopción. Sin embargo, es importante reconocer que las relaciones filiales surgidas de las técnicas de reproducción asistidas requieren de un sustento legal, por lo que son incorporadas dentro de la generalidad del término formal.

El hecho es que no podemos equiparar la filiación surgida de una adopción con una producto de las variadas técnicas de reproducción, pues si bien en ambas prima la voluntad para crearla, en el caso de la segunda debemos ser conscientes de que los elementos biogénéticos pueden ser sustituidos unos

127 El texto completo puede revisarse en el anexo 1.

por otros (cesión de gametos, óvulos o úteros), escapando así del concepto de la filiación por naturaleza. Más aún, en las técnicas prima la reserva y secreto de la identidad de los cedentes.

Siguiendo el criterio tradicional de que la filiación se da por naturaleza o por adopción, estaríamos planteando que las técnicas se resolverán acudiendo al “expediente técnico de adopción”. Tal solución implicaría la pérdida o perjuicio del secreto deseado por quienes acuden a esta forma especial de reproducción, pues implicaría develar la paternidad biológica.

Adopción es sinónimo de publicidad, mientras que técnicas de reproducción humana son sinónimo de reserva.

En este sentido, debe dejarse a una ley especial la regulación de esta materia, siguiendo quizá un procedimiento paralelo a la adopción (*sui generis*), pues es un nuevo tipo de filiación formal (una tercera categoría entre la adoptiva y por naturaleza, que llamaríamos no natural, contranatura o asistida). Máxime aún si de acuerdo con la nueva corriente del derecho genético se establece que el procedimiento de fecundación debe ponerse en conocimiento del juez en lo civil explicando la situación propia y especial de cada caso, de manera tal que se autorice el tratamiento correspondiente, previa opinión del Ministerio Público.

A todo ello agregamos algunos casos que vienen ocurriendo en esta materia como: a) la impugnación del marido que consintió la fecundación del material genético de su mujer con semen de tercero, b) la negativa de la madre al establecimiento de la filiación matrimonial, c) la fecundación *post mortem* y, d) la fecundación en mujer sola.

El presente dispositivo sirve de pauta para introducir el sistema abierto de determinación de la paternidad, eliminando el sistema cerrado basado en supuestos, indicios y presunciones. Mantiene la clasificación de la filiación de acuerdo con el origen de ésta, resguardándose el principio de la igualdad de la filiación entre padre-madre e hijos (*status filii*).

“Artículo 379.- En los procesos de filiación 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”.

Sin duda, este artículo subsana la deficiente y anacrónica redacción del artículo 413 del Código Civil, que se refiere a la aplicación de la prueba negativa de los grupos sanguíneos que son sólo y exclusivamente para los juicios de la declaración de la paternidad o maternidad o extramatrimonial; limitando su utilización en los procesos de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad matrimonial.

Esta propuesta se orienta dentro de la sistemática de la investigación de paternidad irrestricta o régimen abierto, el que toma como base fundamental el vínculo biológico o de sangre en una relación paterno-filial y deja de lado

el vínculo social, que ha creado tantos problemas y ha limitado el accionar.

El artículo propuesto refiere la admisibilidad en los procesos de filiación de toda clase de pruebas, dentro de las que deben considerarse a las biológicas (grupos sanguíneos, huellas dactilares, odontograma, el examen radiológico de la columna vertebral, proteínas séricas, polimorfismos cromosómicos), así como la prueba de marcadores genéticos (perfil de ADN).

Se ha querido dar énfasis a la investigación biológica de la paternidad con la inclusión de la prueba de los marcadores genéticos la que, como es ya conocido, sirve para determinar positivamente la paternidad, mientras que las pruebas biológicas, hasta el momento, son exactas sólo para excluir más no para definir una relación paterno-filial.

Lo novedoso es que, dada la importancia de estos procedimientos y de las pruebas que se pueden realizar, se otorga la facultad al juez para decretarlos, esto de conformidad con el artículo 194 del Código Procesal Civil.

“Artículo 380.- La negativa al sometimiento a la prueba del nexo biológico será apreciada por el juez de acuerdo a la calidad de quien se resiste, ya sea como un determinante de paternidad, desestimando la demanda o considerando establecidos los hechos que tiene por objeto comprobar”.

La propuesta en análisis presenta un sentido estrictamente procesal, pero se consideró importante incorporarla al Código sustantivo en el sentido de la especialidad de las pruebas a que se refiere y a los efectos determinantes que ésta produce.

En este sentido, la negativa o resistencia al sometimiento de la prueba del vínculo biológico deberá ser apreciada por el juez de acuerdo con la calidad de quien la resiste, lo que determinará el surgimiento de un indicio o presunción. Normas similares las tenemos en los códigos civiles de España, Venezuela, Colombia y en la ley de Banco de Datos Genéticos de Argentina.

Jurisprudencialmente, en el derecho comparado se han dado varios casos en los que la negativa al sometimiento del examen biológico ha derivado en un fallo, estableciendo la paternidad del requerido a la prueba, como veremos más adelante.

CAPÍTULO 3

Genética, herencia e individualización sanguínea

3.1 La genética

3.1.1 Concepto

Es la ciencia que trata de los problemas de la herencia.

Su objeto es determinar cómo, por qué y hasta qué grado se transmiten, de generación en generación, los caracteres variables de los organismos vivos. Es decir, estudia los mecanismos por los cuales el progenitor transmite a sus hijos elementos típicos que representan un rasgo uniforme dentro del denominado *aire de familia*.

3.1.2 Principios generales

La transmisibilidad de los caracteres biológicos de una generación a otra se realiza a través del ácido desoxirribonucleico (ADN) localizado en el núcleo celular, formando los cromosomas.

Las células humanas tienen 46 cromosomas, organizados en 23 pares. Uno de estos pares determinará el sexo del individuo. A su vez, los cromosomas se componen de miles de genes, que representan la unidad básica de la herencia. Cada gen lleva una información que transmitirá un rasgo hereditario.

De la unión del espermatozoide y el óvulo se forma el huevo o cigoto. En los gametos se ha operado una reducción numérica de los cromosomas, así tenemos que los progenitores aportan la mitad de sus cromosomas, pasando sólo uno de cada par.

Conforme lo he señalado anteriormente, en cada cromosoma se localizan los genes, determinando los rasgos del individuo en base a los llamados alelos. En cada *locus* del cromosoma está localizado un solo gen. Sin embargo, en el *locus* del cromosoma homólogo podrá existir un gen que modifique, cualitativa o cuantitativamente, la acción del otro gen.

Estos genes, que son considerados alélicos, pueden ser iguales –siendo individuo homocigoto– o, ser diferentes –siendo, entonces, un individuo heterocigoto–, es decir que presenta la información genética correspondiente a dos caracteres diferentes en cada uno de sus dos alelos.

En estos casos puede suceder que un alelo sea dominante (que se exprese o note) sobre el otro que se denomina recesivo (oculto) o ser codominante, esto es que comparta información.

Teniendo en cuenta estas particularidades debemos diferenciar:

El *genotipo* es el conjunto de información genética del individuo, su patrimonio hereditario interno adquirido de sus antepasados. Cada mitad parental del genotipo, sea paterna o materna, se denomina haplotipo, por lo que todo individuo se compone de un haplotipo paterno y otro materno.

El *fenotipo* es la característica o cualidad hereditaria y adquirida, manifiesta externamente en el individuo. Está determinado por el genotipo modificado por el medio ambiente.

Para mayor referencia, observar la figura N° 1.

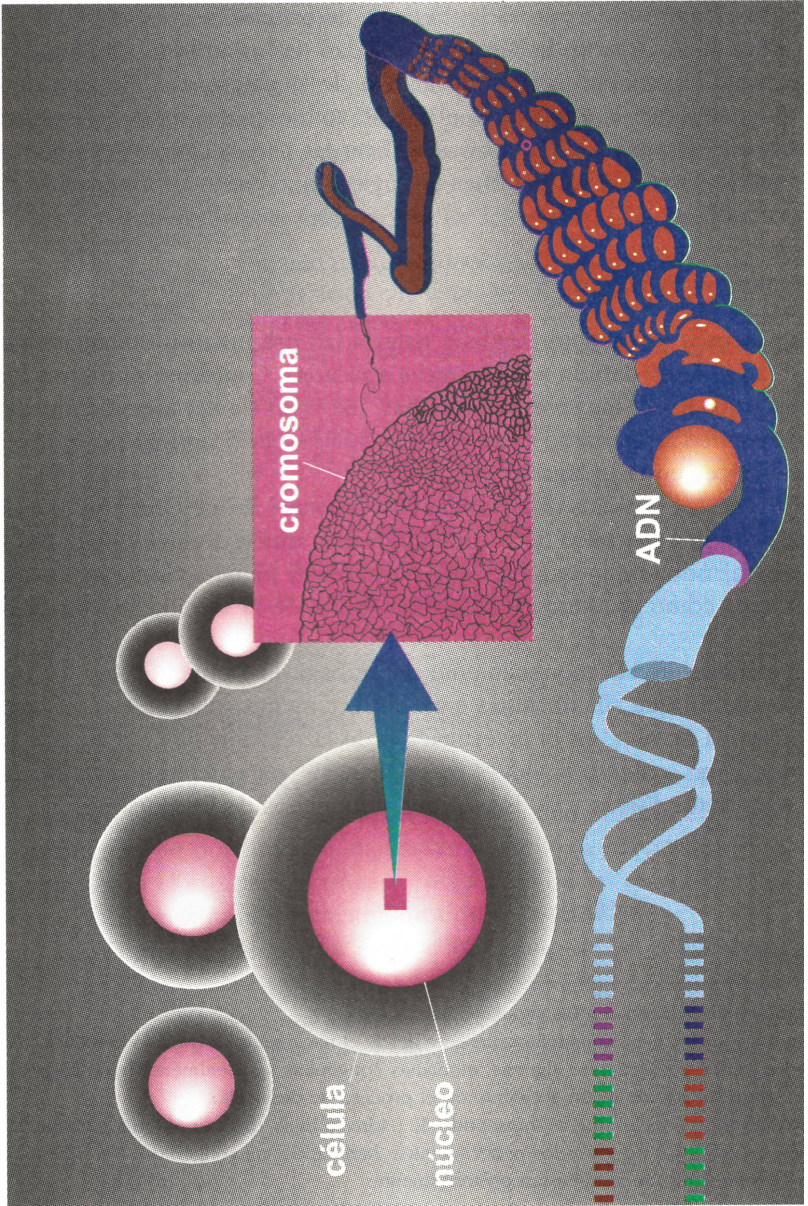
3.1.3 *Material genético*

Se refiere a los elementos necesarios para dirigir la formación y ordenar los rasgos del ser. Está constituido por el ADN, los cromosomas y los genes. Todos y cada uno de ellos determinarán las peculiaridades de familia y del individuo en sí que se producirán como consecuencia de la unión del espermatozoide y el óvulo.

3.2 **Herencia biológica**

3.2.1 *Concepto de herencia*

Es la propiedad de los seres vivos de parecerse a sus ascendientes y de transmitir sus características a su descendencia. A pesar de ello, todo organismo puede adquirir caracteres nuevos (debido al medio ambiente o por mutaciones), resucitar (salto generacional) o recomponer otros de sus antecesores (mezcla caracterológica), por más lejanos que parezcan. En general, a estas peculiaridades se les denomina caracteres *ex novo*.



Estructura y composición de la célula

Ilustración: Enrique Lari R.

3.2.2 Herencia biofísica en el hombre

El aforismo popular *de tal padre tal hijo* es una verdad científica que está positivamente demostrada por las leyes de la herencia.

Y es que el fenómeno de la transmisibilidad de los atributos genéticos es lo que permite la prueba de la investigación de la paternidad. En ésta debe tenerse en cuenta que la educación, el medio ambiente, las influencias mesológicas o sociales pueden encubrir o modificar las características hereditarias, produciendo la existencia de patrones biológicos que pasan a formar parte del individuo¹²⁸.

3.2.2.1 Herencia mendeliana

Los procesos investigatorios de la paternidad presentaron dificultades en su aplicación jurídica debido a las técnicas aplicadas. Conforme se fueron realizando estudios sobre las leyes hereditarias, los visos de esclarecimiento biológico y científico se tornaron cada vez más sólidos. Esto permitió contar con métodos eficaces en la indagación parental.

Dentro de los estudios más importantes tenemos los de Gregorio Mendel (1822-1882), monje austriaco de la orden agustina, quien durante la década de 1856-66, trabajando con guisantes, logró descubrir la manera como se transmitían caracteres como la altura de la planta, forma de la semilla y el color de las flores.

Inmediatamente al reconocimiento del trabajo de Mendel (1900) los biólogos entendieron que sus fórmulas eran perfectamente aplicables en el hombre¹²⁹. En virtud de ello, en la investigación de la relación filial, la ciencia jurídica tomó como sustento las leyes mendelianas¹³⁰ para determinar la herencia de los atributos físicos y de los grupos sanguíneos de las personas.

128 Debemos diferenciar claramente los siguientes términos:

Congénito.- Es aquello que se encuentra presente desde el nacimiento, haya sido heredado o no de los padres. Cabe recalcar que algunas anomalías congénitas son realmente hereditarias, en tanto otras son resultado de algún accidente en el proceso de desarrollo.

Hereditario.- Es todo aquello que es transmitido de padres a hijos, es decir, de una generación a la siguiente. En este caso no todos los padecimientos heredados son congénitos. No siendo evidentes en el nacimiento, se manifiestan posteriormente.

129 CARNELLI, Lorenzo. Op. cit., p. 13.

130 Son tres las leyes mendelianas que regulan la herencia biológica de todos los organismos vivientes: *ley de la dominancia*, *ley de la disyunción* y *ley de la segregación independiente*.

3.3 Aplicación judicial de las leyes de la herencia genética

Las leyes de Mendel dieron sus frutos en beneficio de todas las ciencias.

El derecho toma para sí estas importantes investigaciones y las comienza a aplicar en aquellos casos controvertidos de paternidad y filiación, encontrándose un medio eficaz para resolver y determinar la verdadera naturaleza filiativa de una persona. Si bien al inicio su admisión en el campo jurídico se vio restringido por cuestiones de orden técnico, posteriormente sus postulados científicos corroboraron su incursión como medio de prueba.

Lorenzo Carnelli anota sobre las leyes mendelianas que:

“Fue uno de los estudios que despertó mayor interés en el país por la declaración que le prestaron peritos, fiscales y jueces, por la naturaleza del asunto así como la calidad de los esfuerzos puestos en su resolución y por su trascendencia fuera de los estrados”¹³¹.

A todo ello debemos sumar que la ciencia genética ha aportado muchas innovaciones y herramientas de trabajo al mundo jurídico¹³², logrando un remozamiento en sus instituciones.

Centrándonos en el tema investigado se ha llegado a comprender que es el momento de que los hombres de leyes consideren el gran avance que está logrando la genética en la investigación de las pruebas de paternidad, obteniendo una regulación jurídica adecuada en beneficio de la paz y la justicia social.

3.4 La individualización sanguínea

Es de destacar la importancia y utilidad que tiene la verificación de los grupos sanguíneos en la actualidad. El descubrimiento de las propiedades serológicas proporcionó un inagotable material de investigación que ha sido utilizado en el estudio del origen y evolución de las especies del hombre así como la determinación hematológica de la paternidad.

Como dice Hirszfeld, el descubrimiento de las propiedades grupales:

“... ha develado a los biólogos el secreto de la herencia, ha permitido a los médicos la aplicación de la transfusión sanguínea, ha hecho posible a los juristas la búsqueda de la paternidad y ha permitido a

131 Op. cit., p. 10.

132 Vid., Tapia. Madrid, octubre 1987, año VII, Nº 36.

los antropólogos seguir las vías de las migraciones seculares de los pueblos”¹³³.

3.4.1 Consideraciones generales

3.4.1.1 Aglutinación

Es un fenómeno biológico consistente en que los glóbulos de un individuo, suspendidos y dispersos, al entrar en contacto con sueros de grupo sanguíneo diferente, se reúnen formando pequeñas masas densas de tamaño variable que se precipitan al fondo en lugar de permanecer uniformemente repartidos en la sangre. Posteriormente, estas masas se rompen (hemolisis) causando así graves accidentes.

Afirma Hugo Gatti que todo ello se da en función de la existencia en la sangre de una sustancia llamada aglutinina “...cuya función es defender al organismo, contra las partículas albuminoides extrañas, mediante una reacción que consiste en aglutinarlas o conglomerarlas para mejor destruirlas”¹³⁴.

Este fenómeno no se produce siempre (heteroaglutinación), sino únicamente cuando el grupo sanguíneo de quien aporta los glóbulos es diferente de quien da el suero, de allí la importancia y complejidad del tema¹³⁵.

La investigación de la paternidad a través de la prueba hematológica se basa en la aglutinación de los glóbulos sanguíneos, portadores de los aglutinógenos, por medio de fórmulas de combinación con la sangre de los progenitores y del hijo. Estas pruebas hemáticas permiten la determinación en la transmisión de los caracteres genéticos.

Por ello, podemos decir que la isoaglutinación sanguínea es ya un medio seguro para la investigación de la filiación y tiene porcentajes de fracaso mínimos con relación a otras pruebas heredobiológicas.

3.4.1.2 Principales características de los grupos sanguíneos

Las características de los grupos sanguíneos que conllevan a su práctica y validez son las siguientes:

- Son invariables y estables, el individuo nace con un grupo y morirá

133 HIRSZFELD, Luwik. *Les groupes sanguins. Leur application a la biologie, a la médecine et au droit*, París, 1938 (ver prólogo).

134 GATTI, Hugo E. Op. cit., pp. 778-779.

135 Julio Bordet (1870-1961), microbiologista belga, demostró que el suero de algunas especies animales aglutinaba los glóbulos rojos de otros.

con el mismo.

- Son inmodificables ya que están determinados por la constitución serológica del individuo. No son influenciados ni alterados por el medio exterior, por agentes químicos ni físicos, ni por la transfusión total de sangre de un individuo a otro.
- Son hereditarios, obedecen a las leyes de Mendel.
- Los antígenos permanecen inalterados después de la muerte. Pueden obtenerse de la secreción de la saliva, de los huesos o de otro material orgánico.
- Los grupos sanguíneos definen el parentesco y, también, la raza. De ahí que el antropólogo portugués Mendes Correia establece que: "... es lícito fundar en el conocimiento de los grupos sanguíneos un nuevo aspecto del estudio de las constituciones y de las razas"¹³⁶.

No obstante ello, las características mencionadas no son absolutas pues existen los denominados errores de naturaleza científica¹³⁷ que deben ser tomados en cuenta para una investigación efectiva pues influyen en los grupos sanguíneos. Tales casos son: las transfusiones sanguíneas, la edad (el sistema Lewis no está presente en el recién nacido), enfermedades (la leucemia, que afecta los grupos ABO y Lewis llegando a desaparecer), la existencia de genes raros o silentes y las mutaciones espontáneas.

3.4.2 *Sistemas de grupos sanguíneos*

El descubrimiento de los diferentes sistemas de grupos sanguíneos se debió a los estudios de Landsteiner y Herlich, quienes determinaron la existencia de grupos serológicos con propiedades similares en algunas personas.

El hallazgo final se debió al inicio de las transfusiones sanguíneas en las que se observó gran cantidad de accidentes en su aplicación médica, siendo para algunos pacientes favorables mientras que para otros resultaba fatal, inclusive utilizando la misma sangre, manifestándose así la incompatibilidad sanguínea entre las sustancias de algunas personas.

136 ZICARELLI, Filho. Op. cit., p. 101.

137 LLEDO YAGÜE, Francisco. "La identificación de las personas mediante pruebas genéticas y sus implicancias jurídicas", en *El derecho ante el proyecto genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, N° IV, p. 41.

3.4.2.1 Generalidades

Los grupos sanguíneos se encuentran íntimamente relacionados con las razas humanas.

Se llega a estimar que cuando éstas eran virtualmente puras, el predominio de los sistemas serológicos sólo variaba de una raza a otra.

La etnología conjuntamente con la hematología han llegado a concluir que la incidencia de los cruces raciales ha hecho aumentar la diversidad grupo-sanguínea en la humanidad. A pesar de ello podemos apreciar la existencia de fenotipos poblacionales que representan una estructura sanguínea en determinado lugar.

De esta manera, actualmente la distribución fenotípica mundial tomando como referencia los estudios de Uribe Cualla y de Muñoz Baratta, es la siguiente:

	Grupo 0	Grupo A	Grupo B	Grupo AB
América	52%	43%	11%	3%
Europa	40%	43%	12%	5%
Asia	36%	28%	28%	8%
África	43%	28%	23%	6%
Oceanía	47%	39%	10%	4%
EE UU	45%	39%	12%	4%
Perú	61,8%	23,9%	11,5%	2,8%

Distribución mundial aproximada de los grupos sanguíneos

Al estudiar los grupos sanguíneos debemos considerar su constitución genotípica, es decir, abarcar su esencia misma, así como su constitución y naturaleza verdadera.

El análisis fenotípico de la sangre resulta escaso y muy inseguro. El grupo sanguíneo verdadero o genotipo –conforme lo denomina Simonín– responde a la unión de dos genes, uno del padre y otro de la madre. De tales combinaciones, y sólo considerando las propiedades ABO, es posible determinar seis genotipos distintos:

3 homocigote	AA	BB	OO
3 heterocigotes	AB	AO	BO

De estos seis genotipos precedentes corresponden cuatro fenotipos diferentes y claramente identificables que, a saber, son:

Genotipos:	AA	AO	BB	BO	AB	OO
Fenotipo: A	A	B	B	AB	O	

De lo anteriormente mencionado se deriva la necesidad del estudio de la subdivisión de los diferentes antígenos a nivel poblacional, así como la confrontación de los genotipos sanguíneos del niño, de la madre y del presunto padre, con el fin de obtener resultados categóricamente eficaces y válidos en la investigación biológica de la paternidad.

3.4.2.2 Grupos sanguíneos y herencia

1) Grupo ABO

Landsteiner, en 1901, descubrió en los hematíes humanos la existencia de dos sustancias aglutinables distintas entre sí. A estos antígenos diferenciables los denominó A y B.

Los hematíes pueden tener ambas sustancias al mismo tiempo (AB), sólo una (A o B) o ninguna de ellas (grupo O).

Partiendo del hecho de que no pueden existir en el sujeto sustancias de naturaleza incompatible, se entendió que toda la especie humana estaba dividida en cuatro grupos serológicos claramente diferenciables: Grupo A, Grupo B, Grupo AB y Grupo O.

Estos aglutinógenos, conforme señala el profesor Tejada:

“...son transmitidos hereditariamente según la teoría de Berstein, el cual demostró en 1924, que los grupos del sistema ABO estaban condicionados por tres genes alélicos ligados”.

- Un gen A, aglutinógeno o factor A.
- Un gen B, que condiciona la presencia del factor B.
- Un gen recesivo R, que determina la ausencia de las sustancias o factores A y B.

Estos dos últimos genes (A y B) –continúa diciendo– resultarán codominantes y cada uno de ellos es dominante con respecto al recesivo R¹³⁸.

Conforme hemos señalado anteriormente, los genotipos de una persona están formados por dos genes situados en cromosomas homólogos, uno paterno y otro materno. De ello llega a determinar el mismo autor¹³⁹ las posibles combinaciones que pueden darse entre los tres genes alélicos:

138 TEJADA, José Francisco. Op. cit., p. 98.

139 Op. cit., p. 99.

		Espermatozoide		
		R	A	B
Óvulo	R	OO	OA	OB
	A	AO	AA	AB
	B	BO	BA	BB

Los distintos factores o genes al combinarse por pares dan lugar a seis genotipos diferentes:

Fenotipos	Genotipos
Grupo A	AA o AO
Grupo B	BB o BO
Grupo AB	AB
Grupo O	OO

Podemos concluir que las leyes de la herencia mendeliana se presentan bajo una forma muy simple para esclarecer la transmisibilidad del grupo ABO de padres a hijos, como lo veremos más adelante.

2) *Subgrupos A*

Éstos son una derivación del grupo A y otorgan un gran valor para las pruebas de descarte de la paternidad. Desde 1910 es admitida por Durgern y Hirszfeld la existencia de los aglutinógenos A1 y A2, los que constituyen a su vez los subgrupos sanguíneos A1, A2, A1B y A2B.

Estos factores, conjuntamente con B y O, son alelomorfos múltiples, de donde:

- A1, A2 y B dominan a O
- A1 y A2 no son dominantes sobre B en las combinaciones A1B y A2B
- A1 domina a A2

De estos subgrupos de A es posible obtener la combinación de diez genotipos distintos y obtener seis fenotipos de los mismos, de donde se tiene:

Genotipos	Fenotipos
A1A1	
A1A2	A1
A1O	
A2A2	
A2O	A2
BB	
BO	B
A1B	A1B
A2B	A2B
OO	O

3) Tipo sanguíneo M y N

Fue descubierto en 1927 por Landsteiner y Levine, quienes en una serie de investigaciones en inmunización de conejos, con el fin de obtener sueros contra el hombre, lograron ubicar dos nuevos factores sanguíneos que no tenían ninguna relación con el sistema ABO, a ellos se les denominó M y N, permitiendo la clasificación de los tipos sanguíneos en M, N y MN.

Además, de los grupos sanguíneos ABO y de los subgrupos A, el sistema MN tiene aplicación en la exclusión de la paternidad, especialmente, en combinación con el sistema ABO. Cuando a este último se le agrega el MN, el índice de probabilidad de exclusión de paternidad llega a triplicarse.

El profesor Tejada establece que estos dos aglutinógenos (M y N) presentan ciertas relaciones genéticas propias, estableciéndose que cuando uno de los factores no existe en los hematíes de un determinado individuo, se encontrará en el otro con toda seguridad. Incluso, los factores M y N pueden estar presentes simultáneamente en el mismo sujeto, lo que lleva a deducir que ambos factores son codominantes.

Ello lo corrobora Simonín, quien indica que la ausencia de genes recesivos permite conocer por simple aglutinación si se trata de un sujeto homocigote o heterocigote.

Los sujetos son portadores siempre de M, N o MN ocasionando los siguientes casos¹⁴⁰:

Genotipos	MM	NN	MN
Fenotipos	M	N	MN

140 Cfr. SIMONÍN, C. *Medicina legal judicial*. Barcelona: Ed. Jims, 1962, p. 498.

Estos factores MN tienen mayor aplicación en la ciencia forense que en la clínica debido a su sencillez y a la herencia de éstos¹⁴¹.

4) Factores Rh y Hr

El factor Rhesus (Rh) es descubierto en 1940 por Landsteiner y Wiener, simultáneamente, quienes prepararon un suero antimono, procediendo a inyectar los hematíes del simio de la especie *Macacus Rhesus* en el conejo, provocando la formación de un antígeno.

Se llegó a descubrir que el suero así producido no sólo aglutinaba los hematíes del mono citado sino también los del 85% de americanos de raza blanca de Nueva York.

Es así que se descubre un nuevo antígeno que funcionaba totalmente independiente de los demás sistemas sanguíneos. Sin embargo, estos aglutinógenos no eran constantes en la especie humana por lo que se llegó a establecer que los glóbulos rojos del hombre aglutinados por un suero antiRh fueron denominados Rh+, y los no aglutinados Rh-, determinándose la existencia de dos nuevos grupos.

En base a ello, estos dos nuevos genes quedaron clasificados de la siguiente manera, de acuerdo con su presencia o ausencia:

- Rh, dominante, con dos genotipos: RhRh o Rhrh
- rh, recesivo, correspondiendo al genotipo único homocigote rhrh

Posteriormente, como bien señala Simonín, se llegan a descubrir aglutinaciones irregulares, lo que hizo necesario la investigación sobre la existencia de nuevos subgrupos dentro de este sistema. Quedó claro el hecho de que el antígeno Rh no poseía una propiedad unitaria, por el contrario, se mostraba como un sistema muy complejo, llegando a tomarse conceptualizaciones y nomenclaturas distintas según los autores¹⁴².

141 GATTI, Hugo E. Op. cit., p. 789. Hugo Gatti hace la cita de: RAITZIN. *La investigación médico-forense de la paternidad, la filiación y el parentesco*. Buenos Aires, 1935, p. 30 y ALMEIDA JUNIOR, A. *As provas geneticas da filiação*. San Pablo, 1941, p. 198.

142 Dentro de la bibliografía examinada hemos llegado a determinar la existencia de tres nomenclaturas, las más importantes, que a saber son:

Wiener	Fischer y Race	Muñoz Baratta	
Rh2	cDE	R ^o H'	
Rh1	CDe	R ^o H''	Rhesus
Rh1 Rh2 (Rh2)	CDE	R ^o	Positivo
Rh3		cDe	R ^o H'''
rh'	Cde	R'H ^o	
rh'	cdE	R'H ^o '	Rhesus
rh	cde	H ^o	Negativo
rh' rh'' (rhy)	CdE	R''H ^o	

En cuanto al factor Hr, es descubierto por Levine en 1941, quien llega a demostrar que los hematíes de individuos Rh eran aglutinados por un nuevo suero, antiHr.

Este aglutinógeno corresponde al Rh negativo, por el hecho de que los factores Rh y Hr tienen relación similar a la existente entre M y N. Es por ello que ninguna sangre humana deja de contener uno u otro factor. Si no posee el Rh deberá tener el Hr.

En lo referente a la transmisibilidad hereditaria de los factores Rh y Hr diremos que es una de las más complejas y serias, las que serán explicadas conjuntamente con los cuadros prácticos de probabilidades de paternidad.

5) Factor S

Éste fue estudiado por Race y Sanger. Posteriormente fue confirmado mediante análisis en el laboratorio por Hirzfeld y Morzychiff.

Se le conoce como la facultad que tienen ciertas personas (el 74,8% de la población) de eliminar por sus secreciones (la saliva), por sus humores (el jugo gástrico) y en los espermatozoides, descenso vaginal y sudor, las sustancias grupales ABO. Esta propiedad también se encuentra en la mayor parte de las células del organismo, tales como: el páncreas, el estómago, el riñón, los pulmones, el bazo, las cápsulas suprarrenales, etc.¹⁴³.

De esto obtenemos la siguiente deducción: no sólo los glóbulos son portadores de las sustancias grupales, sino también determinadas partes, elementos o sustancias del organismo. Ello es importante para poder estudiar los antígenos de un cadáver y obtener su grupo sanguíneo y, también, para una investigación de la paternidad *post mortem*.

La facultad de secreción está condicionada a la presencia del gen "S", que es dominante, y su ausencia o no secreción se le reconoce por el gen "s", que será recesivo.

La herencia mendeliana de este factor nos permite distinguir los siguientes fenotipos y genotipos:

Fenotipos	Genotipos
S	SS Ss
s	ss

143 Debe considerarse que existen determinados tejidos orgánicos que, por su naturaleza, no siempre contienen las propiedades grupales, entre ellos tenemos: el hígado, la tiroides, el corazón, la aorta, etc. Del mismo modo existen órganos donde nunca se podrán encontrar las mismas, así mencionamos: el cerebro y los testículos, entre otros.

En la actualidad se ha podido comprobar que el sistema de secreción "S" está íntimamente vinculado al sistema MN¹⁴⁴, a pesar de que está científicamente comprobado, como lo dice Uribe Cualla, "...que las propiedades MN no se encuentran en los humores"¹⁴⁵.

6) Sistema Kell-Cellano

Descubierto en 1946 por Coombs, Morant y Race. Este sistema es muy importante para nuestro tema en estudio, en razón de que sólo el 8% de individuos posee el antígeno. Por ello, las probabilidades de paternidad entre un presunto padre y un hijo, portadores de este antígeno, determinan un porcentaje muy elevado de probabilidad de paternidad.

7) Otros factores

Los grupos o sistemas sanguíneos no se agotan en los mencionados. Son muchos más. No tan importantes¹⁴⁶ como los reseñados, pero que deben ser estudiados en conjunto a fin de realizar una efectiva investigación biológica de la filiación.

Entre éstos tenemos:

El factor P, descubierto por Landsteiner y Levine (1927), el cual divide a los individuos en P (positivo o presente, dominante) y p (negativo o ausente, recesivo).

144 Ello es estudiado con mucho detenimiento por Tejada, quien menciona las investigaciones de Wiener sobre la transmisibilidad hereditaria de este factor. Efectivamente, Wiener verifica la hereditaria de este factor a través de la combinación de cuatro genes alélicos, los cuales de sus distintas combinaciones determinan el genotipo del individuo, así:

	MS	Ms	NS	Ns
MS	MSMS	MSMs	MSNS	MSNs
Ms	MsMS	MsMs	MsNS	MsNs
NS	NSMS	NSMs	NSNS	NSNs
Ns	NsMS	NsMs	NsNS	NsNs

Cfr. TEJADA, José Francisco: "Nuevos medios de prueba de la paternidad", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, enero-agosto, 1978, N° 31-32, p. 104.

145 URIBE CUALLA, Guillermo. *Medicina legal, toxicología y psiquiatría forense*. Colombia: Ed. Temis Librería, 1981, p. 632.

146 Los sistemas P, Kell, Duffy, Inv, Ag, Ak y ADA no son realmente eficaces, pues "... uno de sus polimorfismos alcanza una gran frecuencia en la población y prácticamente casi todas las personas de esa población presentan el mismo grupo". Cfr. LLEDO YAGÜE, Francisco: Op. cit., p. 42.

El factor Q, investigado por Inmaura y Furuhashi, cuya característica es que complementa sustancialmente al factor P.

El factor Lutheran, investigado por Race, está presente en el 88% de la población inglesa.

El factor Levas, está presente o positivo en el 1% de los caucásicos.

El factor Lewis, descubierto por Mourant en 1946, que está relacionado íntimamente con el factor S, es positivo en el 25% de los caucásicos.

Y así otros, como el Duffy (Cutbush, Mollison y Parkin, 1950), Kidd (Allen, Diamond, 1950), Diego (Layrisse y Arends, 1955), I (Wiener, Unger y Cohen, 1956), Cartwright (Eaton, Morton y Pickles, 1956), Xg (Mann, Cahan, Race y Sanger, 1962) y Dombrock (Swanson, Polesky y Sanger, 1956).

Todos y cada uno de los sistemas estudiados deberán tenerse presentes en la realización de las pericias hematológicas para indagar el nexo filial, de tal manera que se eleven las posibilidades de individualización sanguínea y, con ello, las probabilidades de paternidad y su aplicación legal.

3.4.3 *Propiedades hematológicas en la investigación jurídico-biológica del nexo filial*

La breve y ajustada reseña de las propiedades hereditario sanguíneas nos va a ser de mucha utilidad para poder interpretar su aplicación en los problemas jurídicos de la investigación de paternidad.

Como métodos efectivos, los serológicos sólo nos sirven para excluir la paternidad. Es decir, no son adecuados para atribuir de manera certera y absoluta el vínculo filial. Sin embargo, la ciencia cada vez corrobora con mayor firmeza la determinación de la paternidad descubriendo nuevas técnicas y métodos para contestar el nexo biológico.

La enumeración y explicación de las leyes hereditarias que rigen a los sistemas sanguíneos son ineludibles dentro de un estudio integral de la filiación biológica. Las tablas de probabilidades de paternidad y sus efectos son de singular aplicación en los procesos filiativos, por lo que comprender las propiedades hematológicas y su relación con la investigación de la paternidad es esencial.

En esta orientación, pasemos a estudiar las propiedades de los grupos sanguíneos más comunes.

3.4.3.1 *Grupo ABO*

Primera ley: Las propiedades A y B, siendo dominantes sobre O, no pueden aparecer en los hijos, si no se encuentran en uno de los padres (*Ley Durgen e Hirzsfeld*). Esta ley supone la existencia de dos corolarios:

- Estas propiedades pueden no aparecer en los hijos aunque se encuentren en los padres.
- La propiedad O, recesiva, puede aparecer en los hijos, también en el caso de que no se evidencie en los padres.

Segunda ley: Los padres del grupo O no pueden tener hijos del grupo AB. Los padres pertenecientes al grupo AB no pueden tener hijos del grupo O (*Ley de Berstein*).

Tercera ley: La combinación A * B es la única susceptible de dar nacimientos a hijos que puedan pertenecer a los cuatro grupos, con la condición de que los padres sean heterocigotes.

Los autores han logrado resumir y graficar las distintas combinaciones que pueden resultar de la unión de estos grupos, permitiendo constatar la posibilidad o imposibilidad de una determinada filiación.

A continuación veremos las tablas que representan una gran ayuda para la ciencia jurídica, pues a través de ellas obtenemos todas las combinaciones grupo-tipológicas, ya sea tomando como base la unión de los progenitores o para investigar la paternidad con las combinaciones del hijo y de la madre, producto de las cuales puede obtenerse una probabilidad o exclusión de paternidad:

Tabla N° 1
Combinación sanguínea de los padres e hijos probables (sistema ABO)
Exclusión de la paternidad según la teoría de Berstein

Padres	Hijos posibles				Hijos no posibles			
O * O	O	-	-	-	-	A	B	AB
O * A	O	A	-	-	-	-	B	AB
O * B	O	-	B	-	-	A	-	AB
O * AB	-	A	B	-	O	-	-	AB
A * A	O	A	-	-	-	-	B	AB
A * B	O	A	B	AB	-	-	-	-
A * AB	-	A	B	AB	O	-	-	-
B * B	O	-	B	-	-	A	-	AB
B * AB	-	A	B	AB	O	-	-	-
AB * AB	-	A	B	AB	O	-	-	-

De igual manera, se logró confeccionar una tabla de combinaciones en la que se puede excluir la paternidad teniendo como estudios preliminares la sangre del niño y de la madre:

Tabla N° 2
Probabilidades en relación a la maternidad y al hijo
para excluir la paternidad

Hijo-madre		Progenitor							
		No puede ser				Debe ser			
O	O	-	-	-	AB	A	B	O	-
O	A	-	-	-	AB	A	B	O	-
O	B	-	-	-	AB	A	B	O	-
O	AB				combinación	imposible			
A	O	-	B	O	-	A	-	-	AB
A	A	-	-	-	-	A	B	O	AB
A	B	-	B	O	-	A	-	-	AB
A	AB	-	-	-	-	A	B	O	AB
B	O	A	-	O	-	-	B	-	AB
B	A	A	-	O	-	-	B	-	AB
B	B	-	-	-	-	A	B	O	AB
B	AB	-	-	-	-	A	B	O	AB
AB	O				combinación	imposible			
AB	A	A	-	O	-	-	B	-	AB
AB	B	-	B	O	-	A	-	-	AB
AB	AB	-	-	O	-	A	B	-	AB

3.4.3.2 Subgrupo A

- Primera ley: El aglutinógeno A1 no puede aparecer en un niño si no está presente por lo menos en uno de los padres.
- Segunda ley: La combinación A1B (padres) y A2 (niño) es imposible, al igual que O (padres) y A1B (niño).
- Tercera ley: La combinación A2B (padres) y A1 (niño) es imposible; en caso de darse excluirá la paternidad del presunto progenitor.

El profesor Simonín logró confeccionar un cuadro de incompatibilidades sanguíneas de filiación en base a los subgrupos A1, A2, A1B, A2B que, a saber, han sido los más estudiados¹⁴⁷.

147 SIMONÍN, C. Op. cit., p. 496.

Tabla N° 3
Probabilidades de paternidad en relación a los subgrupos A1, A2
y su porcentaje de exclusión

Niño	Madre	Progenitor		% posible de exclusión
		Posibles	Excluidos	
A1	A1	A1,A2,O,B,A1B,A2B	sin exclusión	0
A1	A2	A1 o A1B	O,A2,A2B,B	61
A1	B	A1 o A1B	O,A2,A2B,B	61
A1	A1B	A1,A2,O,B,A1B,A2B	sin exclusión	61
A1	A2B	A1 o A1B	O,A2,A2B,B	61
A1	O	A1 o A1B	O,B,A2,A2B	61
A2	A1	A1,A2,O,B,A2B	A1B	2
A2	A2	A1,A2,O,B,A2B	A1B	2
A2	B	A1,A2,A2B	O,A1B,B	54
A2	A1B	imposible	—	
A2	O	A1,A2,A2B	O,B,A1B	54
B	A1	B,A1B,A2B	O,A1,A2	87
B	A2	B,A1B,A2B	O,A1,A2	87
B	B	A1,A2,O,B,A1B,A2B	sin exclusión	0
B	A1B	A1,A2,O,B,A1B,A2B	sin exclusión	0
B	A2B	A1,A2,O,B,A1B,A2B	sin exclusión	0
B	O	B,A1B,A2B	O,A1,A2	87
A1B	A1	A1B,A2B,B	O,A1,A2	87
A1B	A2	imposible	—	
A1B	B	A1,A1B	O,B,A2,A2B	61
A1B	A1B	A1,A1B,A2B,B	O,A2	51
A1B	A2B	A1,A1B	O,A2,A2B,B	61
A1B	O	imposible	—	
A2B	A1	A1,B,A2B,B	A1,A2,O	87
A2B	A2	A1B,A2B,B	A1,A2,O	87
A2B	B	A1,A2,A2B	O,B,A1B	54
A2B	A1B	A1,A2,A2B	O,B,A1B	54
A2B	A2B	A1,A2,A1B,A2B,B	O	42
A2B	O	imposible	—	
O	A1	O,A1,A2,B	A1B,A2B	3
O	A2	O,A1,A2,B	A1B,A2B	3
O	B	O,A1,A2,B	A1B,A2B	3
O	A1B	imposible	—	
O	A2B	imposible	—	
O	O	O,A1,A2,B	A1B,A2B	3

Tanto Uribe Cualla, Tejada como Jiménez Díaz elaboraron otro cuadro de indagación de la filiación estudiando la unión de los padres, pudiendo determinar los hijos que se podían engendrar:

Tabla N° 4
Combinación sanguínea de los padres e hijos probables
(sistema ABO)

Padres	Hijos posibles	Hijos no posibles
O * O	O	A1,A2,B,A1B,A2B
O * A	O,A1,A2	B,A1B,A2B
O * A2	O,A2	A1,B,A1B,A2B
O * A1B	A1,B	O,A2,A1B,A2B
O * A2B	A2,B	O,A1,A1B,A2B
O * B	O,B	A1,A2,A1B,A2B
A * A	O,A1,A2	B,A1B,A2B
A1 * A2	O,A1,A2	B,A1B,A2B
A1 * B	O,A1,A2,B,A1B,A2B	_____
A1 * A1B	A1,B,A1B,A2B	O,A2
A2 * A2	O,A2	A1,B,A1B,A2B
A2 * A1B	A1,B,A2B	O,A2,A1B
A2 * B	O,A2,B,A2B	A1,A1B
A2 * A2B	A2,B,A2B	O,A1,A1B
B * B	O,B	A1,A2,A1B,A2B
B * A2B	A2,B,A2B	O,A1,A1B
B * A1	A1,B,A1B	O,A2,A2B
A1B * A1B	A1,B,A1B	O,A2,A2B
A1B * A2B	A1,B,A1B,A2B	O,A2
A2B * A2B	A2,B,A2B	O,A1,A1B

3.4.3.3 Sistema MN

- Primera ley: Las propiedades M y N no pueden aparecer en los hijos si no existen en los padres, ya que son dominantes (*Landsteiner-Levine*).
- Segunda ley: El padre o la madre M no pueden tener un hijo N, ni el padre o madre N podrán tener hijos M (*Landsteiner-Levine*).
- Tercera ley: Los MN, que son híbridos, pueden transmitir a sus hijos cualquier carácter, sea M, N o MN.

Estas leyes permiten establecer:

Tabla N° 5
Combinación sanguínea de los padres e hijos probables
(sistema MN)

Padres	Hijos posibles			Hijos no posibles		
M * M	M	-	-	-	N	MN
N * N	-	N	-	M	-	MN
MN * MN	M	N	MN	-	-	-
MN * M	M	-	MN	-	N	-
MN * N	-	N	MN	M	-	-
M * N	-	-	MN	M	N	-

De estas seis posibles combinaciones, según concluye el profesor Tejada¹⁴⁸, se pueden deducir los siguientes porcentajes que son producto de la unión de los genes de los progenitores:

Tabla N° 6
Combinación sanguínea de los padres y porcentaje de transmisibilidad
(sistema MN)

Combinación de los padres	Resultados en %		
	M	MN	N
MN * MN	25	50	25
MN * N	0	50	50
MN * M	50	50	0
M * N	0	100	0
M * M	100	0	0
N * N	0	0	100

De igual manera, se puede determinar una tabla de incompatibilidad paternal teniendo en cuenta el sistema MN del niño y de la madre:

148 TEJADA, José Francisco. Op. cit., p. 102.

Tabla N° 7
Probabilidades de paternidad en relación al sistema MN y
su porcentaje de exclusión

Niño	Madre	PROGENITOR		% posible de exclusión
		Posibles	Excluidos	
M	M	M,MN	N	20
M	N	imposible	--	
M	MN	M,MN	N	20
N	M	imposible	--	
N	N	N,MN	M	30
N	MN	N,MN	M	30
MN	M	N,MN	M	30
MN	N	N,MN	N	20
MN	MN	M,N,MN	sin exclusión	0

3.4.3.4 Factor Rh

Primera ley: El Rh+ es de carácter dominante, su presencia obedece a la transmisión de uno de los progenitores.

Segunda ley: El Rh-, siendo de carácter recesivo, puede aparecer en el niño aun cuando no exista en los padres.

De donde se puede confeccionar la siguiente tabla:

Tabla N° 8
Combinación sanguínea de los padres e hijos probables
(sistema Rh)

Padres	Hijos posibles	Hijos imposibles
Rh+ * Rh+	Rh+,Rh-	ninguno
Rh+ * Rh-	Rh+,Rh-	ninguno
Rh- * Rh-	Rh-	Rh+

3.4.3.5 Propiedad de secreción

Ley única: S no puede aparecer en un niño si no existe en uno de sus padres.

Este sistema de secreción aumenta, de manera muy favorable, las probabilidades de exclusión de paternidad.

El siguiente cuadro de posibilidades teóricas de descarte del nexo paternal, nos ayuda a comprender:

Tabla N° 9
Combinación sanguínea de los padres e hijos probables
(sistema S)

Padres	Hijos posibles	Hijos excluidos
S * S	todos	ninguno
S * s	todos	ninguno
s * s	s	S

3.5 Aproximación concluyente

Un examen hematológico para investigar la paternidad debe comportar el estudio de la mayor cantidad de grupos sanguíneos (ABO, subgrupos A, sistema MN, Rhesus y la propiedad de secreción) de manera tal que se alcance un alto grado de certeza en la negación de la paternidad y que no quede duda alguna en cuanto a la validez y eficacia de la prueba sanguínea en la indagación de la filiación. Asimismo, esto permitirá un acercamiento a la determinación positiva de la paternidad cuando el examen hematológico junto con otras pruebas pueda inferir una relación paternal¹⁴⁹.

149 Vid. infra capítulo 4.

CAPÍTULO 4

La investigación biológica de la paternidad

4.1 Consideraciones generales

La prueba es el medio que permite al juzgador su convencimiento sobre la verdad o falsedad de los hechos aducidos por las partes en defensa de sus pretensiones.

El medio probatorio es la demostración de la existencia de un hecho jurídico o material por cualquiera de las formas admitidas en la ley. Esta manera de determinar la veracidad por medios probatorios ha llevado a la distinción entre la llamada prueba directa y la indirecta, siendo esta última la que predominó en el área de la investigación de la paternidad –testifical, documental entre otras– es decir, aquel conjunto de datos que podían conducir al establecimiento de la verdad o falsedad por medio de un razonamiento que se sustentó especialmente en presunciones, las que sólo dan por cierto un hecho aún cuando en la realidad pudiera no haber existido.

Como hemos analizado en el capítulo anterior el problema de la determinación de la paternidad es tan viejo como nuestro derecho. El genio romano es quien dio cabida a la investigación jurídica de la filiación del padre a través del establecimiento de presunciones. Éstas han atravesado de manera triunfante la Edad Media y la Moderna, influyendo de modo tal que los juristas contemporáneos no han encontrado mejor medio de indagación, siendo aun consideradas por muchos códigos civiles. La solución jurídica del problema se va liberalizando y haciendo más real la solución de estos conflictos, pues las presunciones se ven corroboradas por experticias biomédicas que habían venido siendo analizadas desde tiempo atrás. Carnelli, refiriéndose a la influencia de la biología en el campo de la indagación de la paternidad, dice que:

“No es nueva la opinión que considera en quiebra los viejos ele-

mentos de prueba legislados (...) las leyes que admiten la investigación de la paternidad ilegítima son cada vez más amplias y más numerosas y han intensificado en lo que particularmente les afecta, la necesidad de un medio propio de comprobación más eficaz que los ya conocidos y casi desacreditados del procedimiento civil¹⁵⁰.

El anacrónico sistema de presunciones de paternidad está siendo desplazado exitosamente por las pruebas heredobiológicas de investigación del vínculo filial, las mismas que son consideradas como prueba directa puesto que pueden, por sí mismas, afianzar o invalidar las aseveraciones de la acción de paternidad ejercitada. Muchas personas, entre las que tenemos que considerar a los abogados, tienden a dar un valor exagerado a uno u otro elemento de juicio basado en presunciones de paternidad, olvidando, menospreciando o ignorando que el ser humano es el resultado de la interacción de dos grandes fuerzas: la herencia y el medio socioambiental.

Con ello no queremos expresar una actitud de deslumbramiento con el avance genético en esta materia, tan sólo deseamos sentar el precedente de que la prueba más fehaciente será la que demuestre inequívocamente el nexo biológico entre el progenitor y el hijo. Las pruebas de paternidad conllevan a ello pues se sustentan en las reconocidas e irrefutables leyes de Mendel.

Siguiendo este razonamiento procederemos a hacer una recopilación de todas aquellas pruebas heredobiológicas existentes, científicamente admitidas, que han servido para investigar el origen biológico de la paternidad.

4.2 Indicios de paternidad

No como una crítica, pero sí como una reflexión, digo que el legislador del Código Civil peruano de 1984 no se preocupó por remozar los lineamientos de la determinación de la paternidad.

Se legisló sin tomar en cuenta las teorías contemporáneas sobre las técnicas de identificación, a pesar de que en el medio ya existían conocimientos claros acerca de cuáles eran las pruebas genéticas científicamente aceptadas en la investigación biológica de la paternidad.

Se llegó a confundir, e incluso a creer, que los indicios biológicos de pa-

150 CARNELLI, Lorenzo. Op. cit., p. 12.

ternidad (como el mero parecido físico), que en algún otro momento significaron medios de probanza del nexo parental¹⁵¹, eran medios eficaces que continuaban su vigencia en las vertientes científicas sobre el tema. La regulación planteada por el primigenio artículo 413 del Código Civil nos sitúa en una doble posición, tanto en la aceptación de a) la prueba negativa de los grupos sanguíneos y, b) otras pruebas de validez científica que serán aplicables en los juicios de la filiación de la paternidad y maternidad extramatrimonial.

La regulación jurídica de las pruebas heredobiológicas en la institución de la filiación extramatrimonial de nuestro sistema privado fue, sin duda alguna, un gran avance en la proyección de nuestro derecho biológico de manera general, pero no de nuestro derecho genético de manera especial. Sin embargo, es necesario indagar cuáles son esas *otras pruebas de validez científica* a las que quiso referirse nuestro legislador de 1984 para contemplar una verdadera indagación de paternidad.

De la exposición de motivos del libro de familia y de la escasísima bibliografía nacional acerca de este tema hemos llegado a la siguiente conclusión¹⁵²:

4.2.1 Elementos antropomórficos

El estudio de los caracteres morfológicos, externos e internos, del hijo en relación al presunto progenitor reviste una importancia significativa en la indagación de la paternidad por el hecho de su transmisibilidad hereditaria.

Esta prueba está constituida por el análisis comparativo de los signos biotipológicos y fisiológicos que representan el llamado *aire de familia* o *rúbrica genealógica* y fue la estrella, es más, la prueba fundamental, en los sistemas germanos (alemán, suizo y austríaco) hasta que la prueba hematológica lo desplazó¹⁵³. Podemos llegar a contar 300 caracteres antropofisonómicos típicos en

151 La ley colombiana N° 75 (4 de diciembre de 1968) complementaria al Código Civil regula ampliamente este tema en su:

“Artículo 7.- En todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará peritación antro-po-heredo-biológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos e intelectuales transmisibles que valorará según su fundamentación y pertinencia”.

152 Si bien no se hace mención de todos los indicios de paternidad, he querido rescatar los más efectivos biológicamente en la investigación de la relación filial.

un individuo analizado.

Entre las principales estructuras antropomórficas tenemos:

- *Caracteres craneales*: Características craneanas en general, conformación de la frente, ojos, nariz, boca, mentón, barbilla y orejas. Forma y oblicuidad de los párpados y cejas. Disposición y estructura dentaria y de los vórtices capilares así como del paladar (arrugas y crestas transversales palatinas). Coloración facial, capilar y del iris.
- *Caracteres del tronco*: Características de la columna vertebral.
- *Caracteres de los miembros y prolongaciones*: Forma de brazos, piernas o manos. Los dibujos papilares y huellas dactilares, conocidas como las características dermopapiloscópicas.

Estos caracteres físicos contienen un gran valor heredobiológico cuando son analizados científicamente, revistiendo, entre los demás existentes, una eficacia y valoración considerada en la investigación de la paternidad¹⁵⁴. Por tanto, procederemos a mencionar las técnicas esenciales de cada experticia.

4.2.1.1 Odontología legal

El peritaje odontológico para investigar la paternidad se sustenta en el examen comparativo, prosopográfico y prosopométrico de las fotografías, técnicamente obtenidas y jurídicamente autenticadas, del supuesto ascendiente y descendiente con el fin de determinar los rasgos característicos de semejanza facial o fisonómica¹⁵⁵, descubriendo la existencia o no de vínculos genéticos¹⁵⁶.

En esta pericia debe analizarse predominantemente los caracteres transmisibles como la cara rómbica, mandíbula saliente, composición y distribución

153 EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad", (I), en *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Universidad de Deusto, Nº 2, 1995, p. 80.

154 Eduardo Zannoni menciona algunos fallos en los que ciertas pruebas antropomórficas, como los rasgos fisonómicos parecidos o comunes entre el actor y el pretendido padre, constituyeron un antecedente más en la prueba del nexa biológico, pero que el criterio común fue que no bastan por sí solos para tener por probada la filiación. CNCiv, Sala D, 19/9/67, LL, 129-236; CJ Salta, Sala III, 27/4/66, LL, 122-806. CNCiv, Sala F, 29/12/75, LL, 1976-C-151 (Cfr. Op. cit., p. 458, nota 253).

155 En el ámbito nacional se estableció que "... 2. La fotografía no constituye un medio de prueba idóneo, de tal modo que no se puede invocar el aparente parecido entre las imágenes de las personas que en ellas aparecen como fundamento de la filiación". (*Revista de Jurisprudencia Peruana*. Lima: Ed. Revista de Jurisprudencia Peruana, tomo XXVI, Nº 288, p. 52).

156 El fundamento de la investigación biopaternal en la odontología legal se realiza bajo normas y métodos especiales:

de los cabellos y cejas, ángulo ocular y bucal, punta de la nariz doble, características auriculares y la tríada cromática, entre los tantos por mencionar.

En cuanto a la idoneidad de los peritos Luiz Silva y Castroverde manifiestan que “Nadie mejor que el odontolegista para proceder al estudio directo de una región que le es enteramente propia...”¹⁵⁷. Sin embargo, Israel Castellanos¹⁵⁸ establece que la competencia para investigar la paternidad con rigor científico debe recaer en todos aquellos profesionales que estudian en forma exclusiva el macizocráneo-facial, entre ellos los oftalmólogos y otólogos.

Si bien las desventajas en la utilización de este método son muchas, Castroverde llega a declarar en cuanto a la pericia odontolegal como reveladora directa de las características hereditarias, por tal razón las semejanzas en los rasgos lo convencen de una directa relación de descendencia genealógica entre las personas en cuestión filial, llevándolo a aceptar y creer que *éste es hijo de aquél*¹⁵⁹.

4.2.1.2 Examen radiológico vertebral

Las vértebras de la columna son de variadas clases (7 cervicales, 12 dorsales, 5 lumbares, 5 sacras y de 3 a 6 coxígeas) y cada una tiene caracteres definidos.

Es en 1949 cuando Kühne comienza a investigar biológicamente la paternidad sobre la base del carácter somático de las variedades de la columna vertebral. Este método consiste en la determinación de los límites y variaciones anatómicas de las vértebras, las cuales responden a una *norma*, que pueden ser:

- 1) Examen comparativo.- Su fin es conocer las semejanzas y relaciones para así determinar la expresión morfológica y fisonómica. Examina el conjunto para luego analizar las partes, comparando.
- 2) Examen prosopográfico.- Examina y clasifica las diversas regiones del rostro y de las arcadas dentarias para después comparar y detallarlas minuciosamente. Examina las partes para analizar el todo.
- 3) Examen prosopométrico.- Verifica con exactitud matemática las particularidades obtenidas con el examen comparativo y prosopográfico. Podemos compararlo con la antropometría de Bertillon en razón de la utilización de las medidas y longitudes somáticas invariables, representándolas en logaritmos (2.5 no paternidad; 4.8 paternidad afirmada).

157 SILVA, Luiz. *Valor y estudio de las semejanzas en la investigación de la paternidad*. San Pablo, s/e, 1942, pp. 492-493.

158 CASTELLANOS, Israel. *La odontología legal en la investigación de la paternidad*. La Habana-Cuba: Ed. Cultural S.A., s/f, p. 24.

159 CASTELLANOS, Israel. Op. cit., p. 31.

Para mayor información sobre la eficacia de la pericia odonto-legal en la investigación de la paternidad. Vid. SILVA, Luiz. *Identificação Odonto-Legal do “Desconhecido de Colégio”*. *Pericia de paternidade*. La Plata: Taller de Impresiones Especiales, 1937.

- Tendiente desviación hacia el cráneo (Cr)
- Tendiente desviación hacia abajo o caudal (cr)

Estas variaciones, según Kühne, están controladas genéticamente bajo las leyes de la herencia, siendo Cr dominante.

El método de comparación de las espinas dorsales está sujeto a las mismas restricciones de los demás medios de investigación de la paternidad, habiendo sido aceptado por los tribunales alemanes¹⁶⁰.

Como ejemplo tendríamos:

Madre	Hijo	Padre
cr	Cr	Cr

En el caso se aprecia que el hijo ha heredado el carácter Cr del padre no de la madre, por lo que se deduce que no podría ser atribuida su filiación a un sujeto con tendencia a desviación caudal cr.

4.2.1.3 Dermopapiloscopia

Los dactilogramas como medio de identificación contractual fueron usados en Mesopotamia hace 5.000 años.

Es Galton (1822-1911) quien estudia a fondo los caracteres morfológicos y tipográficos de las crestas cutáneas, concluyendo en su transmisibilidad hereditaria "...las cuales dependen de causas constitucionales y que sería extraño que la ley general de la herencia fallara en este caso tan particular"¹⁶¹.

Las derivaciones morfológicas y métricas de las impresiones dactiloscópicas son transmisibles como un producto morfogenético de los progenitores a los hijos¹⁶². Siendo esto así, tanto Okros en Hungría, Orrego y Kohan en Chile como Castellanos en Cuba, aplicaron el examen comparativo dactilográfico en la investigación de la paternidad.

Sin embargo, la discusión en cuanto a la herencia de las crestas dactilares es y ha sido polémica (autores como Pool, Laurer, Brenlla, Locard lo demuestran). Esto es corroborado por Bueno Rincón al alegar que:

“Hay que hacer dos observaciones en cuanto a las huellas dactilares; niegan algunos que tenga valor para definir la relación de herencia

160 Langdgericht de Gotingen, 10-3-1944.

161 GALTON, Francisco. *Finger Prints*, edición mimeografiada, s/f, capítulo VIII.

162 Los trabajos sobre la transmisibilidad hereditaria de los dibujos papilares es abundante, entre los recomendados tenemos: SENET, Rodolfo. *Dactiloscopia y herencia*; BONNEVIE, Kristine. *Análisis del proceso genético para probar o excluir la paternidad por utilización de los caracteres de las impresiones digitales*; ALMANDOS, Reyna. *Identificación genealógica, vínculo dactiloscópico de familia y RAITZIN*, Alejandro. *Hereditariadad dactiloscópica*, entre otros.

biológica en cuanto son típicos elementos individualizadores del hombre (identificación personal por medio de esas huellas); a eso hay que alegar que aun siendo verdadero, ha podido comprobarse que ciertos caracteres dactilares se transmiten hereditariamente, sin perjuicio de variar luego individualmente en detalle. En otro aspecto, hay que hacer constar que ninguno de aquellos caracteres está controlado genéticamente por un solo par de genes alelomorfos, por lo que su interpretación aislada está expuesta a error, y deberán ser valorados conjuntamente¹⁶³.

Actualmente, y con criterio mayoritario, es aceptado que la herencia de las crestas papilares es de tipo poligénico. Si bien hay cierto parecido en los patrones transmitidos de padre a hijo, tendrá que encontrarse, necesariamente, algún carácter inusual en ambos para que esto adquiera valor probatorio efectivo.

Por otro lado, se ha revitalizado la técnica de identificación dactilográfica que ha sobrepasado los grados de efectividad frente a pruebas como la del ADN, pues si bien esta última se presenta como más efectiva en el momento de levantar los vestigios en la escena del crimen, la primera es única e irrepetible, cosa que no sucede con el ADN, pues los gemelos univitelinos comparten la misma huella genética (duplicidad de probables autores del delito o paternidad¹⁶⁴) mas no la misma huella digital, sirviendo ésta como solución frente a este caso.

Para concluir este punto, es de considerar que la prueba de elementos antropomórficos adolece de dos desventajas como son: a) la destreza, experiencia y conocimiento del perito y, b) que los caracteres antropomórficos se definen luego de los tres años de edad.

De ahí que la Sociedad Alemana de Antropología concrete sus resultados en estos grados: paternidad no determinable, paternidad posible, paternidad probable o improbable, paternidad más probable que la no paternidad o al contrario, y paternidad prácticamente probada o prácticamente excluida (con verosimilitud confinante con la certeza).

4.2.2 Elementos antroquinéticos

Son aquellos caracteres funcionales y fisiológicos que manifiesta exter-

163 BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. Op. cit., p. 59. Para mayor referencia cita a LÓPEZ GÓMEZ y GISBERT CALABUG. *Tratado de medicina legal*, tomo I, p. 487.

164 En estos casos la prueba del ADN se muestra insuficiente, pues arroja un *resultado falso de inclusión de paternidad*, es decir, los hermanos gemelos resultan siendo los padres, cosa materialmente imposible en una relación natural. Por ello, se recurre a otras pruebas complementarias como la dermatopiloscopía o el PCR (reacción en cadena de la polimeraza).

namente un individuo y, de alguna manera, cumplen una función individualizadora familiar. Entre ellos tenemos:

La expresión mímica o facial, el timbre de voz y la risa¹⁶⁵, el modo de silbar¹⁶⁶, estereotipos motores, la forma de caminar, las actitudes, tics, forma de escribir y tipo de letra, la forma de saludar, de comer, etc.

4.2.3 Elementos patológicos

La herencia de los caracteres patológicos ha sido materia de estudios sistemáticos. Las enfermedades hereditarias o defectos físicos se transmiten según distintos mecanismos genéticos ya sea dominantes, recesivos o ligados al sexo, siendo el carácter mendeliano dominante el que adquiere mayor trascendencia en la investigación biológica de la paternidad.

Entre los elementos patológicos más comunes tenemos:

- Taras morfológicas: acondroplasia (enanismo), albinismo, aracnodactilia, ausencia del incisivo, braquidactilia, calvicie y canicie prematura, dentición múltiple familiar, dientes supernumerarios, dientes caducos, doble pabellón auricular, esclerosis, escoliosis congénita, espina bífida, estrabismo, glaucoma, gota, hiperfalangia de pulgar, ictericia, labio leporino, lunares, luxación congénita de cadera, mechones, microcornia, monodactilia (un solo dedo), oligodactilia (mano en pinza), onicogriposis (uñas de garra), oreja de gato, oreja velluda, pecas¹⁶⁷, pelo lanoso, pie plano, pilosidad en la segunda falangia de

las manos, polidactilia, sindactilia, polidactilia, pulgar trifalángico, riñón poliquistico, sinfalangia, sordera, tortícolis, uñas gruesas (ausentes, delgadas, quebradizas o lechosas) y útero bífido.

165 Ello fue investigado por Nathasius, Koleker y Bernstein, quienes llegaron a la determinación hereditaria de la tonalidad de la voz (la soprano masculina o femenina domina al tenor masculino y a la contralto femenina) y de la risa.

166 Ricardo Baca Silva (Cfr. "Investigación de la paternidad", en *Revista de Policía Técnica*. Lima, octubre-diciembre 1971, año XXXVI, Nº 382, p. 57) menciona el caso de un campesino de Pucallpa que negaba al hijo nacido de una relación furtiva con una menor de edad. El imputado, refirió la madre en juicio, tiene la virtud de silbar torciendo los labios hacia la derecha, característica heredada de su abuelo paterno. Como prueba irrefutable, el niño producto de aquel desliz amoroso también heredó el mismo modo de silbar.

167 "Hace unos meses una madre de unos 40 años me mostró el pene de su hijo de cinco años para que viese un lunar que tenía en el lateral izquierdo, casi en la base. Esa misma peca y en el mismo sitio podría usted comprobarla en el pene del padre. Y así sucedía, menos mal que los marcadores habituales demostraron la paternidad, más allá de toda duda razonable, pues si no nos habríamos encontrado en una situación embarazosa, al descollar este dato empírico sobre los científicos". Cfr. BUSTAMANTE MONTORO, Juan Carlos. Op. cit., p. 93.

- Taras orgánicas: aniridia, catarata hereditaria, enfermedad de Bechterew y de Hirschprung, fragilidad ósea (osteosartriosis), riñones poli-quísticos, psoriasis.
- Taras humorales: colemia familiar, diatesis cistínica, diabetes insípida.
- Taras neuropsíquicas: atrofia muscular progresiva neural, neurofibromatosis, parálisis periódica familiar, psicosis maníaco-depresiva.

4.2.4 Elementos psicológicos

Determinadas cualidades psicológicas como el carácter colérico dominante, gustos, tendencias, pasiones y facultades se transmiten hereditariamente.

Cosa similar sucede con las facultades intelectuales y aptitudes profesionales o artísticas, como lo vemos en la familia de los matemáticos Bernoulli, los músicos Bach o los pintores Tiziano.

César Lombroso¹⁶⁸, al estudiar la etiología del delito, nos dice que en la génesis del mismo, como de toda otra forma de degeneración, interviene como elemento esencial la herencia y llega a ejemplificar el factor hereditario demencial y delincuencial citando el caso del criminal Máximo Jucke (1720), cuya numerosa descendencia estaba constituida por 77 delincuentes y 128 prostitutas, entre otros tantos.

En este punto debe señalarse que la formación y desarrollo psíquico del individuo está determinado no sólo por la influencia de factores familiares sino también por el medio en el que se desarrolla.

4.2.5 Elementos fisiológicos

Algunas características fisiológicas pueden ser evidenciables, como la que se manifiesta a través de la llamada *prueba del sabor*.

Ésta consta de la capacidad de algunos individuos para percibir el sabor amargo de la fenil-tiocarbamida.

Según los resultados de esta prueba, los sujetos pueden dividirse en *saboreadores* y *no saboreadores*, transmitiéndose estas características hereditariamente de padres a hijos, con dominancia del carácter *saboreador*.

De igual manera puede hacerse la prueba del sabor con las sustancias como la tiosemicarbazona del p-aminobenzaldehído.

168 LOMBROSO, César. *Medicina legal*. Madrid, tomo I, pp. 231-233.

4.3 Las pruebas heredobiológicas o marcadores genéticos

Las pruebas de paternidad se sustentan en la existencia de marcadores genéticos presentes en el organismo de los padres e hijos.

Un marcador genético debe cumplir con las siguientes características:

- de herencia simple,
- no debe cambiar con el paso del tiempo, ni afectarse por enfermedades,
- su registro será neto, es decir, positivo o negativo y,
- de frecuencia balanceada en la población.

Cumplidas estas características, estaremos frente a elementos biológicos utilizables en pruebas de identificación.

Las pruebas que a continuación estudiaremos, son aquéllas admitidas genéticamente como las indicadas para indagar la relación bioparental. La ubicación y mención de cada una de ellas se hará de acuerdo al grado de eficacia y certeza ofrecidas.

4.3.1 La prueba hematológica

Es una experticia biomédica que se basa en el fenómeno biológico de la aglutinación y de la transmisión de las propiedades sanguíneas de padres a hijos como caracteres mendélicos simples. A través de un conjunto de pruebas grupo-específicas se logra investigar la relación biológica cuestionada del presunto progenitor con su hijo.

Como dice Zannoni:

“Los hematíes de la sangre contienen en su superficie ciertas sustancias llamadas antígenos, que permanecen inalteradas a lo largo de la vida del sujeto. Dichos antígenos o factores de grupo, presentes en el hijo, deben hallarse también en el padre o en la madre”¹⁶⁹.

4.3.1.1 Características

La prueba sanguínea puede ser:

- Positiva, es decir, afirmar o dar por cierta una determinada relación biológica de paternidad. Esta compatibilidad sólo indicará una posibilidad, sin valor absoluto por sí sola, pero que podrá ser apreciada por el juez en unión de otras pruebas o hechos¹⁷⁰.

En este sentido Zannoni indica que:

“...el estudio de los sistemas presentes en el hijo y en cada uno de

169 ZANNONI, Eduardo. Op. cit., p. 453.

los presuntos padres no puede llevar por sí mismo a la definitiva conclusión acerca de que efectivamente existe el vínculo de filiación real. Puede, sí, crear en el ánimo del juez una fuerte presunción, debido a la gran probabilidad que implica el hecho de que existan concordancias en los diversos sistemas estudiados; *máxime*, cuando se trata de similitud entre sistemas o antígenos de rara aparición, como es el Mg, por ejemplo¹⁷¹.

- Negativa, será constataadora de la imposibilidad o exclusión de una persona como padre de otra. Esta incompatibilidad verificará irrefutablemente la inexistencia de nexo filial, además que destruirá cualquier presunción que pudiera surgir de los hechos¹⁷².

Jurídicamente, la prueba hematológica sólo otorga un efecto negativo de paternidad. En este sentido, su valor es absoluto y decisivo, tratándose por tanto de una prueba asertiva y concluyente en tanto exista incompatibilidad sanguínea entre el pretendido padre y el supuesto hijo, ya que determinará la ausencia total del *nexum filii*¹⁷³.

170 “Las tarjetas postales (...) prueban la relación de intimidad entre las partes, pues el demandado las envió desde otros países (...) utilizando lenguaje evocador en algunos casos, anunciando su pronto regreso en otra y con saludos por el día de la madre (...) que la cabal descripción hecha por la demandante de la casa de verano del demandado en el balneario de Pucusana y que luego es constatada en la inspección ocular (...) a donde era conducida para mantener relaciones sexuales, la constancia de alojamiento en el hotel El Sausal (...) las cartas (...) la fotografía (...) reconocida (...) y que el demandante manifiesta que corresponde a una celebración en un restaurante de Lurín, *los certificados (...) que acreditan que el demandado y la menor (...) pertenecen al mismo grupo sanguíneo* (...) el instrumento (...) en el que el demandado deja constancia del pago de la pensión alimenticia, persuaden de la relación habida entre las partes, fruto de la cual es la menor, habiendo el demandado practicado actos directos de paternidad”. El resaltado es mío (Exp. N° 953-90/LIMA, Corte Suprema de la República). “Que durante la secuela del proceso, el demandado no ha probado en modo [alguno] desacreditar los argumentos que refiere el considerando precedente [mantenimiento de relaciones sexuales durante la época de la concepción], máxime si lo dicho se encuentra corroborado con *el dictamen pericial que refiere el certificado de determinación de paternidad (...) del cual aparece que en todos los sistemas analizados hay coincidencia entre una de las marcas del niño y una del posible padre, combinando el índice de paternidad de cada uno de los segmentos analizados se obtiene una posibilidad de paternidad de 99%*; por lo que demuestra que don PPJV es el padre biológico del menor JPJV”. El resaltado es mío (Exp. N° 10390-95/LIMA, Noveno Juzgado Civil Transitorio Corporativo).

171 ZANNONI, Eduardo. Op. cit., p. 455.

172 En este sentido, vid. BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de derecho de familia*. 5a. edición, Buenos Aires: Depalma, 1974; BORDA, Guillermo. *Tratado de derecho civil*. 5ta edición, Buenos Aires, Perrot, 1973, Familia y DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. “Las modificaciones del derecho de familia”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1965-VI-126. Así como la jurisprudencia citada por ZANNONI (Op. cit., p. 455, nota 248 y p. 458, nota 252, respectivamente) CNCiv, Sala A, 25/7/73, ED, 53-388; id., Sala B. 7/2/359; id., id., 22/6/76, ED, 70-381 y C2 Apel La Plata, 15/12/49, LL, 54-345 y JA, 1949-II-428; CNCiv., Sala A, A, 25/7/73, ED, 53-388; id., Sala F, 29/12/75, LL, 1976-C-151.

Se torna en una prueba indiferente cuando media compatibilidad en los grupos sanguíneos de las personas analizadas¹⁷⁴. El hecho está en que el grupo bioquímico del supuesto padre puede pertenecer a un gran número de personas.

Sin embargo, señala Lorenzo Sánchez citando a Sancho Rebullida y López de Barranco:

“Hoy se ha llegado a la conclusión [de] que cada individuo tiene su propia sangre y que esta especificidad viene determinada por el legado de sus padres a través de la grupotipología sanguínea”¹⁷⁵.

4.3.1.2 Alcances y eficacia

Esta prueba médica otorga cada vez mayor exactitud en la investigación positiva de la paternidad gracias al descubrimiento de nuevos caracteres serológicos cuyo número va en aumento año tras año.

Ello se ve aun más afianzado con el hallazgo de sueros precipitantes mucho más efectivos y que hacen de la indagación biológica del nexo parental un problema casi resuelto.

Ya Hirszfeld decía, en el año 1938, que:

“Si hasta el presente la serología no ha podido servir más que para excluir la paternidad, contribuyendo más bien a la defensa del hombre que a la del hijo y de la madre, estamos convencidos que a medida de la realización de progresos y con la comprobación de las

173 “AUTOS Y VISTOS: Interviniendo como ponente el señor Vergara Gotelli; por estos fundamentos y ATENDIENDO además: a que la prueba que ofrece la accionante y rechaza el juzgado es admitida por el artículo cuatrocientos trece –primer párrafo– cuando expresa y exclusivamente tiende a negar la identidad de los grupos sanguíneos entre el titular de la acción y el emplazado presunto padre: CONFIRMARON el auto de fojas veintinueve y vuelta (Lima, 1 de abril de 1995 –fs 29 y vuelta– “al tercer punto: no dándose el caso prescrito por la segunda parte del artículo 413 del Código Civil: NO HA LUGAR”), su fecha primero de abril del año en curso, en la parte apelada que desestima el medio probatorio ofrecido por la accionante en el tercer punto del escrito a fojas veintiocho; y los devolvieron” (Exp. N° 860-85/LIMA, Declaración de la paternidad extramatrimonial, Cuarta Sala Civil, 1985).

174 “Que en cuanto a la pericia negativa de los grupos sanguíneos practicada a las partes en el proceso, así como a la menor (...), éstas no arrojan una exclusión de la posibilidad de que la combinación del grupo sanguíneo de la demandante y del demandado pudieran engendrar una criatura del grupo sanguíneo O-positivo; lo cual no es suficiente para declarar la filiación biológica de la menor (...) como hija del demandado” (Exp. N° 965-89/LIMA, Corte Suprema de Justicia).

175 LORENZO SÁNCHEZ, Antonio de y LORENZO Y MONTERO, Ricardo de. “Últimas innovaciones jurídicas y técnicas en la investigación biológica de la paternidad en España”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Madrid, noviembre-diciembre 1983, N° 6, p. 32.

nuevas propiedades grupales, estaremos en la condición de decir no solamente quién no puede ser el padre, sino también frecuentemente quién es el padre¹⁷⁶.

Ello lo corrobora Osvaldo Strata, quien cita a Dalla Volta, que por su parte dice:

“Tenemos que destacar que están actualmente en estudios otras numerosas propiedades individuales que permitirán discernir centenares de tipos sanguíneos diversos, por lo cual se puede preconizar que en épocas más o menos lejanas se podrá considerar resuelto el problema de la indagación de la paternidad¹⁷⁷.”

Actualmente la probabilidad de exclusión puede alcanzar el 98,95% si se emplean los sistemas sanguíneos reconocidos, teniendo, por tanto el siguiente esquema:

Tabla Nº 10
Porcentajes de exclusión y probabilidades combinadas en la
determinación de la paternidad a través de los
grupos sanguíneos en conjunto

176 Op. cit., p. 76.

Esta previsión de Hirszfeld fue citada en un fallo de la Corte Argentina de Primera Instancia el 7 de agosto de 1939.

177 DALLA VOLTA. *Tratado di Medicina Legale*, 1933, tomo I, p. 569. Asimismo, vid. STRATTA, Osvaldo. *Los grupos sanguíneos y el problema médico legal de la paternidad y la filiación*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 1944, p. 47 y STRATTA, Osvaldo. “Alcance de la prueba hematológica”, en *La Ley*. Buenos Aires, octubre 1947, tomo 48, p. 181.

Sistema sanguíneo	Porcentaje de exclusión	Probabilidad combinada
MN	33,00	33,00
Rh	25,20	58,20
ABO	17,60	75,80
SECRECIÓN	8,00	83,80
DUFFY	4,87	88,67
KELL	3,79	92,46
LUTHERAN	3,33	95,79
KIDD	3,16	98,95

Ello significa que es suficiente encontrar incompatibilidad en una sola de las propiedades antes mencionadas para desechar el vínculo parental, pese a que en los demás sistemas sanguíneos exista concordancia¹⁷⁸.

Al elevarse el porcentaje de exclusión de la calidad paterna se produce, concomitantemente, el aumento de la posibilidad de determinación positiva de la paternidad, siendo así que el número de hombres que pueden coincidir en las características serológicas del imputado como padre va disminuyendo de manera considerable en la medida en que el examen sea más completo y se utilicen todos los antígenos existentes y biológicamente comprobados¹⁷⁹.

Es por ello que con la experticia hematológica deberán de analizarse el mayor número posible de calidades grupales combinadas para lograr una exclusión certera de filiación¹⁸⁰ o una determinación aproximada de paternidad¹⁸¹.

Además, como dicen Carracedo y Barros¹⁸², para obtener el valor real de la prueba biológica de paternidad debe considerarse tres aspectos fundamentales:

178 Cfr. ZANNONI, Eduardo. Op. cit., p. 453, Nº 247 "...es suficiente encontrar incompatibilidad en una sola propiedad, pese a que en las otras se manifieste en concordancia, para que pueda desecharse la existencia del vínculo filial" (CNCiv., Sala D, 28/5/57, LL, 58-213; 1 Inst Cap, firme, 7/8/39, LL, 15-656).

179 Hay autores, como Keither, que asumen la posición de la determinación positiva de paternidad en base a la procedencia hematológica de los interesados. Su método, en 1965, llegaba a un 99,99% de probabilidad de procedencia biológica. Su técnica se realizaba con la utilización de las características sanguíneas y empleando métodos electroforéticos, es decir, la utilización del campo eléctrico para lograr la separación de los constituyentes coloidales sanguíneos. Por su parte, Zannoni refiere que si se emplea el sistema ABO la exclusión es de 16%, combinándolo con el sistema MN aumenta al 33% y con el Rh tendríamos un 84% de exclusión. En líneas generales, concluye, se calcula que actualmente la probabilidad de exclusión alcanza al 97,9% si se emplean todos los sistemas.

- Primero: La probabilidad, esto es el grado de creencia o de persuasión, teniendo en cuenta que pericialmente se consideran probabilidades de paternidad superiores al 99,73% como *prácticamente probadas*.
- Segundo: El valor de la probabilidad de la paternidad *a priori*, es decir que existen posibilidades de ser el padre como de no serlo.
- Tercero: La población en referencia, a efectos de comparar la probabilidad que tiene el presunto padre de serlo con otro hombre tomado al azar de la población.

4.3.1.3 Desventajas

La principal desventaja que tiene esta prueba heredológica es que, al menos hasta nuestros días, su resultado es únicamente excluyente o negativo de relación filial. Como bien hemos establecido, los resultados pueden llegar a un máximo de 98% de probabilidad de nexo biológico cuando estudian todos los sistemas sanguíneos científicamente aceptados.

Ello trae como consecuencia que mientras más grupos se utilicen, la prueba hematológica resultará mucho más complicada pero de mejores resultados para los fines deseados. Sin embargo, para poder lograr las reacciones serológicas necesarias y así determinar los grupos sanguíneos del presunto padre y del hijo, debe contarse con los sueros de lectura adecuados. La utiliza-

180 Específicamente "...habrá exclusión de paternidad cuando aparece en el hijo determinado por una reacción positiva como un alelo ausente a la vez en su madre y en su padre presunto; por ejemplo, si en el sistema ABO los dos padres son O, es decir, de genotipo OO, si el hijo es A el alelo A no puede provenir de la madre ni del presunto padre. Naturalmente debe procederse a examinarse siempre los sistemas más eficaces en el diagnóstico de la paternidad (pues la eficacia está en función de las frecuencias genéticas de la población), por orden decreciente, HLA, MNSS, Rh, con antisueros anti C, Cw, c, D, E, e; fosfatas ácidas Gm, transaminasa glutámico, pirúvico; Kidd con el anti JK^a y el anti JK^b, haptoglobina ABO Gc fosfo-glucomucosa I C3, esterasa D el 9%, el HLA elimina 92,8% de los falsos padres" (Cfr. LLEDO YAGÜE, Francisco. Op. cit., p. 38).

181 Indica Zannoni (Op. cit., p. 458) que la prueba hematológica clásica sirve para descartar el vínculo biológico, pero no para demostrarlo en caso de que tal incompatibilidad no existiese (en nota 252 cita jurisprudencia: C2^a Apel La Plata, 15,12,49, La Ley, 54-345 y Jurisprudencia Argentina, 1949-II-428; CNCiv, Sala A, 25/7/73, ED, 53-388; ídem, Sala F, 29/12/75, La Ley, 1976-C-151).

182 CARRACEDO, Ángel y BARROS, Francisco. "El cálculo de la probabilidad en la prueba biológica de la paternidad", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Universidad de Deusto, Nº 3, 1995, p. 195.

ción, mantenimiento y conservación de estos últimos implica, por otro lado, la existencia de personal técnico debidamente calificado y de un lugar adecuado para su aplicación y ejecución.

Algo que es importante considerar es lo referido por Egúsquiza Balmaseda:

“También los cálculos de paternidad se condicionan a dos posibles causas de error. La primera, que se conoce en la doctrina alemana como *Isolat Problem*, se genera si existe parentesco cercano entre dos posibles padres (padre e hijo, o hermanos), o entre la madre y el presunto padre, o bien cuando existe un grupo cerrado de población en la que generaciones de matrimonios se han casado entre sí y, por tanto, la frecuencia genética difiere de las restantes poblaciones. La segunda, se produce por la variación porcentual de ciertos marcadores genéticos de unas zonas geográficas a otras (*Fremdstämmigenproblem*). Estos problemas se intentan paliar mediante la utilización de datos estadísticos hematopoblacionales de países y etnias diferentes, que resulten de la máxima fiabilidad”¹⁸³.

No tanto una desventaja técnica, pero sí un inconveniente para las partes que se someten a la prueba hematológica, es su costo¹⁸⁴ y la dificultad que se tiene de encontrar, en algunos casos, los sueros necesarios.

4.3.2 *Marcadores genéticos séricos*

También llamada de los polimorfismos séricos o proteínas séricas, se sustenta en que toda la estructura celular contiene sustancias denominadas proteínas cuya configuración se ciñe por las leyes de la herencia mendeliana.

Estas sustancias albuminoideas se encuentran tanto en el plasma como en el suero, siendo fácilmente detectadas mediante exámenes sanguíneos.

Es en 1955 que Smithies logra evidenciar y desarrollar la técnica de los grupos de proteínas séricas, la cual se asoció con el método de la electroforesis para lograr una indagación de la paternidad mucho más certera que la de los grupos sanguíneos.

El método de investigación consiste en estudiar las cargas eléctricas con-

183 EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (I), p. 83.

184 La Comisión de la Mujer, Desarrollo Humano y Deporte del Congreso de la República del Perú ha sugerido la creación de un Fondo Rotativo para cubrir los gastos que demanda la prueba de ADN, en el sentido de que sea el Estado el que asuma el financiamiento de dicho Fondo cuyos recursos serán repuestos al término del proceso judicial (Cfr. *El Congreso*. Lima, año 2, N° 30, gaceta del 20 al 27 de abril de 1998, p. 5).

tenidas en las proteínas (positivas y negativas), las que al ser sometidas a un campo de energía tienden a desplazarse al polo opuesto. De la aplicación de la electroforesis se llegan a reconocer las diferencias estructurales contenidas en cada una de las especies proteicas, ya que no todas son iguales, variando tanto en el tamaño como en el peso molecular.

Entre los principales grupos séricos, tomando la clasificación de Villanueva y Castellano¹⁸⁵ tenemos:

- Grupos gammaglobulinas
 - Sistema Gm
 - Sistema Inv
 - Sistema Isf
- Grupo de b-lipoproteínas
 - Sistema Ag
 - Sistema Lp
 - Sistema Ld
- Grupo de haptoglobulinas
- Grupo de transferinas
 - Sistema Gc
 - Sistema G β del complemento
- Grupos Gc (grupo *specie component*)
- Grupos Ag
- Grupos Lp
- Grupos colinesterasa
- Prealbúminas

Cecilia Grosman al tratar esta técnica de investigación de la paternidad concluye que:

“El estudio de las cualidades proteicas del hijo y del presunto padre, al ser trasmisibles según las leyes de Mendel, constituye un nuevo elemento para excluir la paternidad o establecer su probabilidad”¹⁸⁶.

4.3.3 Sistema de histocompatibilidad - HLA

4.3.3.1 Generalidades

185 Cit. LORENZO SÁNCHEZ, Antonio de. Op. cit., pp. 29-31.

186 GROSMAN, Cecilia. Op. cit., p. 165.

Las siglas que conforman el sistema HLA (Human Leucocyte Antigen) representan las características que poseen los antígenos de las células blancas humanas (A.L.H. antígenos leucocitarios humanos, en español).

Hasta el momento este sistema es el más importante complejo de histocompatibilidad¹⁸⁷ reconocido para la supervivencia en los trasplantes de órganos y tejidos.

Efectivamente, cuando a un individuo se le trasplanta órganos o tejidos, éstos serán sistemáticamente rechazados si hay incompatibilidad. Esta repulsión biológica se realiza porque el organismo elabora anticuerpos para defenderse de las células implantadas de un sujeto con características disímiles. El éxito del trasplante depende, por tanto, de la similitud de sustancias antigénicas entre las células del donador y del receptor.

Estas sustancias se transmiten según las leyes de la herencia mendeliana.

4.3.3.2 Antecedentes

Es en la década de 1920 cuando se descubre que las células normales de los mamíferos contienen antígenos característicos y propios para cada individuo, los mismos que se encuentran bajo el control de las reglas hereditarias. Diríamos, junto con Zannoni¹⁸⁸, que este método deriva de las investigaciones de Dausset, quien descubrió en las células leucocíticas de la sangre, proteínas antigénicas codificadas en el sexto par cromosómico, situadas en la membrana citoplasmática de todas las células nucleadas en el organismo, transmitiéndose por las leyes de Mendel.

En 1948 se logra reconocer el primer sistema de histocompatibilidad (H2), llegándose a la conclusión de que este sistema representa una zona genética muy compleja relacionada con los mecanismos de tolerancia inmunológica.

187 Histocompatibilidad.- (del gr. *histos*, tejido; compuesta, además, con la palabra compatibilidad, coincidencia). Es la tolerancia en la unión y concurrencia de tejido celular ajeno al organismo receptor o a quien se le trasplanta. Claude Ville, en su tratado de biología, nos hace referencia que: "Los genes a los cuales corresponden los antígenos causa de la respuesta del huésped para tejidos transplantados se denominan genes de histocompatibilidad. Experimentos genéticos –continúa diciendo– efectuados con ratones indican que hay por lo menos 14 lugares que secretan independientemente estos antígenos de trasplante, y el número en el hombre es indudablemente por lo menos igual". (VILLE, Claude A. *Biología*, 7a. edición. México: Nueva Editorial Interamericana, 1977, tomo II, p. 321).

188 ZANNONI, Eduardo. Op. cit., p. 457.

En el año 1964, luego de innumerables estudios y descubrimientos de antígenos leucocitarios, se comienza a utilizar estos conocimientos para lograr una reducción en el rechazo en los trasplantes.

La primera vez que se aplica este sistema en la investigación biológica de la paternidad es en 1970, pasando, desde ese momento, a constituir un modelo genético que reúne las exigencias médicas y legales para la indagación filial.

En 1976 la Comisión Conjunta de la American Medical Association y la American Bar Association aceptó el uso del sistema HLA para la investigación de la paternidad.

4.3.3.3 *Técnicas de determinación de los grupos HLA*

Lorenzo Sánchez, en lo referente a la determinación del sistema de histocompatibilidad, nos dice lo siguiente:

“Las formas de determinación del sistema no difieren esencialmente de las empleadas para los grupos eritrocitarios (en realidad la prueba HLA no es básicamente sino otro grupo de test sanguíneo, pero en vez de utilizar hematíes, utiliza leucocitos), y consisten en hacer reaccionar los linfocitos de la sangre periférica del sujeto con antisueros humanos de especialidad HLA”¹⁸⁹.

Complementando, el sistema HLA es una prueba hematológica cuya característica es analizar los leucocitos o glóbulos blancos de la sangre para concluir en la herencia de los antígenos, arribando a conclusiones de mayor certeza en la investigación biológica de la paternidad.

4.3.3.4 *Características*

El sistema HLA presenta las siguientes peculiaridades que lo hacen efectivo en la determinación de la paternidad:

- Son proteínas.
- No se encuentran en los glóbulos rojos.
- Se heredan en forma conocida.
- Son codominantes, por lo que se expresan siempre en el fenotipo.
- Es un sistema multialélico; se tiene más de cien alelos reconocibles.
- Es un sistema poligénico, por ser codificado en varios genes.

4.3.3.5 *Elementos biológicos esenciales*

189 LORENZO SÁNCHEZ, Antonio de. Op. cit., p. 34.

El complejo de histocompatibilidad está situado en una región del brazo corto del cromosoma 6 y consiste en varios *loci*, cercanos portadores de genes.

Entre las diversas funciones que poseen tenemos la de controlar la producción de los aloantígenos HLA-A-A-B-C-D-DR, ubicados en la membrana celular y que tienen estrecha relación con la respuesta inmunológica. Estas sustancias antigénicas pueden detectarse por medio de las técnicas serológicas de tinción.

En un inicio sólo se conocían dos *locus*, el A y el B, posteriormente se aceptaron otros dos, el Cw y el DR. Estos cuatro alelos, que conforman el sistema polimórfico, cuentan con numerosas variantes y con gran cantidad de antígenos, elevando de manera considerable su resultado en la indagación del nexo filial.

Miranda Romero, en cuanto a la transmisibilidad hereditaria del factor HLA, señala que:

“Cada ser humano tiene dos factores A y dos factores B de los cuales uno de cada uno ha sido heredado de cada padre. El grupo específico obtenido de un padre se llama haplotipo...”¹⁹⁰.

Corroborando la técnica de este último autor, el magistrado Ricardo Yungano establece:

“... los antígenos HLA que ocupan los diferentes *loci* son heredados como un haplotipo. Podemos decir que la unidad de la herencia en este caso es el haplotipo (...) El haplotipo es aquella combinación de genes HLA muy ligados en el mismo cromosoma el cual es transmitido por uno de los padres. Dos haplotipos, uno por cada padre, hacen el genotipo. Los genotipos conocidos para el HLA son 3^{176,460}”¹⁹¹.

Por lo tanto, la presencia de un haplotipo idéntico entre el hijo y el presunto padre permitirá afirmar la paternidad con probabilidades muy cercanas al 100%.

4.3.3.6 Consideraciones y valoración biojurídica

Para poder lograr una exclusión de la paternidad certera en un 99,99% es necesario considerar las frecuencias poblacionales y étnicas de los aloantígenos estudiados.

190 MIRANDA ROMERO, Haydeé. “Filiación: Hora de la verdad con la prueba de antígeno de las células blancas humanas”, en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 1986, Nº 3, vol. XX, p. 438.

191 YUNGANO, Arturo R. “El sistema HLA en la investigación de la paternidad”, en *Tapia*. Madrid: octubre 1987, año VII, Nº 36, p. 83.

Ahora bien, sobre la base de las leyes de la herencia genética de estos aloantígenos se puede diferenciar tres tipos de exclusión de la paternidad, así tenemos:

- Buscar en el presunto padre los antígenos que posea el niño y que no posea la madre. De esta manera, si no los posee se procederá a la exclusión, vg.:

Madre A1, niño A2, padre A1

Esta exclusión se basa en la herencia codominante.

- Verificar que en un determinado *locus* los antígenos del padre y del niño sean diferentes, vg.:

Niño A1, A3, padre A2, A4

Exclusión basada en el alelismo de genes simples gobernados por un *locus*.

- Será utilizada con mucha cautela cuando el niño haya heredado del padre dos genes, los que el padre presuntivo no lleva en su haplotipo, vg.:

Niño A1, B8/A2, B12, madre A1, B8, A3, B7
padre presuntivo A2, B15/Aw24, B12

4.3.3.7 Ventajas y desventajas en su aplicación

Por lo expuesto hasta ahora, la evolución en la investigación de la paternidad estuvo sustentada, en un primer inicio, en los métodos grupales sanguíneos eritrocitarios, séricos y enzimáticos que, de manera particular, no brindaban una seguridad absoluta en la indagación de la filiación. Es recién a partir de la década del sesenta que se comienzan a desarrollar los estudios en torno al complejo sistema de los grupos leucocitarios.

Con estos últimos se ha podido obtener un marcador genético tan bien definido, con características significativas, como lo representa el sistema HLA, que reúne las exigencias médicas y legales para resolver el trascendental problema de la investigación biológica de la paternidad.

Entre las ventajas que proporciona la utilización de este método tenemos:

- Ofrece el más alto porcentaje de certeza en la exclusión de la paternidad, llegando a 99,99% de eficacia. Es capaz de ofrecer una negación de filiación mayor a la suma de los numerosos métodos existentes asociados.
- La variedad de polimorfismos permite demostrar la paternidad¹⁹².
- Cada grupo del HLA es muy específico y sus tipos son relativamente raros.

- Los antígenos del HLA son científicamente demostrables a partir de la sexta semana de la vida embrionaria. Son detectables en el líquido amniótico.
- Estos antígenos se mantienen estables toda la vida.

Entre las desventajas podemos mencionar:

- La técnica es compleja. Requiere de un alto nivel de idoneidad y experiencia serológica y genética del perito.
- Los antisueros son de difícil obtención y deben utilizarse por duplicado o triplicado.
- El proceso es largo y penoso. Requiere de varias horas en la determinación de los haplotipos y estudios de los antígenos.
- No constituye una prueba de rutina para la investigación de la paternidad, lo que eleva su costo.
- Es un sistema poco estudiado jurídicamente, lo que dificulta su aplicación y difusión.
- La herencia de los haplotipos paternos tiene un margen de error del 0,5%.

A nivel sudamericano esta prueba ha tenido gran acogida en Argentina, donde se ha desarrollado satisfactoriamente en el ámbito jurisprudencial¹⁹³, siendo en nuestro medio el hecho distinto¹⁹⁴.

4.3.4 Polimorfismos cromosómicos

La célula es el componente básico de todo organismo viviente. En su nú-

192 Eugenio Carlota señala que la variedad de combinaciones permite la determinación positiva de paternidad y maternidad con una certeza confiable del 97% (Cfr. CARLOTA, Eugenio O. "Determinación de la paternidad por el sistema HLA, o complejo mayor de histocompatibilidad", en *La Ley*, 1985-A-472). Con criterio propio, Zannoni alude que en algunos fallos (CNCiv., Sala A, 07/03/85, LL, 1985-C-502; ídem, ídem, 17/05/84, LL, 1984-D-280; ídem, ídem, 25/11/86, LL, 1987-C-69, Sala D, 31/8/81, LL, 1985-A-472 y JA, 19882-II-425) se ha concluido que la paternidad ha quedado prácticamente probada cuando el índice de probabilidad era, de acuerdo con el estudio, de un 99,8%, si se tiene en cuenta que ese estudio, complementado con los marcadores electroforéticos, daba un índice de probabilidad del 100% (Cfr. Op. cit. p. 459, nota 259 con especial referencia a BISCARO, Beatriz R. "La determinación de la filiación mediante la prueba de compatibilidad inmunogenética practicada en los abuelos paternos", en *La Ley*: Buenos Aires, 1987-C-69).

193 CNCiv., Sala D, 31 de agosto de 1981, en *La Ley*, 1985/A, 471 con nota de CARLOTA, Eugenio Osvaldo. Op. cit. y el 17 de mayo de 1984 en *La Ley*, 1984/D, 280; CNCiv., Sala A, 7 de marzo de 1985, en *La Ley*, 1985/C, 502, para este caso vid. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Régimen legal de la filiación y patria potestad*. Buenos Aires: Astrea, 1985, comentado el artículo 235, § 12.

cleo están los cromosomas y éstos presentan determinadas características morfológicas o peculiaridades en su estructura llamadas polimorfismos¹⁹⁵ cromosómicos. No se trata de alteraciones que pueden ser causa de una enfermedad sino de variantes genéticas normales que, como pequeñas señas, dan una singularidad típica al cromosoma. Estas características, halladas a través de análisis citogenéticos, resultan importantes cuando se pruebe la presencia en el hijo y el imputado como padre pues se transmiten siguiendo las leyes de la herencia.

4.3.4.1 Generalidades

Los polimorfismos cromosómicos y su transmisión hereditaria se descubrieron en 1971, gracias a los estudios de diversos síndromes. Tales características cromosómicas, sin importancia clínica, pasaron de inmediato a formar parte de los *tests* de identificación, dada su especialidad.

Como sabemos, el número de cromosomas en nuestra especie es de 46, de los cuales 44 son autosomas (cromosomas no sexuales) y 2 son gonosomas (cromosomas sexuales). Los primeros están formados en 22 pares de cromosomas homólogos procedentes de los progenitores. Los gonosomas están constituidos por dos cromosomas sexuales, que varían su constitución según el sexo, así XX en la mujer y XY en el varón.

Los pares cromosómicos son claramente diferenciables (por tanto identificables) unos de otros por su diversidad de tamaño, forma y características de coloración en sus diferentes regiones. En algunos individuos estas regiones cromosómicas presentan una morfología peculiar que es transmitida hereditariamente como rasgo dominante. Así, los polimorfismos cromosómicos se consideran marcadores genéticos de mucha importancia.

En la reproducción asexual indirecta de las células podemos ver, en la etapa de metafase, al cromosoma formando dos partes simétricas, *cromatides*, unidas en un *centrómero*, el cual lo divide en brazos cortos y brazos largos. Según la ubicación del centrómero y el tamaño de sus brazos se diferencian los cromosomas *metacéntricos*, *subcéntricos* y *acrocéntricos*, siendo posible

194 En la audiencia de conciliación, el juez de oficio solicitó se practique la prueba de HLA en las partes, en el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati. Mediante resolución N° 130-95 (del 11 de agosto de 1995) se dispuso la desestimación de la prueba en referencia en el sentido "... que estando al hecho de que la prueba de HLA, a la actualidad no es una prueba determinante pues sólo podría dar un resultado indicativo, ya que sería muy diferente que se hubiera solicitado la prueba de ADN, que sí es un medio probatorio adecuado" (Exp. 408-96/LIMA, Vigésimo Octavo Juzgado Civil).

195 El término 'polimorfismo' representa el carácter *polimorfo* (del gr. πολμορφοϋ que es una propiedad de los cuerpos por la que pueden cambiar de forma sin variar su naturaleza (Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. edición, Madrid, 1992, p. 1633).

visualizar, en determinadas oportunidades, los llamados *satélites cromosómicos* (vid. figura N° 2).

4.3.4.2 Principales polimorfismos cromosómicos

- El más frecuente (especialmente en los pares 1-9-16 y en el gonosoma Y) es aquél que representa el mayor tamaño de la región intensivamente coloreada en la parte proximal de los brazos largos.
- En los acrocéntricos las variaciones afectan el tamaño de los brazos cortos y el de los satélites.
- En el cromosoma Y podemos notar como característica el aumento o disminución de la parte distal de sus brazos largos. Éstos pueden aumentar (“Y” gigante) o faltar casi por completo (“y” micro).

4.3.4.3 Técnicas de aplicación en la investigación de la paternidad

Los cromosomas en metafase pueden tratarse con diversas técnicas para evidenciar los polimorfismos.

Entre las más importantes tenemos:

- Utilización de enzimas y colorantes (Quinacrina Orange y Giemsa) obteniéndose cromosomas con las denominadas *bandas*, que son de diferente tipo (Q, R) y ponen de manifiesto algunas variantes.
- El heterocromatismo de las bandas C estudia específicamente la región polimórfica de los cromosomas 1-9-16-Y.
- Las bandas Nor que utiliza el nitrato argéntico para descubrir variantes en los satélites de los cromosomas acrocéntricos.

4.3.4.4 Valoración biogenética

Debido a su transmisión hereditaria dominante y totalmente definida, a la baja frecuencia poblacional y a su inalterabilidad mediante agentes externos, se ha argumentado que la presencia de características morfológicas especiales en algún cromosoma del hijo y del presunto padre permiten establecer la paternidad biológica con un alto grado de certeza.

Efectivamente, cuando los cromosomas de un individuo presentan ligeras variantes o peculiaridades que lo hacen notorio y único, es que se puede determinar positivamente la paternidad ya que si un niño tiene un polimorfismo cromosómico que no esté presente en la madre, necesariamente debe haberlo heredado del padre. Sin embargo, la apreciación de las características cromosómicas (tamaño, forma, número, etc.) puede tener algún grado de subjetividad, la que es necesario superar a través de una medición cuantitativa y cualitativa de las variantes cromosómicas para lograr resultados mucho más exactos.

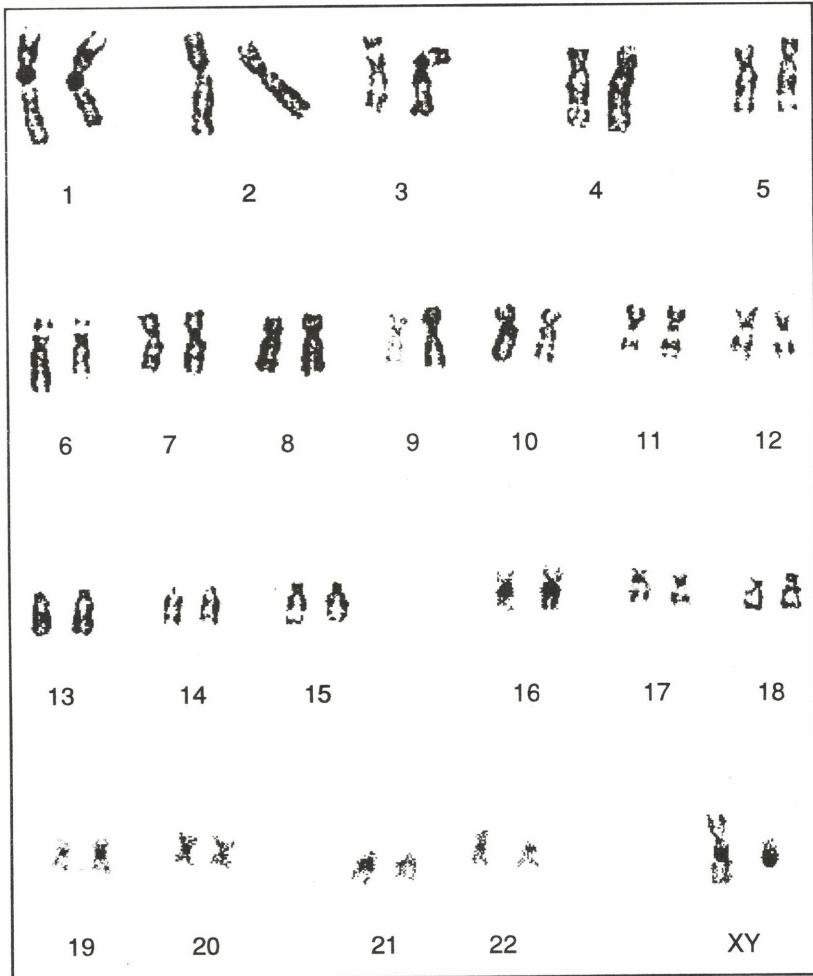


Figura 2.
Cariotipo con polimorfismos cromosómicos

Reseña técnica:

En esta fotografía microscópica se visualizan los cromosomas de un individuo. Si hallamos un polimorfismo presente en los cromosomas se tendrá una prueba genética 100% afirmativa de paternidad.

También podemos observar cómo los cromosomas 1 y 16 poseen en su núcleo una coloración mucho más fuerte que la de su par, debido a la existencia de un polimorfismo que, necesariamente, debe haber sido heredado de uno de los progenitores. Igual característica cromosómica presenta el cromosoma XY.

Esta técnica del estudio de los polimorfismos y de las bandas cromosómicas ha sido ya aplicado judicialmente¹⁹⁶, pero no ha sido muy difundida quizá por su complejidad.

4.3.5 Perfil del ADN¹⁹⁷

4.3.5.1 Antecedentes

Es en 1980 cuando un grupo de investigadores estadounidenses descubrieron una *región hipervariable* en la larga molécula del ADN humano considerándose como zonas únicas en cada individuo. Luego, se empieza a buscar un método seguro de identificación de dichos tramos reveladores descubriéndose, en 1984, unas enzimas (llamadas de restricción) que *reconocen* las secuencias químicas que *cortan* la molécula de ADN, obteniendo fragmentos de diferentes longitudes y específicos para cada persona ya que dependen de las características químicas de dichas regiones hipervariables.

Es el profesor Jeffreys, Universidad de Leicester, quien crea marcadores radiactivos y perfecciona las técnicas para captar las secuencias del ADN marcadas en placas de rayos X. En septiembre de 1984 se obtiene la primera placa en la que se observa franjas grises y negras muy bien definidas y agrupadas en varias columnas llegándose a crear la primera prueba dactilográfica del ácido desoxirribonucleico.

4.3.5.2 Técnica y aplicación

Es una técnica segura en la determinación positiva de la paternidad¹⁹⁸.

Se sustenta en el principio de que el ADN del cuerpo de una persona es idéntico debido a que cada una de sus células se ha derivado de la primera cé-

196 El fallo de la Corte de Justicia de Buenos Aires, del 3 de junio de 1980, valoró la circunstancia de que la menor tenía un cromosoma de características especiales. Esta variación estructural se debía a un *polimorfismo* que también se hallaba en el demandado, interpretándose esta semejanza como una verdadera marca de familia (GROSMAN, Cecilia. Op. cit., p. 168).

197 También llamada de la tipificación del ADN, polimorfismos del ADN, huellas dactilares del ADN o dactiloscopia del ADN, *DNA typing*, *DNA profiling*. En agosto de 1989 la *American Society of Human Genetics (ASHG)* propuso que la identificación individual por el análisis del DNA, debe de denominarse *DNA profiles* en razón de las características que representa. Más que una huella dactilar es un *perfil* o *contorno* del patrón genético.

lula formada por la unión del óvulo y espermatozoide. A la vez, el ADN de un individuo jamás será igual al de otro que haya vivido, viva o vaya a vivir (con excepción de los gemelos idénticos). Esto quiere decir que ninguna persona comparte la misma pauta genética con otra.

El método a utilizarse se basa en el fraccionamiento del ADN mediante enzimas de restricción, obteniendo de las mismas fragmentos característicos en cada persona. Para esto se toma un trozo del ADN de zonas especiales que poseen secuencias (*palabras*) repetidas infinidad de veces (con mucha significación en cuanto a las instrucciones que llevan). Este ADN se rompe en fragmentos utilizando las enzimas en mención o *tijeras biológicas* que cortan justo en determinada secuencia.

Por ejemplo, una enzima corta sólo la secuencia AAG/CC (es decir entre G y C), otra en la secuencia TTG/GCC, respectivamente.

Lógicamente, el ADN de cada persona se cortará en trozos diferentes.

Estas secciones resultantes van a poder ser analizadas individualmente, de manera que se llegue a precisar el origen hereditario de cada uno de estos fragmentos. Así tenemos que, estudiándose el ADN del niño, los fragmentos no presentes en la madre deberán estar necesariamente en el otro progenitor, determinándose, de manera indubitable, la existencia del nexo biológico o su exclusión¹⁹⁹.

Como caso práctico pongamos el siguiente:

Si un niño tiene un fragmento compuesto por las siguientes *letras* ABCDEFGHIJK, éstas serán el reflejo de lo heredado de sus padres. Haciendo la prueba correspondiente, si en la madre se encuentran los fragmentos ABEGHI, en el presunto padre, obligatoriamente, estarán las faltantes, es decir CDFJK.

Estos fragmentos o franjas son combinaciones personales (únicas e irrepetibles) provenientes en igual número de los progenitores del analizado, y puede decirse que los fragmentos de la prole son el resumen de las características de los padres (vid. figura N° 3).

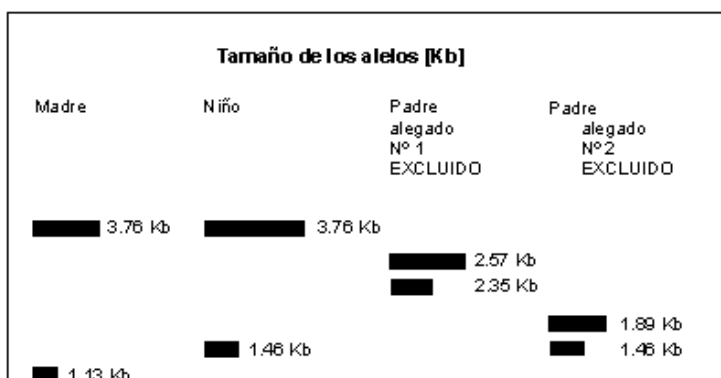
Presentemos un caso directo en el que, a través de la similaridad de frag-

198 “El doctor David Housman, profesor de biología en el célebre MIT (Instituto Tecnológico de Massachusetts), sostiene que dudar de la validez del método de *tipificación del ADN* es como dudar de la ley de la gravedad” (Cit. LEONARDI, Danilo A. “El ADN puede colaborar con la administración de justicia”, en *La Ley*, tomo 1990-A, pp. 948-949).

199 “La pericia genética para la determinación de la paternidad (...) fue admitida en aplicación del artículo 413 del Código Civil, que se refiere a la admisibilidad de la prueba de los grupos sanguíneos, efectuada la misma se expresa que el demandante está excluido como padre biológico (...) por la prueba del ADN” (Exp. N° 5323-93/Lima, Noveno Juzgado Civil de Lima, 1994. Impugnación de paternidad).

mentos de genes, se llega a identificar al progenitor.

Tabla Nº 11
Ejemplo resultante del examen de un gen simple



Explicación:

El fragmento superior de los genes en el niño (3.76 Kb) coincide con el de la madre, a lo que concluimos que los heredó de ella, mientras que el fragmento inferior de genes (1.46 Kb) debe haberlo heredado de su padre biológico.

El alegado padre Nº 1, posee un fragmento de genes de tamaño distinto a los encontrados en el niño, por tanto, no puede ser su padre biológico. El alegado padre Nº 2, tiene el mismo tamaño de fragmentos de genes que los encontrados en el niño (1.46 Kb), pudiendo ser su padre biológico. La probabilidad de que lo sea depende en la frecuencia en que este fragmento de genes es encontrado en la población masculina. Mientras menos hombres posean dicho tamaño de fragmento de ADN, mayor será la posibilidad de que sea su padre.

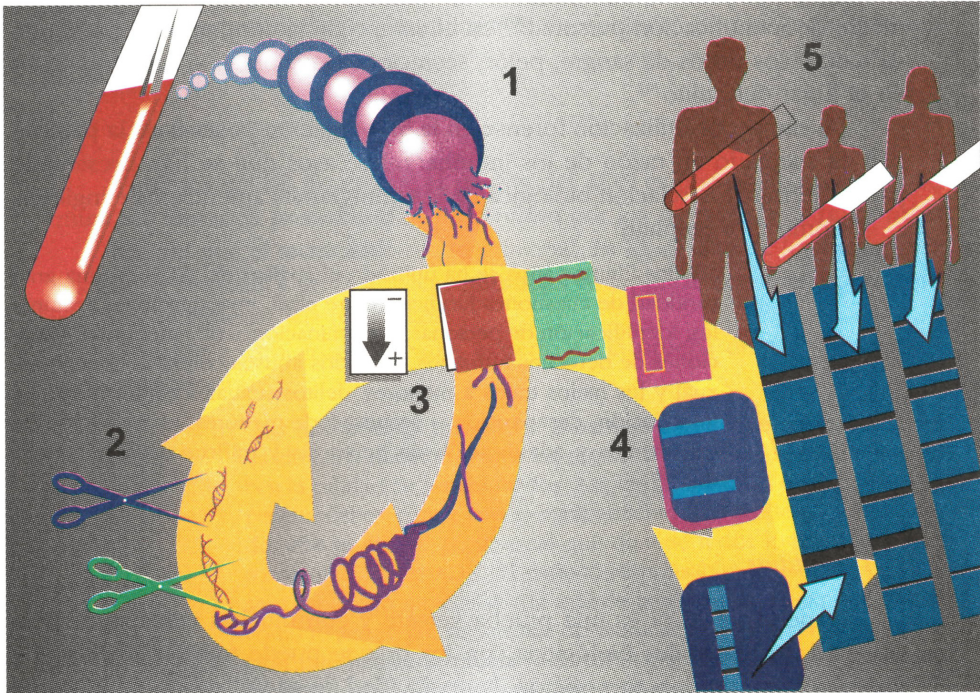
Este proceso se repite varias veces (analizando genes diferentes)²⁰⁰.

En la actualidad, esta prueba está siendo exitosamente utilizada como medio de identificación personal²⁰¹ en el campo de la criminalística para individualizar los restos de sangre, pelos, secreciones corporales o semen dejados en el lugar del delito²⁰².

Su campo de utilización forense en la investigación positiva de la paterni-

200 "DNA Identity Testing. Technical Information", en: *www.genetica.com*. Cit. GUTIÉRREZ DUANY, María y LAVARELLO ALVA, Gianella. "Las biopruebas de identificación y el derecho a la intimidad", en *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Ed. Normas Legales S.A., octubre-noviembre 1997, Nº 13, p. 102.

Ilustración: Enrique Lari R.



Esquema de obtención de las huellas genéticas del ADN

Reseña técnica:

- 1 Extracción del ADN de la célula
- 2 Corte del ADN con enzimas de restricción (tijeras biológicas)
- 3 Sometimiento de los fragmentos de ADN al proceso de electroforesis
- 4 Identificación de fragmentos mediante sondas radioactivas
- 5 Revelación de placas de electroforesis

dad es aceptado en razón de los innumerables casos que se han presentado para determinar la relación biológica de los inmigrantes americanos e ingleses.

Como dice Stephan:

“En los últimos años se ha utilizado el análisis del ADN en una gran cantidad de cuestiones jurídicas, entre ellas: investigaciones criminales, identificación de personas, determinaciones de paternidad, violaciones de derechos humanos, incluidos abusos contra la libertad sexual y los malos tratos a menores, delitos sexuales contra menores, inmigración, desaparición o secuestro de menores, impugnación de testamentos y adjudicación de herencias y tráfico de recién nacidos”²⁰³.

4.3.5.3 Ventajas

El perfil de ADN es una prueba versátil y con muchas ventajas dada la variedad de materiales biológicos con los que se puede trabajar (incluso de cadáveres), su no descomposición, la posibilidad de su utilización en la investigación de la paternidad prenatal o en la solución de casos de incesto o discusión de paternidad entre hermanos, y porque el procedimiento técnico es sencillo y más económico que la aplicación en conjunto de los grupos sanguíneos.

4.3.5.4 Desventajas

-
- 201 En algunos casos, esta prueba de identificación presenta serios inconvenientes, por ejemplo, cuando no se logra encontrar material de investigación suficiente para realizarla (mínimo se necesitan 2 gotas de sangre, 10 pelos, 1 gota de semen), por lo cual es corroborada o desplazada por la prueba PCR (reacción en cadena de la polimerasa). Sin embargo, en el campo de la investigación positiva de la paternidad no presentaría ningún problema ya que los fluidos orgánicos serían obtenidos por muestras directas.
- 202 Expertos forenses de Australia han desarrollado una técnica de identificación tan sensible que puede extraer material genético de huellas digitales dejadas sobre llaves, plumas, superficies internas de guantes, volantes de automóviles, cuchillos o de cualquier otro objeto que se haya tocado. Incluso, recuperar el ADN del interior de un condón pese a no haber existido eyaculación (“Extraen ADN de huellas digitales”, *El Comercio*, Lima, 20 de junio de 1997, sección B, p. 5). Éstas son las denominadas *pruebas genéticas de última generación*, y que vienen siendo utilizadas con mucho éxito. Tal es el caso de uno de los condenados más célebres de Estados Unidos, Sam Sheppard, *El Fugitivo*, que inspiró la famosísima serie televisiva del mismo nombre, podría ser en breve absuelto de todos sus cargos gracias a los resultados de este tipo de pruebas (“*El Fugitivo* sería absuelto por justicia norteamericana”, en *Expreso*, Lima, 7 de febrero de 1997, sección B, p. 7).
- 203 STEPHAN, Robert T. “Genética y culpabilidad: ¿Quién paga el precio?”, en *El derecho ante el proyecto de genoma*. Op. cit., p. 232.

Partimos del hecho de que la prueba del ADN es una prueba efectiva. Elimina los términos *probabilidad de paternidad* por los de *certeza de paternidad*.

De ahí que el tecnicismo sea lo principal. La idoneidad de los profesionales que la realicen y de la técnicas utilizadas es la única desventaja para valorar adecuadamente sus resultados.

En base a esto, Jorge Arévalo, experto en la prueba de ADN en nuestro medio, refiere que:

“Las instituciones privadas y gubernamentales que realicen la prueba de ADN deberán reunir los requisitos más exigentes que garanticen la calidad de los resultados. Así, los laboratorios que realizan esta prueba deben contar con el equipamiento más moderno y, sobre todo, con el plantel profesional que domine todos los aspectos de la manipulación del ADN. El experto responsable del laboratorio debe ser un biólogo molecular con más de cuatro años de experiencia, tal como lo aconsejan las normas de Estados Unidos. Además, la institución que realice la prueba del ADN tiene que estar continuamente incorporando conocimientos y procedimientos que optimicen la calidad del servicio”²⁰⁴.

4.4 Efectos jurídicos de la aplicación conjunta de las pruebas heredobiológicas

Habiendo analizado las experticias de mayor valor en la investigación del nexo filial, debemos concluir que su aplicación en conjunto determinará, hoy en día, un resultado positivo de paternidad, corroborando y llenando ese gran vacío probatorio de que ha adolecido la institución de la filiación.

Además, debe considerarse que este gran avance de la genética va a cumplir una triple función: jurídica, moral y social, y que nuestros tribunales, con la debida cautela y razonamiento, deben admitir y aquilatar el valor probatorio de cada una de ellas en razón a las garantías científica y técnicas de las que están premunidas estas pruebas.

El avance de la ciencia biomédica es cada vez mayor. Es por ello que debemos brindarle el marco jurídico adecuado para su correcta aplicación. Las pruebas negativas de paternidad como beneficiosas al presunto progenitor, han sido dejadas de lado y han dado pase a las novedosas pruebas determinativas del vínculo biológico, las cuales servirán de medio efectivo en favor de aquellos niños nacidos de un desvarío amoroso.

204 ARÉVALO, Jorge. “Determinación de paternidad por la prueba del ADN”, en *Directorio de clínicas y servicios afines*. Lima: Ed. Acrópolis, 1998, p. 170.

Valor jurídico de las pruebas heredobiológicas en la investigación de la paternidad

5.1 Generalidades de la pericia civil

Escriche nos decía que cuando para la decisión de un asunto litigioso se necesitan conocimientos facultativos, las partes deben nombrar a dos peritos que hagan el examen o reconocimiento, y que rindan su declaración²⁰⁵.

Entendido esto, vemos que la pericia no es otra cosa sino un medio de prueba²⁰⁶ que consta de la opinión, deducción y actividad de personas entendidas en una ciencia o arte, que pueden aportar al juez elementos de convicción y entendimiento especiales –ajenos al saber jurídico– para resolver la materia controvertida.

205 ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. París, Librería de Ch. Bouret 23, Calle Visconti, 1884, p. 1.344.

206 Coincidimos con Carnelluti y Sentis Melendo quienes no la consideran como prueba en sí, sino como un medio para obtener una prueba. En tal sentido, Ernesto Perla Velaochaga (*Juicio ordinario*, 7a. edición. Lima: Eddili, 1987, p. 387) hace bien en citar a Alsina, quien establece que la prueba es el hecho, los peritos lo aprecian y explican. Esta distinción es aplicable por extensión a todos los medios probatorios, por ejemplo la declaración de parte no es prueba sino un medio probatorio a través del cual se puede obtener la afirmación o negación de un hecho.

La pericia, también denominada peritación²⁰⁷ o juicio pericial²⁰⁸, es (en sí) sinónimo práctico de habilidad, destreza, conocimiento²⁰⁹.

Ontológicamente, la pericia se sustenta, desde sus orígenes, en que el magistrado no puede conocer todas las ramas del saber humano, y menos aún las científicas²¹⁰, por lo que la pericia, desde el punto de vista práctico, es una colaboración especializada en pro de la correcta decisión judicial. También es un medio de prueba de evidencia indirecta cuyo fin es permitir al juez superar las dificultades que se oponen al conocimiento directo de la causa. En pocas palabras, la pericia como medio de prueba es un auxilio²¹¹ que la justicia procesal otorga al juzgador para su mejor resolver.

5.1.1 Pautas históricas

A manera de reseña histórica y siguiendo a De Santo²¹² podemos decir que en el derecho griego no aparecen antecedentes legales de la pericia.

En Roma, como menciona Bonnier²¹³, no tenía la importancia que ha adquirido en los tiempos modernos ya que antes estaban menos adelantadas las ciencias y artes, y su uso era menos frecuente. Sin embargo, surge como un medio para lograr la convicción del juez y, consecuentemente, sirve de prueba cuando se suprime el procedimiento *de iure* en el que se elegía para cono-

207 Santiago SENTIS MELENDO (*La prueba*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1985, p. 388, nota 82), respecto a esta denominación, hace referencia a la opinión de Claría, quien señala que “no obstante entender que gramáticamente es preferible hablar de peritación, en adelante utilizaremos como sinónimos ambos vocablos por estimarlos técnicamente adecuados para caracterizar este medio probatorio”.

208 BONNIER, Eduardo. *Tratado teórico y práctico de las pruebas en el derecho civil y en derecho penal*. Madrid: Hijo de Reus Editores, 1913, tomo I, p. 155.

209 Vid. NAYMARK y CAÑADAS. *Diccionario Jurídico Fórum*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1948, tomo III, p. 121.

210 PINO CARPIO, Remigio (*Nociones de derecho procesal y comentario del Código de Procedimientos Civiles*, s/l, 1966, tomo II, p. 382) nos dice que “Al juez, fuera de la versación jurídica que necesariamente debe tener, y de la cultura general que precisa que cultive, no se le puede exigir que sea una persona versada en todas las disciplinas ajenas a los estudios de derecho; pues si esto se le exigiera, no se podría tener jueces...”.

211 SENTIS MELENDO, comentando una posición doctrinal, establece lo siguiente: “Me parece fuera de lugar el planteamiento de la cuestión de ‘si el perito es fuente de prueba auxiliar del juez’”. Camelutti (*La prueba civil*, p. 84). También hace una interesante distinción con respecto a la pericia como prueba y el objeto de ésta como fuente de prueba, así: “La pericia o peritación es una prueba que se realiza interviniendo el perito como auxiliar del juez, por faltarle, o poderle faltar, a éste las posibilidades técnicas de realizarla eficazmente. La fuente de prueba la constituye el objeto de la peritación (una cosa o una persona); el medio es la prueba, el examen y las operaciones que el perito lleva a cabo y que se reflejan en su dictamen...” (ibídem, nota 83).

212 *El procedimiento civil*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1987, tomo VII, pp. 9-10.

213 Op. cit., p. 157.

cer de la *litis* a un ciudadano experto²¹⁴ en el asunto discutido, por lo que resultaba inútil y hasta ocioso recurrir al perito.

En el procedimiento *in iudicio extraordinem* el peritaje es admitido y empleado, adquiriendo mayor relevancia en el período de Justiniano. Podemos citar algunos casos típicos²¹⁵: En casos de demarcación de límites (l.8, @ 1., D., finis reg.), el juez debe enviar, a los sitios que se trata de deslindar, agrimensores (mensores) para consignar los hechos, y si hay que constatar el estado de embarazo de una viuda o de una esposa divorciada, vemos (Ulpiano, l. 1, pr, y @ 10, D., de insp. ventr.) que se hacía visitar por tres o cinco comadronas.

En el derecho de los pueblos bárbaros, que asolaron Europa *ex post* la caída del imperio romano, la pericia no tuvo aplicación judicial ya que resultaba incompatible con las costumbres que rigieron en materia de prueba judicial durante las fases étnicas, religiosas y místicas.

En la Edad Media reaparece el peritaje, fundamentalmente en la obra de los prácticos italianos, para determinar los dos extremos de la vida, i.e., el nacimiento y las causas de muerte.

La jurisprudencia francesa²¹⁶ permitió el desarrollo de la prueba pericial, artículo 162 de la Ordenanza de Blois (1579), prescribiendo que las cuestiones relativas al valor de los objetos se decidieran por peritos y no sólo por testigos.

Siguiendo la secuencia histórica, el derecho canónico reconoce el peritaje como un medio apto para comprobar ciertos hechos y esclarecer otros.

5.1.2 *Justificación jurídica y deficiencias técnicas de la pericia*

La pericia como medio de prueba fue creada con el objeto de examinar cuestiones que si bien merecían conocimientos especializados, sólo servían para otorgar al juez elementos de mera convicción. Es decir, permitían, y a la fecha sigue siendo igual, comprobar a través de elementos científicos, artísticos o industriales, cuál es la relación existente entre los hechos controvertidos y el derecho de los justiciables, a fin de obtener una correcta solución a su pretensión.

214 *Non succurritur impericiae artificis, quia unus quisque peritiam praestare debet in arte sua.*- La impericia de un artesano no lo excusa, ya que cada cual debe tener la debida pericia de su arte. Esta nota referencial acerca del aforismo latino citado nos da a entender la utilidad práctica que tenía el auxilio de personas experimentadas, en determinados oficios o artes, para fallar en justicia las controversias judiciales. Cfr. CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio jurídico*. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1976, Nº 3.423 p. 96.

215 Cfr., BONNIER, loc. cit.

216 Loc. cit.

En definitiva, la pericia sirve para ayudar y colaborar con los conocimientos del juez, dejando en claro que no determinan probatoriamente nada, sólo fijan futuras pautas a seguir para permitir una adecuada decisión judicial.

Hoy en día la ciencia ha avanzado considerablemente. A pesar de ello nuestra legislación sustantiva y adjetiva vigente es inadecuada para regular los progresos científicos que, desde su ángulo procesal-probatorio, deben ser regulados por las reglas de la pericia, conforme ha sido siempre entendida. Como tal, este medio de prueba es insuficiente para permitir una decisión acertada, correcta y determinante en casos especiales.

Efectivamente, en nuestros días, y a causa del vertiginoso avance de la ciencia, tanto los procedimientos como las reglas que norman procesalmente la pericia resultan inapropiadas a muchos métodos y aplicaciones científicas que pueden, *per se* y con absoluta certeza, resolver la materia controvertida.

Tanto la falta de seguridad, la poca importancia que se da a la profesionalización de los peritos²¹⁷, los términos para la actuación y presentación del dictamen, la ausencia de responsabilidad por errores o faltas graves en la ejecución del examen pericial y la valoración subjetiva²¹⁸ de éste, convierten la pericia, entre otras causas, más que en una tarea de especialistas, en una simple versión –sin valor alguno– que no se acoge ni contribuye procesalmente a su importancia científica real.

5.1.3 *Renovación de las disposiciones periciales*

Antes de que existiera el texto definido del Código Procesal Civil que iba a reemplazar el de 1911, pensaba²¹⁹ que era necesario crear una institución

217 Es interesante señalar el criterio doctrinal y jurisprudencial citado por Luis A. RODRÍGUEZ (*Nulidades procesales*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1987, pp. 346-347), quien establece, respecto a la idoneidad de los peritos, que "... la falta de título habilitante, cuando la profesión estuviese reglamentada, es causa de nulidad, (...). Sin embargo [continúa el autor en reglón aparte] la jurisprudencia ha estimado que se puede consentir la pericia de quien no tiene título, aunque se pierda el derecho a honorarios. En estos casos –concluye– se trata de una *nulidad convalidable*".

218 El valor o fuerza probatoria del dictamen pericial será *estimada* por el juez, teniendo en consideración: la competencia y habilidad de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las leyes y demás pruebas y, sobre todo, los elementos de convicción que la causa ofrezca. Todo esto vinculado dentro de las reglas de la crítica, esto es lógica jurídica, sentido común, perspicacia y experiencia del juzgador.

219 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Insuficiencia pericial", en *El Informativo*. Lima: Universidad de Lima, Boletín estudiantil publicado por los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, N° 47, semestre académico 1991-II.

procesal probatoria, acorde con la época, que no sólo se nutriera de los descubrimientos de la ciencia para poder resolver las causas controvertidas, sino que se mostrara idónea y se configurara (jurídica y socialmente) con el desarrollo científico, a fin de lograr una colaboración más directa entre las disciplinas técnicas y el derecho.

No podemos aplicar un medio de prueba regulado tan anacrónicamente como la pericia²²⁰ a las situaciones técnicas actuales.

5.2 Medio de prueba a incorporarse: la técnica o experticia

Lo cierto es que cada vez se pueden obtener mayores y mejores resultados probatorios a través de los medios indirectos pero, para su aplicación y ejecución, carecen de un marco jurídico lógico y congruente que le otorguen máxima seguridad en la aplicación de sus resultados.

La situación, entonces, es crear un esquema jurídico adecuado para aplicar satisfactoriamente los resultados obtenidos.

Este nuevo medio de prueba podría llamarse *técnica o experticia*²²¹, caracterizado por testificar un hecho científico incontrovertido, irrefutable y evidente, basado esencialmente en leyes naturales, científicas o técnicas, las que no sólo coadyuvarán con elementos prácticos a la decisión subjetiva del juzgador sino que le otorgarán, además, elementos determinantes para sentenciar objetivamente en base a los mismos (vid. anexo 2).

De lo anteriormente expuesto, se clarifica que la valoración probatoria de estas *técnicas* (que no son otra cosa que una pericia *sui generis*) será de carácter mixto, considerando el juzgador, necesariamente, su validez científica y valorando las demás pruebas actuadas en el juicio.

Esta valoración se da en razón de que el juez no puede sustituir al especialista y entrar a incursionar en campos técnicos o científicos totalmente vedados para el derecho. En estos casos no podemos decir que la palabra del especialista o técnico deba ser considerada *res iudicata*, pero tampoco podemos

220 Perfeccionada jurídicamente a principios del siglo XIX, pero como hemos visto, sus antecedentes prácticos datan de 2.000 años atrás.

221 El Código Civil venezolano le asigna esta denominación, indicando: "Artículo 210.- A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las *experticias* hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandado". El resaltado es mío.

negarle que en gran medida lo sea²²².

Esto es corroborado claramente por Alterini, quien dice que:

“En esto, claro está, no se trata de abdicar en beneficio de los peritos la función jurisdiccional de fallar, sino de acatar las evidencias científicas cuando éstas existan, sin ingenuidad, pero también sin misonerismo”²²³.

La aplicación de la *experticia* o *técnica* será en razón de la necesidad extrema de una regulación jurídica apropiada a los avances de la ciencia, y su justificación se dará en la medida en que es preciso contar con dispositivos procesales modernos, coherentes con nuestra realidad y, sobre todo, comprometidos con los avances técnicos.

5.2.1 Necesidad de la incorporación

Está demás decir que muchos medios de prueba modernos carecen hoy de una adecuada aplicación jurídica y práctica. Esto ha querido ser subsanado por el *sistema de la asimilación*, proponiendo que los medios de prueba no previstos legalmente sean ofrecidos (admitidos y actuados) a través de los taxativamente regulados en la ley. Pero esto tampoco es lo correcto, ya que desnaturalizamos los principios esenciales del sistema probatorio que se sustenta en otorgar la máxima seguridad a cada una de las pruebas presentadas, tomando en consideración sus características esenciales y su relación técnica.

¿Qué pretendemos? Sólo esbozar *in brevis* las limitaciones del sistema pericial y sus incongruencias, dando una alternativa para el establecimiento de un medio de prueba más específico y profesional (con reglas procesales propias) que determine las causas y casos concretos por el hecho incuestionable de la validez de sus resultados, los que de conformidad con las tradicionales normas procesales y costumbres procedimentales no contaban, ni cuentan en la actualidad, con un medio de prueba capaz de otorgarle la seguridad jurídica que merecen, tanto para su ofrecimiento y aplicación como para su correcta valoración técnica.

222 Esto lo sostenemos en nuestra tesis para optar el grado académico de bachiller en derecho y ciencias políticas de la Universidad de Lima, intitulada “Las pruebas heredobiológicas en la determinación positiva de la paternidad”, (Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 128), en razón de que el informe técnico que determina genéticamente la paternidad no puede ser apreciado ni rebatido subjetivamente por el juzgador por el mismo hecho de su certeza absoluta.

223 ALTERINI, Atilio Aníbal. “Cuerpo humano, persona y familia”, en *Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa*. Santa Fe, 1990, p. 308, con referencias interesantes en las notas 35 y 36.

5.2.2 Aproximaciones finales

El esquema aquí presentado se sustenta en un análisis lógico (jurídico y doctrinal) basado en la necesidad exclusiva de renovación y actualización de nuestro sistema probatorio en lo referente a la prueba de evidencia indirecta denominada pericia.

Es de aclarar que muchas de las disposiciones del Código Procesal Civil no cautelan ni resguardan la correcta aplicación ni valoración de ciertas formas de medios probatorios que han de concebirse a través de la pericia. Muy por el contrario, mantiene casi la misma técnica legislativa que el Código adjetivo de 1911 (vid. anexo 3), aclarado que la mayor novedad es la facultad que tiene el juez de valorar personalmente la prueba ofrecida a través de su criterio de conciencia, que no es otra cosa que su propia y única experiencia, la que muchas veces (y en la mayoría de casos) no es suficiente para determinar el sustento jurídico a través de un aporte probatorio netamente técnico.

5.3 Naturaleza jurídica de las pruebas heredobiológicas

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de las pruebas biomédicas. Se ha alegado, por un lado, su característica pericial *sui géneris* y, por otro, el modo de aplicación puramente técnica de la cual goza.

La doctrina (Lledó Yagüe y Pomares García) y la jurisprudencia española (STS. 5 de noviembre de 1987, 21 de abril de 1988, 2 de enero de 1991, 24 de febrero de 1992, 26 de febrero de 1992 y 8 de octubre de 1993) han señalado que este tipo de pruebas tienen carácter pericial²²⁴.

Para nuestro ordenamiento procesal, la pericia, más que una prueba, es un medio para la obtención de elementos probatorios que esclarezcan los hechos controvertidos en el juicio. El dictamen pericial en ningún momento podrá obligar al juez, quien está facultado a valorarlo de acuerdo con reglas de apreciación.

De esta manera, la jurisprudencia española ha determinado que “el juez posee plena libertad en la estimación de las pruebas periciales, de conformidad con los criterios que dictan las máximas de la experiencia y la sana crítica”²²⁵.

224 EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), N° 3, 1995, pp. 48-49.

225 STS 7 de febrero de 1986, 21 de abril de 1988 y 2 de enero de 1991. Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 49, nota 66.

La experticia genética de investigación de paternidad no tiene un lugar específico dentro de la clasificación procesal de las pruebas, sin embargo, mucho tiene que ver con la pericia por el hecho de ser realizada por terceros que gozan de conocimientos científicos, solvencia moral, ajenos al litigio y porque esclarecen al juzgador su razonamiento sobre puntos técnicos. Es por ello que "... las pruebas biológicas (...) constituyen un medio de prueba legítimo en el proceso sobre investigación de la paternidad (STS de 18 de mayo de 1994)"²²⁶, aplicándosele los principios periciales.

Ubicada la prueba heredobiológica dentro del ámbito pericial surge otro problema. La libre apreciación valorativa que hará el juez de ésta de acuerdo con su naturaleza. La afirmación que antecede no puede aplicarse con todo rigor a este tipo de pruebas biomédicas, ya que si bien los expertos (genetistas, hematólogos, biólogos, etcétera) no son quienes dirimirán el resultado de la controversia judicial con el informe que presenten, éste deberá ser valorado jurídicamente de acuerdo con su carácter netamente científico y técnico, en concordancia con las demás pruebas actuadas.

Siguiendo el criterio de Egúsquiza Balmaseda, diremos que:

"... las pruebas biológicas son un medio probatorio más, que el juez valorará a fin de alcanzar la convicción necesaria sobre la filiación que se cuestione. Sólo la contundencia técnica acerca de la verdad biológica le confiere a las pruebas biológicas su singular relevancia. Por ello, aún siendo medios probatorios de igual entidad que los demás, su práctica reviste un especial interés y aportan datos insustituibles"²²⁷.

El juzgador no puede reemplazar al técnico especializado e incursionar en un terreno tan espinoso y vedado para el derecho, como es la transmisibilidad de los marcadores genéticos de generación en generación, desestimando los principios biológicos en los cuales se sustenta el informe pericial. Sin duda alguna (insisto con esta idea), la palabra del especialista que interviene en estas pruebas no puede ser considerada *cosa juzgada*, pero tampoco podemos negarle que en gran medida lo es²²⁸.

226 *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, abril-junio MCMXCVI, fasc. II, p. 1029.

227 EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (I), p. 79.

228 Con acertado criterio, Paulo Lúcio NOGUEIRA (Op. cit., p. 34) señala que la prueba hematológica, cuando excluye el vínculo, tiene valor *perentorio* y *absoluto*, no pudiendo el juez decidir contra ella, fijando así su decisión vinculada a la pericia, dispensando la actuación de pruebas en la audiencia y juzgando anticipadamente.

Fairen Guillén considera el caso de la legislación alemana, en la cual los peritos que intervienen en estas pruebas constituyen un caso de representación del juez²²⁹, quien no puede realizar las investigaciones por carecer de conocimientos técnicos y llegar a un resultado efectivo, por lo tanto, se trata de una relación entre la prueba pericial y la de reconocimiento judicial. En este sentido, concluye que:

“... a pesar de la independencia del juez con respecto a los dictámenes periciales, no es factible que a través de comparaciones llevadas a cabo por él o en vista de resultados parciales del referido dictamen, llegue a una conclusión global opuesta a la de los peritos”²³⁰.

Por otro lado menciona que el perito constituye un auxiliar del juez que suministra a aquél un dictamen científicamente razonado, con un índice de certeza en la exclusión de la paternidad al 100% y de fiabilidad sobre ésta del 99,99%. Estas razones conducen a que sea forzoso ligar al juez o por lo menos impedirle que extraiga fundamentos parciales del dictamen o consecuencias distintas de aquéllas a las que el perito llegó²³¹.

Efectivamente, la técnica genética se convierte en una prueba de indiscutible valor en la decisión judicial. Con ella se demuestra de manera biológica *quién es el padre* o, en su caso, *quién no puede serlo*, lo que producirá de inmediato una valoración absoluta del resultado, determinante al momento de expedir sentencia²³².

Jurídicamente, resulta forzada la valoración y vinculación judicial de la prueba genética en los juicios de investigación paternal. Debemos considerar las leyes biológicas y principios genéticos en los cuales se sustenta la prueba hereditaria de paternidad y relacionarlos con lo poco coherente que resulta la valoración subjetiva que otorga nuestra ley procesal a las pericias en general, sin hacer la distinción o clasificación que requieren estos tipos de inves-

229 Canelutti la denomina sustitución de tercero en la persona del juez para valorar la actividad perceptiva de la fuente probatoria.

230 FAIREN GUILLÉN, Víctor. “La investigación biológica de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal”, en *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, julio-septiembre 1950, tomo III, fasc. III, p. 647.

231 FAIREN GUILLÉN, Víctor. Op. cit., p. 654.

232 En la corriente procesal (Uruguay 1989, Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica 1988, Paraguay 1987, Venezuela 1986, Argentina 1981, Perú, 1992) las pruebas plenas o tasadas ya han sido desplazadas.

El juez tiene mayor poder de decisión para valorar libre y ampliamente los medios de prueba, independientemente de su valor probatorio. El criterio dictaminador del juez se ceñirá a la certeza y eficacia de la prueba, pero será él quien juzgue conveniente (según su correcto y leal entender) el resultado obtenido. Para ello, no sólo será exiguo mencionar la existencia de una novísima prueba, sino que será necesario agotar jurídica y técnicamente su esencia con el objetivo de obtener la *convicción judicial* deseada.

tigaciones técnico científicas.

Con ello, la función judicial no verá mermada su participación directa en la valoración y apreciación de la prueba; muy por el contrario, esto significará desechar esa falta de fe judicial –ya obviada en muchos países– en los resultados de las pruebas heredobiológicas, suministrando una excelente arma probatoria en los controvertidos juicios de filiación.

Es necesario otorgar a la prueba biogenética de paternidad una regulación acorde con sus características, a fin de contar con un medio de prueba eficaz para resolver los problemas de paternidad discutida.

Dada la eficacia en sus resultados, y a sus especiales características, se llegó a determinar que la prueba hereditaria de paternidad era atípica. Es decir, estando considerada expresamente en el Código Procesal Civil, debía ser aplicada de manera especial. Pero ello no es así, pues el medio probatorio atípico es el que sirve para lograr la finalidad de los medios probatorios a través de auxilios técnicos o científicos.

En este sentido, no es una prueba atípica (artículo 193 del Código Procesal Civil). En todo caso, será prueba atípica el informe que un tercero realice sobre la prueba en sí, analizando su resultado o comparándola con los principios científicos.

5.4 **Carácter jurídico**

Según la doctrina procesal, las pruebas pueden ser ordinarias o extraordinarias.

5.4.1 *Prueba ordinaria*

Concretamente, las pruebas biopaternalas son de carácter ordinario o común, es decir, no son obligatorias²³³. Su utilización no es necesaria, exclusiva o preferente. Podemos prescindir de ellas²³⁴, pues la investigación filial impli-

233 “Sólo cuando las mismas no entrañen riesgo o quebranto para la salud del sujeto o bien no quepa extraerse evidencias de paternidad mediante otros medios probatorios, la práctica de la prueba biológica resultará obligatoria. Así lo ha establecido la STC 7/1994, 17 de enero: ‘una vez decidido por el Juzgado que es preciso realizarla (prueba biológica) porque no puede obtenerse la evidencia de la paternidad a través de otros medios probatorios, el afectado está obligado a posibilitar su práctica. No sólo por deberes elementales de buena fe y de lealtad procesal, y de prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), sino por el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE). Deber que puede verse defraudado cuando se niega la paternidad sin razón, con el sólo objeto de eludir las responsabilidades y obligaciones derivadas de la misma”. Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 46, nota 57.

ca un análisis amplio de todas las pruebas existentes, agotándose los medios necesarios.

La biologización judicial de la paternidad no debe tomarse como premisa fundamental ni única. Por sobre todo, estas pruebas deben orientarse, y así utilizarse, al hecho principal.

5.4.2 Prueba extraordinaria

En Italia, la jurisprudencia²³⁵ ha determinado que la prueba biopaternal tiene carácter extraordinario, en otras palabras, es practicable sólo cuando el juez no puede alcanzar de otro modo su convencimiento directo. En todo caso, se presenta como excepcional. Este criterio es limitativo, ya que restringe a los tribunales de una de las herramientas de convicción más certeras en la determinación de la paternidad.

Debe aclararse que la utilización de este tipo de pruebas es especial, lo que implicaría que éstas no deben ser llevadas a cabo en forma indiscriminada.

Su admisibilidad depende de la cautela integral de los derechos que corresponden a los sujetos intervinientes.

Será esencial recurrir a las biopruebas en los supuestos en los que exista prueba preliminar o suficiente (principio de prueba) para admitir la demanda, pero será insuficiente por sí sola para acreditar la paternidad²³⁶.

En Argentina, este sentir legal es consagrado en la ley Nº 23.511 (Ley de Banco de Datos Genéticos), que en su artículo 4 expresa que “cuando fuese

234 “Sólo en el caso de que el juez tenga el convencimiento acreditado por otros medios probatorios de la paternidad, podrá prescindirse de ese tipo probatorio (...) se intenta que el juez adquiera la convicción más plena sobre la veracidad de la paternidad, en la que los criterios objetivos proporcionados por las pruebas biológicas pueden resultar en todo punto fundamentales (STS 7/1994, de 17 de enero).” Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 46.

235 Sentencia de la Corte di Cassazione, 2 marzo de 1976 y 4 marzo de 1960, Cfr. LLEDO YAGÜE, Francisco. “Las pruebas biológicas en los procesos de paternidad”, en *La Ley*. Buenos Aires, 1986, p. 1.075, notas 2 y 4.

236 “En tal sentido STC 7/1994, 17 de enero: ‘en estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación resulta probada por otros medios, ni parece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es ilícito, desde la perspectiva del art. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación’ (F.J. 6.º)”. Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 47, nota 60.

necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable se practicará el examen genético...”.

Esto servirá como un medio para salvaguardar el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas –como las denomina la teoría española– frívolas o torticeras²³⁷.

5.4.2.1 *El principio de prueba*

Lo arriba desarrollado nos lleva directamente al tema del principio de prueba.

Este se sustenta en que, a fin de solicitar o aplicar las pruebas biológicas de paternidad, se requiera una base, un sustento, una motivación que nos lleve a pensar acerca de la existencia de un probable lazo familiar (visos de ser declarada fundada la demanda)²³⁸. Esto, obviamente, ha ido desarrollándose de acuerdo con el criterio de discrecionalidad judicial²³⁹; sin embargo, las decisiones de los tribunales al respecto no han sido unánimes²⁴⁰.

El hecho de que se fomente la bioinvestigación de la paternidad no implica que se vulneren las relaciones sociales existentes, de ahí la exigencia de

237 “En ese mismo sentido la STC 7/1994, 17 de enero, reconoce varias cautelas a fin de evitar reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas frívolas (F.J. 4.º), la segunda, y decisiva, se sitúa en el acto mismo de decidir la realización de las pruebas biológicas. Éstas sólo proceden si no son ‘impertinentes o inútiles’ (art. 566 LEC). Criterio legal, que unido a la trascendencia de este tipo de prueba y a la posibilidad que tiene el órgano judicial de decidir sobre su práctica al final del período probatorio, o incluso después, mediante diligencia para mejor proveer (arts. 569 y 340.3.º LEC), conduce a que la autoridad judicial sólo disponga la realización de pruebas biológicas, cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulte del todo necesario para esclarecer una paternidad posible, no meramente inventada por quien formula la acción de filiación, como ha declarado la Sentencia de casación de 24 de mayo de 1989”. Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 47, nota 59.

238 Domínguez Platas indica que este criterio de principio de prueba servirá como medio para “cernir aquellas demandas que infundadamente pudieran alterar, incluso temerariamente, determinadas situaciones de *paz familiar*” (op. cit., p. 440, nota 10).

239 En el caso Porter –distrito de Columbia– cuya audiencia Frye, durante 20 días, permitió que el juez Kennedy presenciara las “¼ declaraciones de ocho peritos, admitió más de 110 pruebas instrumentales y recibió más de 1.300 páginas de informes. A continuación el juez resolvió no hacer lugar a la admisión de la prueba del ADN ¼” decisión ésta que fundamentó en 93 páginas de exhaustivo análisis. Cfr. LAPIEZA SPOTA, Ángel Hernán: “La real doctrina de la prueba del ADN en la jurisprudencia norteamericana”, en *La Ley*, tomo 1996-A, p. 906.

240 En España, la STS de 3 de junio de 1988 considera suficiente en el escrito inicial la alegación de pruebas que puedan ser corroboradas en la etapa probatoria. En la STS del 3 de diciembre de 1991, ni siquiera se considera necesario que (el principio de prueba) tenga que plasmarse en algún documento acompañatorio, sino que basta que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado, y así poder llevar un control de la razonabilidad de la demanda (loc. cit.).

un principio de prueba con el fin de vincular el principio de veracidad (que corresponde al demandante) con el de seguridad jurídica y estabilidad (que subyace en el proceso).

Con esta orientación Méndez Costa argumenta “que no podría exigirse la prueba hematológica si antes no se ha demostrado por cualquier medio que el hecho de la filiación demandada es posible”²⁴¹.

5.5 Eficacia y aplicación de los resultados genéticos

La utilidad y aplicación de las pruebas biológicas en el campo de la indagación paterna es indiscutida.

Abogados, fiscales y jueces han llegado a la convicción de su valor demostrativo y fehaciente como prueba de descarte y determinación de paternidad, y elemento importante en la contradicción de las presunciones legales del nexo parental²⁴².

Día a día el desarrollo biotécnico de estas pruebas ha ido alcanzando grados de eficacia cada vez mayores y determinantes en la investigación de la filiación, llegando a considerarse como la única prueba de certidumbre capaz de decidir categóricamente el problema del parentesco consanguíneo. Esto no es una cuestión teórica; autores como Simonín, Grosman, Lorenzo de Sánchez y Miranda Romero, así lo corroboran.

Sin embargo, el avance biomédico en esta materia es incesante.

Hoy podemos decir, con toda certidumbre y basados en principios científicos plenamente válidos, que la determinación biológica de la paternidad a través de los marcadores genéticos no es una esperanza futura sino una realidad.

Tanto con el sistema de histocompatibilidad, los polimorfismos cromosómicos y el perfil de ADN se llega a precisar positivamente la relación de consanguinidad.

En Argentina, Aída Kemelmajer sustenta el hecho de que:

“... tanto la prueba del HLA como el ADN son aceptadas por la comunidad jurídica como métodos confiables que integran la categoría

241 Cit. GROSAN, Cecilia P. y ARIANNA, Carlos. “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, en *La Ley*. Buenos Aires, tomo 1992, p. 1194.

242 “... la práctica de una prueba biológica tiene aptitud para destruir una presunción, como se plantea en una reciente *STS de 17 de marzo de 1995*”. (GUZMÁN ZAPATER, Mónica. Op. cit., p. 113).

de las llamadas *pruebas estadísticas*²⁴³.

Más aún, en el caso de la prueba del perfil de ADN que, basada en la transmisibilidad de las características del genoma entre los procreantes y el procreado, se presenta como incontrovertible y con alto grado de efectividad en la determinación de la paternidad. Esto se basa en el hecho de que:

“La posibilidad de que dos individuos sin vínculo biológico entre sí compartan un mismo patrón de bandas es menor a la relación de 1 a 100.000.000.000. Por eso los índices de inclusión o de exclusión que brindan, complementados con otros estudios (...), llegan a alcanzar una certidumbre virtual del 100%”²⁴⁴.

En España, Egúsquiza Balmaseda señala:

“La exclusión de la paternidad, si se desprende del peritaje correspondiente, es aceptada y dictaminada como hecho objetivo de plena contundencia. La prueba biológica positiva de paternidad, se evalúa de acuerdo con los criterios de verosimilitud recogidos en las tablas de probabilidades de Hummel, así como las circunstancias que rodean el caso”²⁴⁵.

Es en la investigación positiva del nexo parental que el derecho debe tomar conciencia y regular su aplicación en beneficio y resguardo de la institución familiar. El sustento jurídico de su aplicación tomará como base los principios genéticos y biológicos técnicamente comprobados que le otorgan la certeza, eficacia y seguridad para su aplicación.

Es más, las pericias genéticas servirán para acelerar o aligerar los juicios, al contarse con herramientas eficaces para indagar la veracidad de los hechos alegados²⁴⁶.

243 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El valor de la prueba genética en el derecho argentino”, en *El derecho ante el proyecto de genoma*. Madrid: Fundación BBV, vol. IV, 1994, p. 175 (con especial mención en nota a pie de página de ÁLVAREZ, Gladys y GREGORIO, Carlos. “Prueba de exclusión o presunción de paternidad”, en *La Ley*. Buenos Aires, 1992-E-253).

244 LEONARDI, Danilo: “El ADN puede colaborar con la administración de justicia”, en *La Ley*. Buenos Aires, 1990-A-934. Cit. ZANNONI, Eduardo. “Identidad personal y pruebas biológicas”, en op. cit., p. 164.

245 EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 49.

246 LEONARDI, Danilo (“El ADN puede colaborar con la administración de justicia”, en op. cit., tomo 1990-A, p. 942) indica que en Estados Unidos se observó que cada vez que se recurre a este tipo de pericia, el jurado tiende a deliberar en menos tiempo de lo usual (en Dallas, el jurado pronunció su veredicto de culpabilidad contra un violador en 22 minutos).

5.6 Valor probatorio de las pruebas genéticas

En lo referente a la admisibilidad jurídico procesal de las pruebas genéticas debe considerarse las tendencias relativas al valor probatorio que representan.

Los informes periciales heredobiológicos en el derecho comparado están orientados en tres tendencias:

- Objetiva.- El informe pericial obliga al juez y sus conclusiones no pueden ser debatidas por el tribunal que conoce la causa. En estos sistemas la admisibilidad de las pruebas genéticas se realiza restringidamente, ya que la solución jurídica de la filiación se sustenta, si bien no en la opinión del perito, en consideraciones extrasociales, es decir, técnicas.
- Subjetiva.- La opinión pericial sólo tiene un carácter informativo e ilustrativo para el juez, quien procederá a valorar la experticia de acuerdo con su libre apreciación y criterio en concurrencia de las demás pruebas aportadas en el proceso.
- Mixta.- El juez considera la validez científica de las pruebas genéticas (tanto de descarte y de determinación de paternidad) como corroboradoras indispensables de las pruebas actuadas en los juicios de filiación. En este caso, el informe investigador de paternidad, presentado y sustentado por los técnicos, tiene un carácter científico y obligará al juzgador a la valoración conjunta de todas las pruebas actuadas.

Esta tendencia, que es la más difundida, se aplica en la actualidad en países como Alemania, Canadá, Estados Unidos y Francia.

Sin embargo, la efectividad de las pruebas genéticas ha llevado a sustentar que la convicción del juez no puede agregar ni quitar nada a las conclusiones periciales, situación ésta que implicaría que los problemas de filiación sean resueltos por los laboratorios y no por el Poder Judicial. Más que cualquier resultado parental genésico el juez debe seguir siendo el *señor de las pruebas*²⁴⁷.

247 “Los laboratorios, por muy buenos que sean, no bastan para decidir los procesos judiciales”. Esta posición es apoyada por Guillermo Freire Falcão de Olivera quien, asimismo, cita el caso de O.J. Simpson en el que el laboratorio determinó que la sangre encontrada en un guante en el lugar del crimen pertenecía al reo, pero se suscitó la duda de que la misma hubiese sido recogida en otra circunstancia, conservada y colocada en el lugar del homicidio para la correspondiente inculminación (vid. FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, Guillermo. “Implicancias jurídicas del conocimiento del genoma” (I), en *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Universidad de Deusto, Nº 6, 1997, pp. 57-58, nota 12).

Existen límites al principio de discrecionalidad frente a la valoración de la prueba, como lo establecen Wagner y Aballe²⁴⁸, quienes citan que la jurisprudencia de los últimos años ha establecido que:

- Para poder apartarse de las conclusiones allegadas por el técnico el juzgador debe dar razones muy fundadas.
- Si bien las normas procesales no acuerdan a la prueba técnica el carácter de prueba legal y le permiten al magistrado formar su propia convicción al respecto, para desvirtuarla es imprescindible valorar elementos que permitan advertir fehacientemente el error o la incorrecta aplicación de los procesos científicos.
- Cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetales y no existe otra prueba de parejo tenor que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor peso, aceptar las conclusiones de aquél.

5.7 El juez y la prueba biológica

Toda prueba debe tener vinculación con los hechos alegados y producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos, a fin de que sea de utilidad para fundamentar sus decisiones. En tal sentido, el juez puede negarse a admitir una prueba si la considera improcedente o ilegal.

Por el contrario, está obligado a su admisión cuando se refiera a los hechos controvertidos y a la costumbre, cuando esta última sustente la pretensión²⁴⁹ (obligatoriedad judicial). En especial sobre este punto, Egúsqüiza Balmaseda menciona que:

“La obligación de alcanzar un grado de certidumbre adecuado, respecto de la paternidad que se pretende, llevó a que la doctrina y la jurisprudencia reconocieran la facultad del Juez para acordar la práctica de pruebas biológicas de oficio”²⁵⁰.

La facultad que de oficio tiene el juez para decretar la bioprueba paternal ha generado un claro y decisivo criterio judicial nacional que, por su importancia, transcribo²⁵¹:

248 WAGNER, Horacio y ABALLE, Rubén. “Límites a la libre valoración de las pruebas científicas”, en *La Ley*, tomo 1996-A, p. 1138.

249 *Principio de pertinencia*, artículo 190 Código Procesal Civil.

250 EGÚSQÜIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 47.

251 Exp. N° 34-96, Sala Civil, Lima. En MARÍA RAMÍREZ, Eugenio. *Jurisprudencia civil y comercial*. Lima: Ed. Grijley, 1997, pp. 221-223.

DICTAMEN FISCAL

Dictamen N° 206-96-MP-FN-FSC

“Es materia del Recurso de Nulidad, la Sentencia de Vista de fs. 1433, que CONFIRMA la Sentencia Apelada de fs. 122-123, que declara FUNDADA la Demanda de fs. 3, interpuesta por doña GLADYS LASTENIA VERA PIEDRA contra don JOSÉ LUIS VALDIVIESO RUIZ, sobre FILIACION, y en consecuencia declara como padre de la menor LALY DAYANA VALDIVIESO VERA al demandado JOSE LUIS VALDIVIESO RUIZ.

De conformidad con el Artículo 337º del Código de Procedimientos Civiles, las partes deben acreditar los hechos que aleguen como fundamento de sus pretensiones. En el caso de Autos, la actora Gladys Lastenia Vera Piedra ha probado suficientemente su pretensión de que la menor Laly Dayana Valdivieso Vera, nacida el 02 de agosto de 1988, es producto de sus relaciones extramatrimoniales con don José Luis Valdivieso Ruiz, con la Relación de Alojados de fs. 14, Carta y Sobre de fs. 15 y 16 respectivamente, Receta de fs. 17, y con los Documentos de fs. 25 a 27 del Expediente Principal. Asimismo, con la Audiencia de Conciliación de fs. 32 a 34, del Expediente Acompañado sobre Alimentos, en donde el demandado Valdivieso Ruiz admitió que frecuentaba y que se alojó con la demandante en la Habitación N° 403 del Hotel “Astur”, del Cercado de Lima. Debe tenerse en cuenta la Carta Notarial de fs. 21 del referido Expediente Acompañado.

Es necesario resaltar las contradicciones en que ha incurrido el emplazado en la Diligencia de Confesión de fs. 43 de estos autos, en la que negó haber sostenido relaciones con la actora. Sin embargo, en la Audiencia de Conciliación de fs. 32 a 34 del Expediente Acompañado sostuvo inicialmente que conoció a la demandante, en 1976, presentada por un amigo mutuo y que la volvió a ver en dos o tres oportunidades como máximo, para más adelante admitir que la llegó a frecuentar más y que, inclusive, la visitó varias veces en su domicilio.

Por lo expuesto, la Fiscalía Suprema en lo Civil, es de Opinión que se declare NO HABER NULIDAD en la recurrida.”

Lima, 03 de setiembre de 1996

Dr. Miguel Aljovín Swayne

Fiscal Supremo en lo Civil

RESOLUCION JUDICIAL

Lima, once de octubre de mil novecientos noventa y seis

“VISTOS; con los acompañados; con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo; y CONSIDERANDO: que el juzgador está facultado de acuerdo con el artículo trescientos cuarenta del Código Procesal Civil, aplicable al caso de autos, para adoptar las medidas que estime convenientes para obtener el total esclarecimiento de la verdad de los hechos y emitir un adecuado pronunciamiento a las exigencias

de la ley; que la prueba del 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; declararon NULA la sentencia de vista de fojas ciento cuarentitres, su fecha seis de junio de mil novecientos noventicinco; DISPUSIERON; que la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima, expida nuevo fallo, debiendo previamente ordenarse la realización de la prueba de ADN a don José Luis Valdivieso Ruiz y la menor Laly Dayana Valdivieso Vera, por cuenta y costo del demandado y debiendo designarse los peritos médicos para el efecto; en los seguidos por doña Gladys Lastenia Vera Piedra con don José Valdivieso Ruiz, sobre filiación; y los devolvieron”.

SS. RONCALLA/ROMAN/VASQUEZ/ECHEVARRIA/FERNANDEZ.

Con similar posición, la jurisprudencia brasileña ha establecido que, habiendo elementos suficientes para el convencimiento del juez respecto de la paternidad objetiva en la acción de investigación, es necesario el examen hematológico HLA, evidenciándose que el supuesto padre es el portador del fenotipo raro²⁵².

5.8 Las partes y la prueba biológica

La aplicación de la prueba genética suscita sendas cuestiones de carácter procesal, sea en lo referente a su admisibilidad, eficacia y obligatoriedad a su sometimiento.

Es en este último aspecto que las implicancias directas con el órgano jurisdiccional que conoce la causa y con las partes que discuten el nexo biológico determinan efectos jurídicos trascendentales.

5.8.1 Obligatoriedad de las partes

Éste es el punto de mayor importancia en la aplicación judicial de las pruebas biológicas.

El sometimiento de las partes a las experticias en estudio motiva innume-

252 TJSP, 6ª. Cám. Civ., v.u., j. 1ª-8-1985, RT, 602:82, Cfr. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Op. cit., p. 77.

rables problemas de orden jurídico, que van desde los derechos y garantías constitucionales hasta la valoración de la negativa de parte para esclarecer el nexo biológico.

Respecto de la obligación de las partes a someterse al examen heredobiológico, existen tres teorías doctrinales, muy bien definidas, que tratan sobre la relación jurídica de la conducta de parte frente al valor justicia para investigar la paternidad: La teoría de la potestad de la prueba, la teoría del fin supremo justicia y la teoría de los derechos de la persona.

5.8.1.1 Teoría de la potestad de la prueba

Se apoya en el principio procesal de que ningún litigante debe ser obligado a proporcionar medios de prueba a la contraparte (*derecho a la tutela efectiva*).

En este caso, sustentan la validez de negarse al sometimiento de la pericia genética para investigar la paternidad, ya que ello sólo beneficiaría a su adversario (*nemo tenetur edere contra se*, nadie está obligado a ir contra sí suministrando prueba al contrario).

Sobre este punto cabe mencionar que las legislaciones favorecidas con la investigación biológica de la filiación no verán restringida su facultad de pedir el sometimiento al examen hematológico a la contraparte, ya que debemos estimar que en estos casos, conforme lo señala Díaz de Guijarro:

“... no hay porqué temer violada la máxima *nemo tenetur edere contra se* pues la creación de la relación jurídica procesal determina, para las partes, el deber de decir la verdad y la obligación de comportarse lealmente en el juicio”²⁵³.

El sustento de esta teoría no ha tenido mayor connotación jurídica, pues la prueba sirve para determinar y comprobar lo alegado por las partes, independientemente del modo y técnica utilizada.

5.8.1.2 Teoría del fin supremo justicia

La obligación de participar activamente y colaborar en el proceso judicial es un acto inherente a toda persona, por la razón de vivir en un Estado de derecho y con sujeción a las normas del orden jurídico.

Es principio elemental el esclarecimiento de la verdad, por lo que los li-

253 DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. “Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos”, en *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, julio 1947-III, p. 217.

tigantes deben contribuir personalmente en su descubrimiento. Esta cooperación al sistema judicial es uno de los deberes fundamentales del ciudadano y se cumple mediante la participación para descubrir la verdad con relación a las controversias que han sido expuestas en el litigio.

Ésta es la posición indicada por la Cámara 1a. Civil y Comercial de Bahía Blanca, Argentina (Sala 1, 27-12-91), en el sentido de que:

“... el sometimiento a las pruebas viene a constituir para el demandado no sólo un imperativo ético y legal, en cuanto le compete colaborar con lealtad al juzgador, sino –y aún más– una carga ineludible en su propio interés”²⁵⁴.

El sometimiento a las pruebas genéticas ordenadas por el juzgador para investigar la paternidad es una *colaboración obligatoria* y que de ningún modo atenta contra la libertad individual, en razón de que las técnicas de paternidad son sencillas y no implican una violación a los derechos. Quien alegue tal restricción estaría cometiendo un abuso de derecho.

El demandado no está *obligado* a prestar su cuerpo, pero sí tiene la *carga* de hacerlo porque si no lo hace su negativa constituirá una de las pautas para juzgar circunstancialmente la situación de hecho²⁵⁵.

Por sobre todo está el valor justicia y el esclarecimiento de los hechos, más aún tratándose de indagar una filiación que es el sustento de un derecho natural: conocer quién es nuestro padre biológico. En todos estos procesos, lo que se busca no es la defensa de los progenitores sino el reconocimiento de los derechos del hijo²⁵⁶.

Dentro de esta teoría se considera necesario el establecimiento legal de la obligatoriedad al análisis biológico, con el fin de que el juez tenga la facultad y el marco jurídico adecuado para deducir de la negativa conclusiones en contra de quien se resiste.

Oponerse, indica acertadamente Egúsqüiza Balmaseda, “a la práctica de una prueba de ese tipo revela ‘una falta de solidaridad y colaboración a la administración de justicia para determinar derechos a terceros, (...) ciertamente lamentable si se tiene en cuenta el elevadísimo índice de fiabilidad respecto a la determinación positiva de la paternidad en cada caso concreto’ (STS 6 de junio de 1991)”²⁵⁷.

En sentido par, la jurisprudencia argentina ha indicado que “... la actitud

254 Cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Nº 5, p. 377.

255 Cit. ZANNONI, Eduardo. “Identidad personal y pruebas biológicas”, en op. cit., p. 170, nota 20, refiriendo el voto de Cifuentes en el fallo de la Cám. Nac. Civ., sala C. 22-10-93, E.D.157-270.

256 España, STS de 6 de junio de 1991.

257 EGÚSQÜIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 55.

renuente del demandado en el juicio de filiación a someterse a la prueba biológica es un elemento sustancial para presumir la paternidad que se indaga, ya que, salvo supuestos excepcionales, cuando se discute el estado de familia de una persona no es admisible la actitud omisiva de esa índole, la que *sólo puede responder al deseo de privar al juez de un elemento de convicción sobre hechos sucedidos*²⁵⁸.

Una forma indirecta de que la prueba biológica de paternidad sea obligatoria es el establecimiento de una presunción en caso exista una negativa a su sometimiento. Indiscutiblemente, un gran sector de la población –pro defensa de la niñez y de la familia– alega vivamente la obligatoriedad legal a los exámenes biológicos, es decir, propugnan una forma directa y expresa, reconocida por la ley, para que las pruebas de paternidad tengan el carácter de obligatorias.

5.8.1.3 Teoría de los derechos de la persona

Sostiene que a nadie puede obligársele (menos compulsivamente) a un examen biocorporal, en razón de la existencia de derechos personales²⁵⁹.

Y es que la voluntad es decisiva en la práctica de las pruebas biológicas. Lo contrario implicaría, en inicio, la transgresión de los derechos de la persona. Por ello, podemos negarnos al sometimiento de los exámenes *in corporis manu militari* ya que importaría un menoscabo de nuestros derechos fundamentales.

Si bien estos planteamientos benefician a los litigantes de mala fe, que ocultan y resguardan su responsabilidad paternal en los principios constitucionales de libertad humana y de la inviolabilidad de la persona, debe considerarse que el impedimento para actuar la pericia reside en la coacción o compulsión al sometimiento de ésta.

Sin embargo, los argumentos antes mencionados no son del todo válidos al estar de por medio un interés de carácter preferente, cual es que todo sujeto tiene derecho a conocer quién es su padre²⁶⁰.

Los derechos de la persona se ven afectados por el propio acto de intervención, no importando el resultado que éste arroje. Sea negativo o positivo,

258 Cámara Nacional Civil, Sala F, 24-8-92, *Cit. Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Nº 3, p. 391 (el resaltado es mío).

259 Estos derechos son sagrados, no surgen ni provienen de una ley escrita: *Jus hominis in se ipsum* o *potestas in se ipsum, Jura personarum* (Cfr. GATTI, Hugo E. “Los grupos sanguíneos y la prueba de la filiación natural”, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Lima: Ed. Revista de Jurisprudencia Peruana, julio 1954, año XII, Nº 126, p. 798).

260 “En tal sentido, se recoge la argumentación vertida por la sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de enero de 1994 (FJ 3º): ‘La resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los

el daño a los derechos está dado, pero se toma en cuenta el *interés superior del niño* (artículo VIII del Código de los Niños y Adolescentes) o *mejor interés del niño*²⁶¹.

En la fase probatoria del proceso, los derechos de las partes pueden verse seriamente afectados por una acción de investigación de la paternidad; es más, cualquier acto realizado contra la voluntad humana atentaría contra sus facultades inherentes.

derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, cuando reúne los requisitos delineados por nuestra jurisprudencia al interpretar los artículos 18.1 y 15 de la CE:

A) Primero, consistir en una intromisión en el ámbito protegido del ciudadano que no es, por sí sola inaceptable (STC 37/1989, FJ 7º y 8º, *in fine*). Es indudable que no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la Medicina, en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye *per se* una injerencia prohibida (STC 103/1985, FJ 3º). Y la extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo con la STS de 14 de noviembre de 1987, no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona (ATC 221/1990, FJ 3º).

B) En segundo lugar, debe existir una causa prevista por la ley que justifique la medida judicial de injerencia. En este caso, no solamente el artículo 127 del Código Civil da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas de investigación de la paternidad e inscribe esta prescripción en la idea de 'protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación'. Lo cual conecta directamente con el artículo 14, en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento. Y, la Constitución establece directamente un deber. Los padres deben presentar asistencia de todo orden que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa, en primer lugar, de los intereses de los hijos, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como doctrina del Tribunal Supremo. Así pues, las resoluciones judiciales que disponen la investigación de la filiación sirven directamente fines constitucionales; y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando ésta es desconocida.

C) En tercer lugar, las pruebas biológicas en la medida en que conllevan la práctica de una intervención corporal tan solo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos.

D) En ningún caso puede disponerse por el Juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud. En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales debe efectuarse por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos.

E) Por último, la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989, FJ 7º, 3 y 8., párr. 3 a 5). Ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial". Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 56-57, nota 81.

261 La Constitución Política colombiana detalla:

"Artículo 44.- Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

1) *Derecho a la integridad*

La integridad es la característica propia, el contexto corporal y funcional que como sujeto de derecho le corresponde al ser humano. Su finalidad es proteger al hombre como un *todo*.

Mediante este derecho se determina la protección de la estructura corporal (integridad física), psicológica (integridad síquica) y social (integridad moral) de la persona humana. De allí que sean contrarios todos aquellos actos tendentes a la vulneración de la corporeidad (*latu sensu*).

Existen casos en los que la integridad cede el frente a casos concretos como son los actos de libre disposición del cuerpo humano y exámenes médicos o quirúrgicos²⁶².

Por criterio discrecional, carecemos de norma que obligue *manu militari* la práctica de pruebas biológicas para indagar la paternidad, de manera tal que la obligatoriedad es meramente enunciativa, es decir, no puede ser conminada su ejecución²⁶³.

La Comisión Europea de Derechos Humanos (decisión del 13 de octubre de 1989) indicó que “una intervención tan banal como un examen de sangre no constituye injerencia prohibida por el art. 2.1 del Convenio Europeo”. En tal caso, no es dable considerarlo como un ataque al derecho a la integridad; de serlo, la repercusión sería mínima²⁶⁴ pues, al ejercerse cierto grado de violencia para obtener muestras o fluidos corpóreos, la repercusión es ínfima en comparación con los intereses superiores que emanan de la determinación del origen filial y de la identidad²⁶⁵.

Es más, no producen daño físico o moral alguno²⁶⁶.

Por así referirlo, estos tipos de exámenes equivalen a un análisis común de laboratorio que nada tiene de humillante o degradante, por el contrario, na-

262 “Toda persona puede rehusar someterse a examen o tratamiento médico o quirúrgico, salvo disposición legal o judicial que establezca su obligatoriedad por razones de orden público, dentro de los límites del respeto a la persona humana”. Éste era el encabezamiento del actual artículo 11 del Código Civil de acuerdo a la Propuesta de la Comisión Revisora (Carlos Fernández Sessarego, 22 de noviembre de 1983). En similar redacción, el Proyecto de la Comisión Reformadora (1981) y Anteproyecto de la Comisión Reformadora (Carlos Fernández Sessarego, 1980). Cfr. REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Op. cit., parte I, tomo I, pp. 18-19.

263 En España existen decisiones judiciales en el sentido de la no obligatoriedad, como la STS de 21 de mayo de 1988, SSTS 27 de junio de 1987, 23 de setiembre y 3 de diciembre de 1988 y 18 de mayo de 1990, Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), pp. 57-58.

264 En este sentido LLEDO YAGÜE y RIVERO HERNÁNDEZ.

265 La profesora argentina Kemelmajer alude a “... la prioridad que la mayoría de los tribunales constitucionales dan al derecho a la propia identidad sobre el derecho del presunto padre de no prestar su propio cuerpo para practicar la prueba biológica”. Para sustentar esta posición menciona sus pronunciamientos como juez de la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, en sentencia del 29/8/1995, CLM publicada en *La Ley* 1996-B-547, con nota

die duda de que la extracción mínima de sangre es un proceso inocuo, indoloro y atraumático, por tanto legalmente admisible.

Por otro lado, y como es conocido, el recojo de material genético con las modernas pruebas de paternidad no requieren necesariamente la extracción de sangre, pueden realizarse con saliva o específicamente con las células epiteliales de la boca (estropajo bucal), raíz de cabello o con fragmentos de uña, siendo éstos lógicamente menos ofensivos²⁶⁷.

A pesar de ello, existen casos en que prima la integridad, por lo que el derecho del hijo a conocer su origen biológico cede justificadamente (vid. Justificadas, infra 5.11.1.1).

Estudio especial, en materia del derecho a la integridad, ha merecido en la doctrina la valoración jurídica de la *inspectio corporis* (análisis corporal) y su relación con el *jus in se ipsum* (derecho sobre sí mismo) en el sentido de que, al ser el hombre dueño y ejercer dominio sobre su cuerpo, no cabría la ejecución de prácticas que alteren dicho señorío corpóreo si es que no se cuenta con la autorización respectiva. Como tal, el *jus in se ipsum* es el derecho personalísimo que tiene una persona para disponer de su propio cuerpo, impidiendo, en razón de objeción de conciencia, pudor, prejuicios, sensibilidad o cualquier otra justificación, un menoscabo de su intimidad personal.

No obstante, para fines de la averiguación filial se ha tendido una corriente que declara la *inspectio corporis necessarie*, facilitando y admitiendo la realización (cuasi impositiva) de los exámenes sanguíneos.

2) *Derecho a la libertad*

La libertad es la “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una

de Jorge A. Mazzinghi (h): “Negativa a colaborar con la investigación de la paternidad y la indignidad sucesoria”, también en ED 167-299, con nota de Osvaldo O. Álvarez, derecho a la identidad y renuncia paterna a la prueba hematológica; en *Doc. Judicial* 1996-I-1120 y en *Revista del Foro en Cuyo* 21-299 (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil y Procesal Civil”. Lima: Universidad de Lima, octubre de 1997).

266 La STS del 03 de diciembre de 1988 (Cfr. *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 9295) ha descartado que la extracción de sangre pueda comportar una agresión contra la integridad física o moral de aquél contra quien se dirigen los medios de prueba.

267 Freire Falcão de Olivera indica que en “el derecho inglés y el derecho australiano del estado de Victoria consagran la distinción entre las partes del cuerpo ‘estrictamente personales’ (taxativamente mencionadas, entre las que se encuentra la sangre) y ‘no estrictamente personales’. No pudiendo realizarse una recogida forzada en las primeras, pero sí en las segundas (que parecen ser, por exclusión, los cabellos y las uñas)” Cfr. op. cit. “Implicancias jurídicas del conocimiento del genoma” (I), en: op. cit., p. 59, nota 15.

manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”²⁶⁸. Jurídicamente, la libertad se vincula con el derecho a la autodeterminación y con el derecho a decidir libremente.

Se ha determinado, casi unánimemente, que el derecho que más resulta lesionado con la aplicación de las pruebas biológicas es la libertad personal, en el sentido de que a toda persona le corresponde la facultad de oponerse a la ejecución de aquello que sea impuesto sin fundamento legal.

La jurisprudencia española (tanto del Supremo como del Constitucional) se ha manifestado contraria a la imposición coercitiva de la prueba, defendiendo extensamente la libertad individual.

La obtención de una prueba contra la voluntad del sujeto implica una violencia, una fuerza para lograr las muestras necesarias. La *vis absoluta* califica primariamente esta prueba como ineficaz²⁶⁹.

Con este criterio Eduardo Zannoni indica que:

“Por respeto a la libertad individual, se ha afirmado el criterio según el cual no cabe ejercer compulsión física sobre la parte que se niega a someterse a tales pericias... No obstante, la negativa es uniformemente considerada presunción en contra de la tesis que en autos sostiene la persona que se niega a someterse a los estudios y pruebas científicas”²⁷⁰.

Esta clara tesis lleva a considerar que si bien la voluntad y el consentimiento son la esencia para la validez de una prueba, es preciso valorar la conducta del sujeto a efectos de proteger los derechos que están en juego, en este caso, la libertad personal y el derecho a conocer la identidad de su progenitor.

3) *Derecho a la intimidad*

La vida del ser humano es reservada. En ella se reúnen diversos aspectos (personal, familiar y laboral, entre otros) que, dado su contenido, pertenecen exclusivamente a su titular. Por ello, nadie tiene facultad alguna de conocerlos ni divulgarlos, por lo reservado de éstos. Esta prerrogativa es el derecho a la intimidad.

Como derecho permite la reserva, el secreto; propiamente, nuestras co-

268 Real Academia Española. Op. cit., p. 1252.

269 Código Procesal Civil:

“Artículo 199.- *Ineficacia de la prueba.*- Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno”.

270 *Derecho de familia*. Op. cit., tomo II, p. 460.

sas. La intimidad es la vigilia a la vida privada del ser humano, el estar libre de intromisiones con el fin de que se nos deje vivir tranquilos y en paz, sin mortificaciones; con nuestras virtudes y defectos. Es el control y disposición de nuestra información que en pensamientos, datos, experiencias y estructura biológica poseemos (autodeterminación informativa).

Como parte de la vida interna o del conocimiento individual, el derecho a la intimidad tiene ámbitos de aplicación como la vida interna (pensamientos, creencias, ideas), la relación (familia, compañías, círculos frecuentados), la comunicación (correspondencia, memorias) y la representación (imagen y voz).

Actualmente ese mundo interno del hombre merece una cautela y seguridad especiales con respecto a la información contenida en su código genético y en sus genes ya que, por ejemplo: a) la forma como ha sido procreado, b) su estructura genética, c) los resultados que se obtengan de los análisis realizados y, d) las prácticas médicas a las que se ha sometido no pueden ser reveladas. Y es que, justamente, el derecho a la intimidad protege consideraciones que le interesan a un solo sujeto, y a nadie más.

La intimidad es otro de los derechos recurridos para justificar la negativa a los exámenes biocorporales de paternidad, pues se vulnera a través de los actos de indagación (intromisión) y puesta en conocimiento público (divulgación).

El patrimonio personal del sujeto se ve afectado al descubrir sus datos biológicos o de herencia genética (intimidad genética)²⁷¹.

La gran mayoría de pronunciamientos del Tribunal Supremo español se inclinan por la inafectación al derecho a la intimidad, incluso no puede considerarse inconstitucional.

Como aclara Guzmán Zapater²⁷², la investigación de la paternidad puede atentar contra el derecho a la intimidad de las personas y familias afectadas con la indagación. Si bien es cierto que el derecho a la intimidad se extiende también a “determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación”²⁷³ y que también constituye una intromisión en la intimidad personal desvelar el origen adoptivo de una persona (STC 197/1991), la respuesta más contundente la dio el pronunciamiento

271 “La base que justifica este planteamiento ha sido el reconocimiento jurisprudencial que dentro del ámbito de la intimidad debía ser incluida la protección de datos o aspectos personales que no son vida o vivencia personal, pero que indudablemente pertenecen al más estricto ámbito personal del sujeto. En tal sentido, la STS de 13 de marzo de 1989, en la que se debatía la difusión a través de una agencia de noticias la conformación cromosómica de una atleta que afectaba su femineidad, sostuvo que el patrimonio que comprende la intimidad personal se encuentra también integrado por los aspectos caracteriológicos o biológicos que comprende el ser de una persona”. Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 61, nota 94.

272 Op. cit., pp. 96-97.

del ATC 221/1990 al contraponer el “*interés social* y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad ... que trasciende a un derecho de naturaleza estrictamente *individual*, como es el de la intimidad personal, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial”; asimismo el fallo del ATC 103/1990, en el que se afirma que la tutela del derecho fundamental a la intimidad no puede convertirse en un “límite infranqueable a la actividad probatoria y a la investigación judicial de la realidad subyacente en el litigio planteado”.

Indiscutiblemente, hablaríamos de una lesión a la intimidad si las muestras se obtienen sin el consentimiento, autorización o conocimiento²⁷⁴ del interesado.

Los engaños y argucias para el sometimiento, así como el ocultamiento o divulgación de los resultados de las pruebas, le restringen efectividad y dejan libre la esfera del sujeto analizado para hablar de un atentado directo contra sus derechos, en especial la intimidad.

4) *Derecho al honor*

El honor es un crédito moral que se configura a través del cumplimiento de nuestros deberes. Es, en pocas palabras, lo que permite la sociabilización de la persona. Su vulneración se da, en nuestro estudio, por la exigencia al sometimiento a las pruebas biológicas, la repercusión que genera la información

obtenida o el uso indebido de ésta. De manera tal que los efectos repercuten contra el sentimiento propio (honra), estado de honestidad (pudor), la reserva de vida (recato)²⁷⁵ y el reconocimiento social (reputación) de la persona in-

273 En España, el Tribunal Constitucional afirmó en STC 231/1988 referida a la penosa divulgación de las últimas imágenes de la vida del torero Paquirri en la plaza de toros de Pozoblanco y el derecho a la intimidad de su viuda.

274 En España se ha determinado que: “... la práctica de las pruebas genéticas en la identificación de la persona no puede decirse que ataque la intimidad de ésta, ya que si bien es cierto que es posible realizar intromisiones legítimas en la esfera de la intimidad y que puede admitirse una prueba, como la biológica, que afecte a tal derecho; sin embargo, con arreglo al principio de proporcionalidad de sacrificios, es preciso que existan otras pruebas e indicios que justifiquen una intromisión en la intimidad para obtener una prueba adicional. No se puede acordar una prueba que represente una intromisión en la intimidad como prueba única, tampoco se puede compeler a la práctica de dicha prueba, sino mediante la advertencia expresa de las consecuencias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta pueda hacerse con los indicios ya existentes (vid. fundamentalmente auto Nº 103/1990 y auto Nº 221/1990 del Tribunal Constitucional).” Cfr. LLEDO YAGÜE, Francisco. “La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicancias jurídicas”, en *El derecho ante el proyecto genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV, p. 37.

tervenida.

Éste es el argumento esgrimido en defensa del derecho al honor frente a la investigación de la paternidad.

Por su parte se alega que el probable atentado irrogado a este derecho está dado básicamente en el entorno social, al ponerse al descubierto relaciones sexuales extramatrimoniales y el nacimiento de un hijo como consecuencia de éstas.

Los efectos son mayores si la persona a la cual se indagó biológicamente es casada o es personaje público.

5) *Derecho a la igualdad*

Este derecho está relacionado con la libertad y contrapuesto con la discriminación. Su fundamento se circunscribe en la prohibición que el derecho impone frente a las diferencias existentes entre y hacia las personas.

El análisis correspondiente a la investigación paterna y este derecho debemos realizarlo alegando que si bien existe una igualdad entre los hijos, ésta es limitada pues en temas como determinación parental no se da. Así, tenemos que los matrimoniales gozan de una presunción legal *pater est*, mientras que los extramatrimoniales carecen de relación preestablecida, por lo que extraer una aproximación a la vinculación filial frente a la negativa al sometimiento de la prueba biológica es tender al fortalecimiento del derecho a la igualdad entre los hijos.

6) *Derecho a la tutela judicial efectiva*

Este derecho se vincula con la administración de justicia y la facultad que tiene la persona de gozar de una adecuada solución jurisdiccional frente a sus problemas, partiendo del principio de que las partes tienen el deber de colaborar y actuar de buena fe, así como el juez encargarse adecuadamente del proceso.

Los argumentos en pro de este derecho han sido de los más variados, tenemos algunos por citar:

- El derecho que asiste a todo sujeto de no declarar contra sí mismo (*principio de no autoinculpación*)²⁷⁶. En los procesos judiciales, las

275 EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles (op. cit., II), p. 61, nota 96) abunda sobre el tema del pudor y el recato: STC de 17 de enero de 1994, “no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas (...) la extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo con la STS de 14 de noviembre de 1987, no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona”.

partes no sólo son titulares de derechos sino también sujetos de obligaciones y cargas²⁷⁷.

- La negativa puede implicar un fraude de ley²⁷⁸.
- Es un abuso de derecho²⁷⁹.
- Es una falta de colaboración con la administración de justicia.
- La negativa a la práctica de pruebas biológicas no supone, *ab initio*, una *ficta confessio* ni será una *ficta pericia*.

En particular, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse afectado de diversas maneras de acuerdo con los intereses de las partes, teniendo que:

- En el demandante, si no procede investigar la verdad biológica a partir de medios de prueba indirectos y tiene lugar la negativa de la parte demandada a la prueba biológica, obstaculizándose la continuación del proceso²⁸⁰.
- En el demandado, si es sometido compulsivamente a exámenes biológicos.

276 En el tema, Germán BIDART CAMPOS (“La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Revista de crítica y análisis jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica Editores, año III, Nº 5), adelantando la soledad de su posición constitucional, establece:

- No estar obligado a declarar contra sí mismo es un derecho constitucional que significa también no estar obligado a prestar su propio cuerpo.
- Prestar el cuerpo requiere inexorablemente el consentimiento con plena voluntad y libertad.
- Al no poderse obligar al sometimiento de la prueba, tampoco puede constitucionalmente ordenarse vía judicial que se practique contra la voluntad y mucho menos coactivamente.
- La negativa al sometimiento no puede ser usada como un reconocimiento ficto de la filiación, ni como presunción en contra de quien rehusó la prueba, ni como elemento adicional a acumularse indiciariamente con otras pruebas rendidas en juicio.

277 Como aclara EGÚSQUIZA BALMASEDA (op. cit., (II), p. 65, nota 105) “En tal sentido la STS de 15 de marzo de 1989, que recoge doctrina ya asentada en la del 14 de julio de 1988, plantea que no hay que olvidar que si la persona de la que se postula el reconocimiento de la paternidad es sujeto del proceso es, a su vez, el objeto del proceso y, en última instancia, el cuerpo humano pasa a ser objeto de la prueba pericial sobre la que ha de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropológicas, cuya negativa por parte del sujeto de someterse a ellas conculcaría la declaración programática del artículo 39.2 *in fine* de la Constitución”.

278 “Mantener a ultranza el derecho individualista a negarse a las pruebas biológicas supone un fraude a la ley y un ejercicio antisocial del derecho” Fallo cit. por GROSMAN, Cecilia y ARIANNA, Carlos. “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, en *La Ley*. Buenos Aires, 1992-B-1193.

279 Concordantemente, loc. cit.

280 Es el motivo básico del recurso ante el Tribunal Constitucional español de una sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que dio lugar a la importante STC 7/1994, FJ 6 y 7 por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Vid., asimismo, ATC 221/1990, CD 6 y FJ 6.

5.9 Defensa legítima de los derechos en la investigación de la paternidad

Del análisis de estos derechos de la persona vemos que en contraposición, o como defensa de la filiación, saltan otros derechos como son la identidad, el derecho a conocer el propio origen biológico, la dignidad, el derecho a la investigación de la paternidad, el derecho a ser procreado y nacer dentro de una familia, el reconocimiento especial a la individualidad biológica y el derecho a la salud psíquica y social.

Y es que, en el derecho de familia "... exige desplazar, si fuese necesario, el interés del individuo frente al del grupo familiar, núcleo básico de la sociedad"²⁸¹ es más, en la filiación subyace, prevalece y está en juego el interés social dominante que implica, a través de las acciones correspondientes, atribuir un nombre, asegurar un vínculo sucesorio y, por sobre todo, consolidar la obligación alimentaria.

Debe aplicarse, entonces, criterios de proporcionalidad o la denominada teoría del *balancing*, a efectos de salvaguardar el derecho de mayor relevancia, que en este caso es, sin duda, la identidad. En definitiva, la colisión entre el principio de la verdad biológica y cualquiera de estos derechos enunciados potencialmente afectados ha de resolverse conforme al método de ponderación triple, esto es: respeto al contenido esencial del derecho fundamental, legitimidad y proporcionalidad de la medida²⁸².

En muchos casos, la defensa de los derechos fundamentales va a ser alegada o utilizada con una finalidad contraria a su esencia a efectos de desvirtuar la acción principal, cual es la determinación de la paternidad. En estos casos es necesario entablar una correcta relación entre la pretensión, el medio de prueba ofrecido y los intereses en juego.

Esta evaluación entre la pretensión y la alegación de parte en defensa de sus derechos "debe venir *motivada* y, en *cada caso*, basada en el principio de la *proporcionalidad* entre la intromisión/agresión y la necesidad y finalidad perseguida con ella, respetando siempre el *contenido esencial* del derecho

281 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "Derechos humanos, derecho comunitario, derecho constitucional y familia", en loc. cit. Aclara, asimismo, que demostrativa de la aplicación de esta pauta "... fue la legislación civil que vedó la investigación de la maternidad si la finalidad de la acción era atribuir un hijo extramatrimonial a una mujer casada; la conciencia social de entonces imponía que era preferible mantener la paz de la familia legítima, aunque un menor quedase sin filiación reconocida".

282 Así lo afirma el TC en los AATC 103/1990, FJ 4 y 221/1990, FJ 3, Cit. GUZMÁN ZAPATER, Mónica. Op. cit., nota 157.

fundamental afectado”²⁸³.

Así lo ha entendido la legislación francesa que desde su proyecto de ley relativo al cuerpo humano²⁸⁴ estableció que:

“Artículo 27.- En materia civil, la identificación de una persona no puede ser objeto de investigación sino en casos de *resolución motivada por el juez* orientada a establecer o contestar la filiación, sea para la obtención o supresión de subsidios todo ello con acuerdo expreso del interesado”. (El resaltado es mío).

Asimismo, en su ley N° 94-653²⁸⁵ relativa al respeto del cuerpo humano, mediante la cual los franceses incluyen un capítulo a su Código Civil denominándolo *Del estudio genético de las características de una persona y de la identificación de una persona por sus huellas genéticas*, consideran que:

“Art. 16-11.- La identificación de una persona por sus huellas genéticas no puede ser realizada más que en el marco de medidas de investigación o de instrucción dirigida en un procedimiento judicial o para fines médicos o de investigación científica.

En materia civil, *esta identificación no puede ser realizada más que en el caso de una medida de instrucción ordenada por el juez* de una acción tendente al establecimiento o a la contestación del vínculo filiatorio ya sea para la obtención o la supresión de los subsidios correspondientes. El consentimiento del interesado deber estar consignado expresamente”. (El resaltado es mío).

Es de considerarse que la intervención del juez ordenando la prueba, así como su práctica, es la base para el respeto y defensa de los derechos de la persona. Más que un mero formulismo, la garantía en el decreto y ejecución de la prueba de identificación genética es fundamental.

Por su parte, la jurisprudencia española nos indica que en los procesos de investigación de la paternidad se ha producido un *tránsito del principio de la verdad formal al principio de la verdad material*²⁸⁶, que al afectar el *interés social y el orden público se sigue en ellos un principio inquisitivo*²⁸⁷ en el que la articulación de un sistema probatorio libre y ponderado determina que la

283 Op. cit., p. 99.

284 Este proyecto de ley francés N° 66 del Senado fue presentado en la primera sesión ordinaria de 1992-1993. Ha sido publicado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Derecho de las personas”, en *Material de lectura*, separata N° 249. Lima: Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, numeral 4.4.

285 Ley N° 94-653, París, 29 de julio de 1994, relativa al respeto del cuerpo humano. (Traducida por Natalia Sandoval Peña, 28/10/94).

Puede revisarse en VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Derecho Civil I”, en *Material de lectura*, separata N° 252. Lima: Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, p. 113.

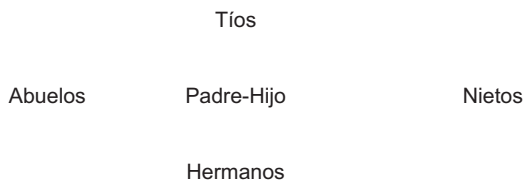
prueba sea apreciada por el tribunal²⁸⁸.

Esta libre evaluación del juzgador y el amplio sistema de pruebas asumido, fijan los parámetros sobre los que se permite afirmar la filiación sólo a partir de medios de prueba indirectos, cuando la conducta obstruccionista del demandado impide la práctica de pruebas directas más concluyentes²⁸⁹.

5.10 Los terceros y la prueba biológica

Si bien son las partes las que se encuentran vinculadas con el proceso y es a través de ellas que se obtienen elementos para el esclarecimiento de los hechos en discusión, en casos especiales se requiere la intervención y participación de terceros (ajenos al litigio). En los juicios de filiación, los presuntos abuelos, hermanos, tíos, primos pueden aportar elementos biológicos básicos para sentenciar correctamente.

La intervención de terceros puede facilitar la investigación del nexo filial en discusión. Como hemos determinado, las pruebas heredobiológicas tienen como sustento la transmisibilidad de los marcadores genéticos de generación en generación, individualizándose cada vez más conforme se vaya estrechando el vínculo biológico entre los parientes consanguíneos, esto es:



Siendo esto así, en determinados casos (desaparición, ausencia, investigación de la paternidad *post mortem*, aparición de caracteres genéticos *ex novo*, existencia de genes silentes) es necesaria la participación de los terceros familiares en la investigación biológica de la paternidad, para poder afianzar la transmisibilidad hereditaria de los caracteres biológicos en estudio²⁹⁰.

286 STS del 15 de marzo y 5 de mayo de 1989 (*Revista de Jurisprudencia Argentina*, 2054 y 3661).

287 STS del 3 de diciembre de 1988 (*Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 9295) y STS de 5 de mayo 1989 (*Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 3661).

288 STS del 3 de diciembre de 1988 (*Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 4825).

289 STS del 28 de noviembre de 1995 (*Actualidad Jurisprudencia Aranzadi*, 14 de diciembre de 1995, p. 6).

tra que tienen los mismos padres. A su vez, las diferencias en el número y ubicación de las “huellas genéticas”, permiten individualizar a los hermanos.

En nuestro medio no existe amparo legal para que los terceros ajenos al litigio (esto es abuelo, hermanos, etc.) se sometan al examen heredobiológico para investigar en sus marcadores genéticos la transmisibilidad de la *huella familiar* en relación con las partes litigantes (padre e hijo).

Incluso, para estos terceros ajenos al litigio no rige el deber de declarar o el de sometimiento establecido para el caso de los testigos (artículo 222 del Código Procesal Civil)²⁹².

5.11 Negativa a someterse al examen biológico

Entendida la tendencia doctrinal a la obligatoriedad de parte a colaborar con la prueba heredobiológica y descartada la compulsión o ejecución forzada de la misma²⁹³, es necesario estudiar los efectos jurídicos que surgirían de la resistencia a su sometimiento.

Con relación a ello, las tendencias legislativas otorgan una solución vía apremios, presunciones o de tenerse por ciertos los hechos alegados respecto a quien se niega.

Este punto es el de principal preocupación pues la doctrina y jurisprudencia comparada lo han tratado de una manera amplia y por demás dispar, como lo veremos más adelante.

292 Con esta opinión se pronuncian Hugo Gatti y Enrique Díaz de Guijarro.

293 En Alemania, Austria y algunos estados americanos el examen biológico puede llegarse a cumplir coactivamente. Así tenemos que, “en la República Federal Alemana cabe la práctica forzosa en virtud del principio ‘Duldungspflicht’ (deber de sometimiento), que obliga a las partes y terceros a soportar todos los exámenes susceptibles de conducir al descubrimiento de la verdad biológica (art. 372 ZPO), siempre que existan repetidamente negativas injustificadas” (vid. RIVERO HERNÁNDEZ, “Comentario a la sentencia de 17 de julio de 1987”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1987, pp. 4.839 y ss.). Igualmente, *manu militari*, se obliga al desarrollo de pruebas biológicas, si media oposición improcedente, en las legislaciones de Dinamarca, Austria y algunos estados de Norteamérica. En este último país, los Estados Unidos, el tribunal puede pedir de oficio o a instancia de parte el *blood test*, con las secuelas, para las partes que se oponen de la posible decisión en su contra (*Uniform Act on Paternity -1973-* y *Uniform Act on Blood Test Determine Paternity -1963-*)..., el Código suizo (tras la reforma de 1976) establece la obligación de que las partes y los terceros presten su colaboración a la práctica de las pruebas necesarias para aclarar la filiación correspondiente, siempre que ello no entrañe un peligro para la salud (art. 254.2). Cfr. EGÚSQUIZA BALAMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 52. Sin embargo, la ley inglesa estipula que las muestras de fluidos corporales deben proporcionarse de manera voluntaria, si alguien se rehúsa a colaborar ni la policía ni el juez pueden obligar a su sometimiento.

5.11.1 Tipos

La negativa puede ser:

5.11.1.1 Justificada

Hay casos en que la negativa puede estar justificada.

En estas situaciones los argumentos que se esgriman deben ser razonables y estar debidamente probados. De esta manera, sólo la existencia de causas muy cualificadas, y debidamente justificadas, podrían legitimar la negativa al sometimiento de la prueba biológica.

En las acciones de filiación prevalece “el interés social y de orden público, connatural a toda declaración de paternidad, y base fundamental de los demás derechos correspondientes a la filiación, al proteger a esta tanto dentro como fuera del matrimonio. Así pues la negativa del demandado que no vaya acompañada de unas justificaciones muy cualificadas, no puede conducir a la consagración de la impunidad, respecto de la aceptación de las cargas y deberes directamente derivados de unos posibles vínculos familiares”²⁹⁴.

Entre algunos casos de especial consideración tenemos:

- Razones de salud física (ser hemofílico o padecer otra enfermedad)²⁹⁵ o psíquica²⁹⁶.

También se ha resuelto que no cabe extraer consecuencias de la negativa si el demandado es un anciano de ochenta y tres años, que padece de arteriosclerosis avanzada, con hipertensión y esclerosis coronaria con broncoenfisema pulmonar, edad y padecimientos que algunos meses después le produjeron la muerte²⁹⁷.

- Motivos religiosos²⁹⁸ o de credo, así como otras causas relevantes vinculadas a la libertad religiosa.
- Cuando el imputado como padre demuestre su imposibilidad física

294 *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, abril-junio MCMXCVI, tomo XLIX, fasc. II, p. 1027.

295 Cfr. MÉNDEZ COSTA, María Josefa. “Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente”, en *La Ley*, Buenos Aires, 1989-E-563. Rivero Hernández, Francisco, su comentario en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 18, 1988, p. 789. Cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. “El valor de la prueba genética en el derecho argentino”, en *El derecho ante el proyecto genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV, p. 181, nota 29.

296 “Así, un Tribunal alemán, el Olg de Koblenz (sentencia de 19 de setiembre de 1975; cfr. NJW, 1976, p. 379), estimó como argumento válido, en un proceso de impugnación de paternidad matrimonial, para negarse la madre al sometimiento de la prueba hematológica, los importantes daños psíquicos que de ello se podrían derivar dado su gran temor al pinchazo en la extracción de sangre. El tribunal concluyó que, puesto que había sido probado que la señora efectivamente padecía una ‘Spritzen-Phobie’, y que ésta podía ser tratada y curada, si no era posible decidir

de haber cohabitado con la madre: estar de viaje, en etapa de convalecencia o en prisión.

- Cuando se demuestre efectivamente la infertilidad o impotencia. Así también sería alegable la negativa de un menor de 16 años, tomando en consideración que el reconocimiento en nuestro sistema se realiza a partir de dicha edad (*principio de economía básico*).
- Error en la identidad del demandado²⁹⁹.

Los casos mencionados forman parte de lo que se conoce como las *probabilidades a priori contingentes* en la investigación de la paternidad, es decir aquellas situaciones analizadas con anterioridad al examen biológico. En otras palabras, son circunstancias preliminares que rodean el evento. Como tales, deberán ser estudiados con sumo detenimiento.

La negativa infundamentada de un sujeto a someterse a la prueba biológica es por demás sospechosa y obstruccionista, mereciendo el calificativo de ilegítima por falta de justificación, lo que implicará la sanción valorativa del juez.

sobre la filiación mediante las restantes pruebas, cabía postergar la práctica de esa prueba a un momento posterior. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, "Las pruebas biológicas ...", cit., pp. 74-75, nota 31. Cit. EGÚSQUIZA BALMASEDAS, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 59, nota 85.

- 297 "Tribunal Supremo de España, 14/05/1991, sentencia comentada por José Luis de los Mozos y José María de la Cuesta, *Revista de Derecho Privado de Madrid*, dic 1991, p. 1057". Cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. Op. cit., p. 182, nota 31 y EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 59, nota 86.
- 298 En la sentencia del 3/12/1991, el Tribunal Supremo de España descartó la negativa fundada en razones religiosas, el rechazo estuvo motivado en que estas razones se esgrimieron por primera vez en la instancia de la casación y no estaban probadas. Cfr. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 28, p. 29, especial comentario de Francisco Rivera Hernández. El autor recuerda la sentencia del 14/11/1987 en la que el Tribunal estimó irrelevante ser miembro de la secta religiosa denominada Testigos de Jehová porque el representante de la asociación que los reúne testimonió que esa religión no prohíbe la extracción sanguínea con el fin de practicar un análisis, dejándose su ejecución a la conciencia de cada uno. Cit. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. Op. cit., p. 181 y 182, nota 31.
- 299 "En el caso se consideró acreditado que la madre del menor en la época de la concepción se desempeñaba como doméstica con cama adentro en el domicilio del presunto padre. A su vez, éste no había acreditado que la madre tuviera en aquel tiempo relaciones sexuales con otros hombres. Por otra parte, el demandado no concurrió a someterse a los estudios biológicos, declarando ante el juez que los mismos no dan seguridad y que era mellizo gemelo con otra persona. En relación a ello, el tribunal entendió que al contestar la demanda no se había dicho nada respecto del hermano, ni solicitado que se integrara la *litis* con él, ni acompañado oportunamente certificados de nacimiento, y mucho menos ofrecido la prueba biológica para acreditar la gemelidad. Finalmente se afirmó que cuando los presuntos padres son mellizos, pueden ser dicigótico o monocigótico" (Cámara Civil y Comercial de Morón, Sala I, 2-6-92). Cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Nº 8, p. 426.

Respecto de ello, se ha hablado que dicha resistencia genera un reconocimiento tácito de lo que se discute, pues si nada se arguye como justificación resulta ilógico disculpar o no considerar dicha actitud³⁰⁰.

Otros casos que, en cierta manera, justificarían la negativa y que se han presentado en la jurisprudencia comparada son:

- La inexistencia evidente de indicios serios de la conducta que se le atribuye al demandado.
- La absoluta falta de necesidad de la misma al existir otros medios probatorios, fácilmente utilizables, que pueden conducir a la determinación de la paternidad.

5.11.1.2 *Injustificada*

No serán considerados como motivos justos:

- El daño a la integridad física (la tipificación de los estudios de ADN no requiere sangre sino que se realizan con cualquier otro fluido corporal).
- El riesgo económico (el demandado asume el costo de la prueba si resulta positiva).
- La deshonra social (que sea un personaje público o por notoriedad de la persona).
- La vulneración a la integridad familiar (causal de divorcio por adulterio, injuria grave).
- El desmedro profesional (profesional exitoso).
- Un posible contagio de enfermedades infecciosas.
- El hecho punible como consecuencia de la negativa (delito contra la administración de justicia o ser acusado de violación al comprobarse la compatibilidad génica).

Todo ello será apreciado por el juez de acuerdo con su poder discrecional, considerando que la negativa injustificada al sometimiento de la bioprueba no se dirige a la protección del cuerpo humano sino a obstaculizar una investigación filial.

En estos casos, la negativa se presenta como realmente injustificada, lo

300 El silencio de nuestra legislación, así como también de la española, no impediría "atribuir a la negativa (...) el valor probatorio de una manifestación de que (se) tuvo relaciones sexuales (...) en condiciones que hacían posible la generación (...), porque sólo el temor de que se descubra la verdad biológica, que el sujeto previamente conoce, explica su rechazo a facilitar la práctica de una prueba que le ofrece la oportunidad de desvirtuar la demanda (SSTS 6 de junio de 1991, en igual sentido las SSTS 8 de julio de 1991, 4 de abril y 19 de junio de 1986)". Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 55.

que releva de toda entidad esas objeciones.

5.11.2 Elementos

Para que la negativa pueda implicar una valoración jurídica de aproximación al fallo, deberá cumplir con los siguientes elementos, conforme lo señala la jurisprudencia española³⁰¹:

- Ser seria.
- Injustificada.
- Manifestada personalmente por el interesado.
- Ser obstruccionista.
- Reveladora de un expreso propósito de no comparecer al juzgado o ante los peritos para someterse a las pruebas biológicas.

5.11.3 Efectos

La negativa puede derivarse del padre, de la madre o del hijo e indiscutiblemente los efectos jurídicos que produzca serán disímiles con relación a la persona de quien provenga.

En paralelo sentir, el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Argentina, ha resuelto por mayoría que:

“... no puede atribuirse el mismo efecto si el renuente a la prueba biológica es el pretenso padre, o si lo es un descendiente, colateral o ascendiente en una acción de filiación *post mortem*”³⁰².

Por tanto tenemos:

- Cuando es la madre o el hijo quien de modo injustificado se niega a someterse al examen genético, deducimos que de dicha actitud se desprende un temor a que sea descubierto el verdadero nexos biológico, quedando desestimada la demanda interpuesta por aquellos. Igualmente, que sea considerado como una causa fehaciente de no paternidad cuando la prueba biológica haya sido ofrecida por el padre como medio de prueba³⁰³.

En este caso, el juez considerará una presunción de incompatibilidad de marcadores genéticos desfavorable a la madre o el hijo que afirmó el vínculo en su demanda, independientemente de quién presentó la prueba de paternidad biológica.

301 STS de 29 de marzo de 1993, SSTS 14 julio y 23 setiembre 1988 y 15 marzo 1989. Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 54.

302 Cámara 1a. Civil y Comercial de San Nicolás, 22-12-1994, Cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, N° 11, p. 338.

- Cuando es el padre quien se resiste al sometimiento de la experticia biomédica, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada no son uniformes.

En este caso el criterio dictaminador común y lógico es que el juez apreciará la negativa del supuesto padre como una conducta encubridora de la relación filial demandada, ya que si el imputado como progenitor no lo fuera realmente no evadiría una prueba que tiene por objeto poner de manifiesto la existencia o imposibilidad del vínculo parental³⁰⁴.

- Hecho singular se presentaría si es un tercero el que niega someterse a la prueba biológica (abuelo que se rehúsa al examen para investigar la paternidad de un supuesto nieto) o autorizar su aplicación en una persona bajo su dependencia (adoptante que niega investigación biológica de su hijo legal). En estos casos no podemos deducir ningún tipo de supuesto relacional de filiación.

En la línea seguida por los dos primeros puntos ha decidido la jurisprudencia española que "... la negativa a someterse a las pruebas biológicas debe ser evaluada caso por caso; pero de la negativa, en general, debe extraerse la presunción de lo afirmado por la otra parte"³⁰⁵.

Todo lo contrario, es decir aceptar o reconocer la negativa injustificada al sometimiento de la prueba de paternidad, sería un acto directamente lesivo contra los derechos del recurrente en filiación, así como una violación al ordenamiento jurídico³⁰⁶.

Es de ocasión asumir el criterio de Grosman y Arianna³⁰⁷, quienes alegan respecto del significado de la obligatoriedad de los bioexámenes, que extraer

303 Impugnación de paternidad y negativa de la madre: "... la negativa al sometimiento fue invocada como elemento coadyuvante para acoger la demanda de impugnación de la paternidad iniciada por el marido de la madre. En el caso, el hijo había nacido dos años después de la separación de hecho seguida de una declaración o manifestación efectuada ante una defensoría en que se dejó constancia de esa situación. La madre, demandada conjuntamente con el hijo, se opuso tenazmente a esta prueba, elemento que fue valorado por el tribunal para acoger la demanda de impugnación" (Cámara Nacional Civil, Sala E, "B.F. c/P.R.A. y otro", 29-8-91), Cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, N° 2, p. 327.

304 De esta manera dictaminó el Tribunal Constitucional Español al declarar la paternidad del famoso torero "El Cordobés" en favor de Manuel Benítez Velasco, hijo de Aline Elizabeth Velasco (otra modelo y amante del demandado). La Alta Corte basó su sentencia en que "El Cordobés" se negó siempre a hacerse las pruebas de paternidad. El Tribunal Español consideró que tal negativa "constituye base suficiente para que el Tribunal establezca el nexo causal preciso para llegar a una conclusión sobre la paternidad reclamada". Con el fallo del Tribunal Constitucional se confirmó en definitiva la paternidad del demandado "quien no podrá recurrir de nuevo a la sentencia" (vid. *Semana*. Canarias, España: Ed. Rivadeneyra S.A., 28 de marzo de 1990, N° 2615 y diario *Expreso*. Lima, 30 de abril de 1990, p. 28, y 3 de mayo de 1990, p. 28).

de la negativa una presunción que son ciertas las afirmaciones de la contraparte, si bien permiten la declaración filial, ésta adolece de una deficiencia ética, ya que se está reemplazando la posibilidad de obtener un alto grado de probabilidad de paternidad, por una presunción de paternidad nacida de un acto de inconducta procesal. Con esto se está sustituyendo el derecho del hijo a ser declarado como tal sobre la base de pruebas eficientes, por una filiación fruto de un reconocimiento *ficto*. Por otro lado, es de reconocer, y así valorar los efectos, que desde la posición del demandado, es menos comprometedor perder un juicio como resultado de una ficción que como consecuencia de la comprobación de una verdad negada. De esta manera se deja latente la duda.

5.11.4 Valoración de la negativa y su relación con otras pruebas

En un primer momento la negativa al sometimiento a las biopruebas de paternidad fue considerada como un indicio de valor a efectos de declarar el vínculo filial, criterio este asumido por los primeros fallos españoles, así como, de un manera poco más cautelosa, por los códigos civiles de Colombia³⁰⁸, Venezuela³⁰⁹ y Argentina, por la ley de banco de datos genéticos³¹⁰.

Actualmente, existe una clara y ya definida posición que conlleva a otorgarle validez a dicha negativa sólo en los casos en que ésta es valorada con otras pruebas actuadas en el proceso.

Esto quiere decir que, únicamente o de manera individual, la referida resistencia a la bioinvestigación carece de efectos jurídicos y, por el contrario, es importante cuando genera una relación implícita con otros hechos que deberán acreditar la pretensión filial.

Frente a esta conducta procesal se valorará el conjunto, no la individua-

305 Cámara Nacional Civil, Sala M, 8-6-93, Cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, N° 5, p. 378.

306 En esta orientación, la resolución de la Corte Suprema argentina N° 4/12/95 - HCS y otro “admitir la negativa a su cumplimiento importaría tanto como desconocer lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño –especialmente en su artículo 8–; circunstancia ésta que podría ocasionar la responsabilidad del estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos”. Cit. CIFUENTES, Santos. “Difícil y necesario equilibrio entre los intereses públicos y los derechos personalísimos (La *inspectio corporis* forzada)”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Revista de crítica y análisis jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1997, año III, N° 6, p. 313, punto 14. A mayor abundamiento vid. *infra*. capítulo 6, punto 6.10.1.

307 GROSMAN, Cecilia P. y ARIANNA, Carlos. “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, en *op. cit.*, p. 1201.

lidad, pues el sustrato de esta última es una presunción.

A partir de ello, las pruebas que se ofrezcan así como las obtenidas serán valoradas a partir de tal indicio. Las biopruebas servirán de elementos de convicción al juez para reforzar los supuestos. La idea es sumar indicios al de la negativa a fin de llegar a una conclusión clara, no por ello apresurada.

Es en este sentido que “la no comparecencia o bien la negativa a la práctica de las pruebas constituye ‘un dato de gran valor cuando va unida a otras pruebas o indicios que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa...’³¹¹. Esto sí implicaría un acercamiento a la determinación del vínculo filial.

En otros términos, y aproximando la práctica judicial a la hipótesis de esta teoría, se dirá que para declararse la paternidad por esta vía presuncional debemos interrelacionar los hechos ocurridos (demostrables a través de un escrito indubitado, posesión de estado, relación amorosa estrecha o estado de enamorados, concubinato, entre otros) con la prueba biológica. Alegaremos, con más seguridad, que ese “indicio probatorio (...) ha de estar acompañado en forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas, que conduzcan derechamente al juzgador al convencimiento de la paternidad”³¹².

Por ello, la negativa se considerará como presunción de paternidad³¹³ o un *indicio muy cualificado*³¹⁴ que, corroborada con otras pruebas, permitirá declarar la paternidad.

308 Ley Nº 75 (4 de diciembre de 1968) complementaria al Código Civil en su:

“Artículo 7.- (...) La renuencia de los interesados a la práctica de tales exámenes, será apreciada por el juez como indicio, según las circunstancias.”

309 El Código Civil venezolano indica:

“Artículo 210.- La negativa de éste [se refiere al padre] a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en contra.”

310 Esta ley establece (artículo 4) que “La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá un indicio contrario a la posición sustentada por el renuente” y, como sustenta un fallo de la corte de Bahía Blanca, la aplicación de este artículo no hace sino recoger un axioma que la realidad muestra, *pues resulta lógico presumir que quien no quiere develar la verdad, algo tiene que ocultar* (Cámara 1a. Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala 1, 27-12-91, L.L. 1992-E-253, cfr. cit. ZANNONI, Eduardo. “Identidad personal y pruebas biológicas”, en op. cit., p. 168 y nota 13). Recientemente, se ha llegado a establecer que “el indicio previsto en el artículo 4 de la ley 23.511 (...) no es una presunción legal, sino una mera forma de razonamiento judicial, por lo que la negativa a la prueba biológica sin otra probanza no es definitiva...” (Cámara 1a. Civil y Comercial de San Nicolás, 22-12-94), cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Nº 11, p. 338.

311 Jurisprudencia española en este sentido: SS 28 de junio de 1991 (RJ 1991/4639), 5 y 17 de marzo de 1992 (RJ 1992/2193), 17 junio 1992 (RJ 1992/5319), 26 de enero de 1993 (RJ 1993/364) y SS.TS 30 de octubre de 1993, 8 de octubre de 1993, 28 de abril de 1993. Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 54. La jurisprudencia brasileña ha sostenido que la renuencia del padre a someterse al examen hematológico, al lado de otros elementos seguros de convicción existentes en autos, equivalen al verdadero reconocimiento de paternidad (TJSP, 2ª. Câm.

Así lo ha entendido el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Argentina, resolviendo que:

“... si acepta que la mera negativa a someterse a las pruebas biológicas no es suficiente para tener por acreditada la paternidad, pero que es necesaria muy poca prueba más para ello, debe analizarse la restante para concluir si es o no procedente la demanda de filiación. Aplicado este principio al caso en examen, se concluyó que si la negativa a la prueba biológica del demandado, médico, que por ende conoce los avances científicos, se suma que se probaron encuentros entre las partes en confiterías, paseos en autos, salidas, inexplicables en el contexto de la cerrada negativa del demandado a la existencia de toda relación no profesional, rumores en el barrio sobre el noviazgo, y a ello se agrega la negativa del demandado a presentar la historia clínica de la actora, su paciente, así como el notable parecido físico del menor con el demandado, negar la procedencia de la filiación sería arbitrario ante la afirmación de que la negativa es indicio y se requiere de muy poca prueba más”³¹⁵.

Sobre este punto, Enrique Díaz de Guijarro se pronuncia:

“... la presunción de la conducta procesal de quien se resistió a la investigación de su grupo sanguíneo, es insuficiente para acreditar la filiación, si bien influirá en el examen conjunto de la prueba y, armonizándose con los demás elementos que la integren, conducirán al juez al convencimiento necesario para declarar la filiación. Ha de tomarse en cuenta, pues, como uno de los medios congruentes para la demostración del nexo biológico”³¹⁶.

Civ., v.u., j. 18-8-1981, *RT*, 559:113) Cfr. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Op. cit., p. 72. Asimismo, la jurisprudencia uruguaya se dirige en igual sentido, “... la Cámara de Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, revocó el pronunciamiento que admitía la demanda de filiación, sosteniendo que la sola negativa a pasar la prueba biológica, si bien es un indicio grave con un peso específico muy elevado, es insuficiente para constituir, por sí sola, el fundamento de una sentencia favorable al reclamo filiatorio, siendo necesario otros medios de prueba para formar convicción” (Cámara de Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 30-9-93). Cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, N° 6, pp. 389-390.

312 En similar sentido la jurisprudencia española: STS 30 de abril de 1992; SSTs 26 de junio, 20 de julio y 26 de noviembre de 1990; 2 de enero, 6 de febrero, 25 de abril, 14 de mayo, 28 de junio y 11 de julio de 1991. Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 54.

313 Argentina, ley N° 23.511 del 10/7/87; Venezuela, Código Civil artículo 210 (Ley de Reforma Parcial, G.O. N° 2990 extraordinario, 26/07/82; Colombia, ley 75 sobre filiación de 1968, artículo 7; Italia, *Codice de Procedura Civile*, artículo 188, 116 párr. 2.

314 STS de 21 de octubre de 1994. Cit. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, octubre-diciembre, 1996, T. XLIX, fasc. IV, p. 1834.

Igualmente, Casaravilla Estrada³¹⁷ establece que si el resistente ilegítimo es el demandado (se refiere al padre), nace en su contra una presunción grave de que es verdad lo que afirma el actor (hijo), y que está tan seguro de su paternidad que teme el nacimiento de un mero indicio que coadyuve con otras pruebas a su demostración.

La deducción es producto de una simple lógica: valorar el hecho de que las partes implicadas en el proceso temen su práctica por la cercanía a la verdad.

A nivel local, el Código Procesal Civil en su artículo 282 (*presunción y conducta procesal de las partes*) refiere que:

“Artículo 282.- El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a las conductas que éstas 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. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas”.

Con la norma en referencia indicamos que el juez puede valorar la negativa de la parte a someterse al examen biológico³¹⁸.

Podríamos decir que un alcance, en cierta manera orientado con este criterio, lo tenemos a nivel nacional, con el siguiente caso³¹⁹:

DICTAMEN FISCAL

Dictamen Nº 225-96-MP-FN-FSC

“Es materia del Recurso de Nulidad la Sentencia de Vista de fs. 93, su fecha 30 de noviembre de 1995, que CONFIRMA la sentencia apelada de fs. 77, su fecha 10 de agosto de 1995, que declara FUNDADA la demanda de fs. 2, sobre FILIACIÓN JUDICIAL EXTRAMATRI-MONIAL, interpuesta por Doña GLADYS CARPIO CHAMBI contra CESAR ANDRÉS FERNÁNDEZ BEDOYA y, en consecuencia, se declara que el demandado es padre del menor RONNY JONATHAN CARPIO CHAMBI.

315 STJ de Entre Ríos, Sala Civil y Comercial, C., M.M. y otra, 29-4-94. Cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Nº 10, p. 372.

316 DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Op. cit., p. 219.

317 CASARAVILLA ESTRADA. Op. cit., p. 84.

318 Según opinión de Aída Kemelmajer, la jurisprudencia argentina ha determinado, respecto de los efectos de la negativa al examen, lo siguiente: “En tal sentido, entiendo que existe coincidencia entre la jurisprudencia argentina mayoritaria y el criterio del Tribunal Supremo español cuando afirma que si bien la negativa del demandado no comporta una ‘ficta confessio’, es un indicio revelador de un afán obstruccionista y denota basta un fraude a la ley y un ejercicio antisocial del derecho (nota 26: Sentencias del 14/7/1988, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Nº 18, 1988, p. 785, con comentario aprobatorio de Francisco Rivero Hernández; del 5/8/1988, *Revista de Derecho Privado de Madrid*, octubre 1989, p. 869, comentada por José Luis de los Mozos y J.M. de la Cuesta, entre muchas), por lo que, aunque la ley española no establece los efectos de

Del análisis de la demanda de fs. 2 se desprende que la pretensión material de la actora GLADYS CARPIO CHAMBI en que se declare judicialmente que Don César Andrés Fernández Bedoya es padre de su hijo Ronny Jonathan Carpio Chambi nacido el 1º de julio de 1990 en el Hospital Honorio Delgado. Afirma que el menor es fruto de las relaciones convivenciales sostenidas con el emplazado en el inmueble que alquilaron en Túpac Amaru 1302, Urb. Pedro P. Díaz del Distrito de Paucarpata.

La actora ha probado que ha mantenido relaciones sexuales con el demandado durante la época de concepción del menor, lo que es corroborado con la declaración testimonial de Don Juan Feria Cuba (fs. 29), quien afirma que han vivido juntos, y que el nacimiento del niño tuvo lugar durante la convivencia, así como que el demandado le manifestó que quería tener una hija mujer y, como había sido varón, no quería reconocerlo. El Sr. Feria Cuba afirma que incluso le solicitaron sea padrino del menor y nombrarlo como testigo del matrimonio.

A fs. 55 obra el Informe Pericial Nº 3, efectuado el 31 de agosto de 1993, por la Unidad Departamental de Salud de Arequipa - Hospital de Apoyo Goyeneche del Ministerio de Salud, en el que se deja constancia sobre los análisis de sangre practicados a la demandante Gladys Carpio Chambi y a Ronny Carpio Chambi, destacándose en dicho instrumento que el emplazado César Fernández Bedoya no se hizo presente para el análisis correspondiente.

La demandante ha probado su pretensión con las testimoniales de fs. 26, 29 y 42, así como con la Inspección Ocular de fs. 43 a la cual no concurrió el demandado y en la que la testigo Doña Herminia Cham-

la negativa, debe dársele alguno, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de establecer un medio de prueba cuya omisión no tiene consecuencia alguna, afectando los derechos del hijo (nota 27: Sentencia del 6/2/1991, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 25, p. 249, con comentario de Francisco Rivera Hernández y en *Revista de Derecho Privado de Madrid*, octubre 1991, p. 880, comentada por José Luis de los Mozos y José M. de la Cuesta). En otros términos, “la negativa a la práctica de la prueba biológica merece ser seriamente ponderada en el conjunto de los elementos fácticos y probatorios del caso. No cabe soslayar que en los procesos de filiación, en que al interés privado se une la trascendencia social y pública de la filiación, al carácter dispositivo del proceso civil se impregna de tintes inquisitivos que exigen una profundización más aguda de las reglas procesales, tales como la buena fe de las partes o en deberes de rango constitucional, como prestar la colaboración requerida por los tribunales en el curso del proceso”. (Nota 28: Sentencia del 3/12/1991, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 28, p. 77, con comentario de Francisco Rivera Hernández; términos similares contiene la del 2/1/1991, en: *Revista de Derecho Privado de Madrid*, mayo de 1991, comentario de José Luis de los Mozos y José M. de la Cuesta) Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. “El valor de la prueba genética en el derecho argentino”, en *El derecho ante el proyecto genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV, p. 181.

bi manifestó que en dicho inmueble vivieron el demandado y la demandante.

El demandado no ha probado los hechos alegados para negar la filiación del menor, razones por las cuales considero debe Ampararse la demanda de FILIACIÓN.

Por lo expuesto la Fiscalía Suprema en lo Civil es de Opinión que se declare NO HABER NULIDAD en la recurrida.”

Lima, 13 de setiembre de 1996

Dr. Miguel Aljovín Swayne

Fiscal Supremo en lo Civil

RESOLUCION JUDICIAL

Lima, veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y seis.

“VISTOS; con los acompañados; de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO además; a que en el recurso de nulidad no se hace ninguna alegación a la prueba pericial; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas noventa y tres, su fecha treinta de noviembre de mil novecientos noventa y seis, que confirmando la apelada de fojas setenta y siete, su fecha diez de agosto del mismo año, declara FUNDADA la demanda interpuesta a fojas dos sobre filiación y, en consecuencia, que el demandado es padre del menor Ronny Jonathan Carpio Chambi; con lo demás que contiene y es objeto del grado; condenaron en las costas del recurso y multa de ley a la parte que lo interpuso, en los seguidos por doña Gladys Carpio Chambi con César Andrés Fernández Bedoya, sobre filiación; y lo devolvieron.”

SS.RONCALLA/REYES/VÁSQUEZ/EHEVARRÍA/FERNÁNDEZ

Posición interesante es la asumida por Egúsqüiza Balmaseda:

“Como prueba indirecta o presuntiva, en materia de pruebas biológicas, se ha hablado del indicio que entraña la negativa a someterse a las pruebas biológicas. En estos casos en los que el convencimiento del Juez sobre la cuestión no puede advenirlo como una prueba tan contundente como la biológica, se acude al resto probatorio y se valora presuntivamente esa negativa de singular entidad” (nota 54: Se trata de una presunción de hecho que será valorada por el Juez, según las reglas del criterio humano. Cfr. STS 3 de diciembre de 1988). Por ello, el Tribunal Supremo ha considerado que el indicio que proporciona la negativa a someterse a un análisis de sangre debía ser adscrito a un tercer género de pruebas, que son “las representadas por aquel conjunto de circunstancias fácticas y objetivas que tal y como se producen y por las consecuencias que originan bien pudieran ser calificadas de ‘cuasi directas’ o ‘maxi-presuntivas’ (STS 2 de abril de 1991)”³²⁰.

El Código Civil, modificado por la ley 27048, establece:

“Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicial-

mente declarada:

(...)

Inciso 6.- ... Ante la negativa de someterse a algunas 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 su paternidad o al hijo como alimentista...”.

Esta solución nos lleva a precisar que:

- Los efectos de esta norma son exclusivos para los procesos de declaración de la paternidad extramatrimonial.
- Es necesario el pedido de parte que se aplique el apercibimiento judicial.
- El juez hace un análisis general de todo lo actuado y ofrecido en el proceso a efectos de emitir sentencia frente a esta conducta procesal.
- Se mantiene la incertidumbre, al permitirse la posibilidad del juez de que declare al hijo como alimentista.

A todo lo expuesto debe sumarse el hecho de que, mientras más efectiva sea la prueba, la negativa a su sometimiento será más relevante en cuanto a la presunción que haga surgir³²¹.

Asimismo, se ha esbozado a nivel teórico que la negativa injustificada podría tipificar un delito, pues es un comportamiento contra una orden judicial, en este caso, un delito contra la administración de justicia. Así lo consideraría nuestro Código Penal:

“Artículo 368.- El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años”.

En el proyecto de reforma de filiación presentado a la Subcomisión de Familia por la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de ley de Reforma del Código Civil peruano, se contempla en su articulado del Libro de Familia³²² un precepto referido al tema de la negativa, presentándose bastante tajante en cuanto a los efectos concluyentes de acuerdo a quien se resista. Tal es el caso que se determinará la paternidad si el padre es quien se niega, o se desestimarán la demanda si es la madre o el hijo quien inició la acción.

Sobre esta norma, el profesor español Romeo Casabona comenta, en comunicación personal cursada, que:

320 EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles. Op. cit., (II), p. 92.

321 La reciente jurisprudencia italiana declara que negarse al examen genético de ADN es considerado como una prueba de paternidad.

“... parece que se está introduciendo la llamada *ficta confessio*, es decir, el reconocimiento de culpabilidad cuando el sujeto se niega a someterse a la prueba, sobre lo que desconozco si resulta aceptable en el derecho peruano; desde luego, en el derecho español se rechaza. Por tanto sugiero que se suavice el texto. Yo le propongo lo siguiente: *La negativa al sometimiento a la prueba biológica será apreciada por el juez de acuerdo a la calidad de quien se resiste y a las demás pruebas aportadas en el proceso.* Así el juez podrá deducir, según las circunstancias del caso, las consecuencias que se apuntan en el resto del articulado, pero que no necesariamente han de perjudicar a quien se resiste, si lo hace por motivos diferentes de sustraerse de la acción de justicia”.

De acuerdo con lo estudiado en este punto y con las fuentes citadas, comparto y asumo plenamente la opinión de Romeo Casabona.

5.11.5 Situaciones a presentarse

La negativa a someterse a la bioprueba de paternidad puede darse ante varios supuestos o situaciones, que deberán ser apreciadas por el juez al momento de resolver dada la singularidad de cada una de ellas.

Estos casos pueden ser:

- Cuando el único elemento de juicio es la negativa del demandado. Éste es el caso más delicado pues el juez sólo cuenta con un elemento referencial de paternidad: *la presunción surgida de la negativa a sometimiento a la prueba de paternidad.* No hay más que llevar al juez a pensar acerca de una paternidad.
- Cuando existen otros elementos de prueba. La presunción originada de la negativa robustecerá las pruebas existentes, de manera tal que analizará el *plexo probatorio.*
- Cuando existen elementos probatorios que demuestran fehacientemente la ausencia de nexo biológico. En este caso la presunción que surge de la negativa no deberá ser tomada en cuenta, ya que existen situaciones que la desvirtúan.

5.12 Exhumación y pruebas biológicas

322 Vid. supra capítulo 2 2.3.2.5. Referencia adicional cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Derecho genético: su influencia en el derecho de las personas y en el derecho de familia”, en *Diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas*. 1a. edición. Lima: Universidad de Lima, 1995, p. 160 (artículo 386).

La acción de desenterrar el cadáver es la exhumación (*ex*, fuera y *humus*, tierra). Es una diligencia judicial especial que se realiza a fin de determinar los orígenes del delito o las causas de la muerte (sospechas de accidente, de fallecimiento fortuito o criminal). Su vinculación con la autopsia ha hecho que sea entendida, normalmente, como una diligencia de orden penal.

Sin embargo, ello no se presenta siempre así. Casos singulares exigen la indagación de las características de un cadáver, lo que conlleva a su realización.

La investigación de la paternidad *post mortem* es uno de ellos. Dado que el requerido en paternidad ha fallecido, y se ha cumplido con su entierro, es necesario realizar la exhumación a fin de someter al cadáver a las pruebas corporales necesarias que nos indiquen la validez biológica de la filiación reclamada. Para algunos, la exhumación resulta una diligencia judicial inapropiada, desde el punto de vista ético y moral al implicar un acto contrario a la paz e intimidad familiar, se vulnera el respeto al descanso del cadáver y el de preservar su memoria. Para otros es una forma real y efectiva de indagar el nexo filial cuando la muerte ha precedido a la determinación judicial de la paternidad.

La jurisprudencia comparada y la nacional se han orientado por la validez de la diligencia de exhumación en los casos de reclamación de la filiación.

Citemos algunos casos:

5.12.1 Casuística nacional

CASO 1³²³

Se demanda en paternidad a un sexagenario quien aduce no ser el padre por padecer de complicaciones biológicas, falleciendo en el transcurso del proceso.

En primera instancia se falla el reconocimiento de la filiación extramatrimonial al comprobarse la posesión constante de estado y el escrito indubitado (fs. 92-97, el 14/03/1994). Apelada la sentencia sube a la Sexta Sala Civil de Lima (exp. N° 1607-94).

Los herederos del atribuido padre difunto solicitan, entre otros, la prueba de los grupos sanguíneos ya que en el Hospital Militar Central constan registrados el grupo y demás características sanguíneas; esto a fin de descartar la paternidad (fs. 111, 118-119). La demandante (fs. 134-135) solicita la prueba del ADN en el menor y en la hija del demandado (quien desde la muerte de éste ejerció su representación procesal) con la correspondiente exhumación del cadáver. El fiscal (dictamen 662-94, a fs. 148-149) opina por la confirmación de la sentencia en todos sus extremos.

323 Exp. N° 6233-91/Lima, Primer Juzgado Civil.

La Sala (fs.153, el 13/1/95), establece que:

“Para mejor resolver ofíciase al Colegio Médico a fin que remita la relación de peritos designados en materia genética”.

A fs. 166 (17-04-95):

“... MANDARON para mejor RESOLVER: Se realice una prueba científica de ADN para determinar la paternidad biológica del menor JACL; nombrándose para efectos a los especialistas Eva Klein Hertz y María Isabel Quiroga Parodi; para la realización de la misma. Debiendo la parte accionante hacer las gestiones pertinentes para la exhumación del cadáver de JACR.- en la vía pertinente” . Seminario Valle. Palomino Thompson y Calmell del Solar Díaz.

A fs. 171 (02-06-95) se solicita a la Beneficencia Pública se autorice la exhumación del cadáver del cementerio El Ángel para efectos de realizar la prueba del ADN ordenada en autos. Se reitera el pedido (fs. 189, 06-12-95) bajo apercibimiento de multa. A fs. 197 (2/8/96) la Beneficencia Pública contesta que se están brindando las máximas facilidades.

A fs. 204 (07-10-96):

“Estando al mérito del oficio de la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana que se da cuenta en autos; téngase por cumplido lo ordenado por resolución del 25 de mayo del año pasado, y en consecuencia ordenaron se practique la prueba científica del ADN, el 06 de noviembre a las 3:00 pm. a fin de determinar la paternidad de JACR, ahora fallecido sobre el menor JACL, habido con la demandante JELR, EXHUMÁNDOSE el cadáver de JACR”. Ferreyros Paredes, Valcárcel Saldaña y De Piérola Romero.

5.12.2 *Casuística extranjera*

CASO 1

“El fallecimiento del presunto padre durante un proceso judicial dio motivo a una interesante decisión de un tribunal de provincia... ‘Ante la muerte del demandado, la oposición que había formulado a que se practicara la prueba pericial se torna irrelevante, pues desaparecieron con él los derechos personales vinculados con la libertad e inviolabilidad de su persona invocados y tenidos en cuenta por el juzgador para no admitir tal prueba. Consecuentemente, la eventual oposición de la esposa del fallecido a que se produzca la pericial,

para la cual se requiere la exhumación del cadáver, no puede frustrar la diligencia, que se encuentra justificada en el interés de la sociedad que propende a la dilucidación del vínculo'. Sin embargo, a los efectos de determinar la real eficacia del medio probatorio sobre un cadáver, se dispuso, con carácter de previo, recabar la información correspondiente al Instituto Argentino de Inmunogenética"³²⁴.

CASO 2

"El fallo del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 1 de Azul, suscripto por el doctor Jorge Mario Galdós, dispuso la exhumación del cadáver del presunto padre, para practicar estudios de ADN. Para ello se sostuvo que no puede desconocerse la eficacia y valor probatorio que en la actualidad tienen las pruebas científicas, las que revisten particular relevancia por la importancia de las investigaciones en que se apoyan y por la índole de los análisis que requieren. Es así, se agregó, que se entienda admisible la pretensión de la parte actora tendiente a la exhumación del cadáver del alegado padre, aunque los herederos de éste la consideren abusiva porque sostienen que las pruebas ya producidas son suficientes para elucidar la litis, y sin oponerse rotundamente, condicionan su admisión a la fijación de una caución suficiente para responder por los daños y perjuicios derivados del pedido y al previo careo entre la actora y un testigo. La tutela del derecho de la esposa e hija del presunto padre, se completó, a velar por el descanso de los restos mortales de aquél, debe ceder ante el interés social comprometido en el juicio de filiación y ante el derecho a la identidad personal. El pronunciamiento contiene importante acopio de jurisprudencia anterior sobre la temática resuelta"³²⁵.

CASO 3

"La sala A de la Cámara Nacional en lo Civil (28-2-94, E.D., diario del 9-8-94, fallo No. 45.832, p. 7, con sendas notas de Germán J. Bidart Campos, Julio César Rivera y Carlos Diego Córdova), en un interesante fallo, lleno de matices, reconoce prioridad al derecho a la identidad personal sobre el derecho a la intimidad. Se trataba de un juicio de filiación en el que el presunto hijo reclama se practique una pericia genética, para lo cual era necesario extraer una muestra de tejido del cadáver del presunto padre, a lo cual se oponen la viuda y una hija legítima del causante, en su calidad de custodias de los res-

324 Cám. I. Civ. y Com. de San Nicolás 31/3/1992, JA 1992-III-400, Cit. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R.: "El valor de la prueba genética en el derecho argentino", en *El derecho ante el proyecto genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV, p. 183.

325 Juzg. 1ª Inst. Civ. y Com. de Azul, N° 1, 24-10-94, E.D. del 22-6-95, N° 8775, p. 6, fallo 46.505; L.L. Buenos Aires, año 2, N° 4, mayo de 1995, p. 385 Cit. en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Ed., N° 9, pp. 398-399.

tos mortales de aquél. El Tribunal resolvió admitir la producción de la prueba, con lo que –como decíamos– priorizó el derecho a la identidad sobre la posible afección de la intimidad de los oponentes”³²⁶.

CASO 4

“... una menor demandaba por el reconocimiento de filiación habiendo fallecido su presunto padre. Pretendida la producción de la prueba pericial, consistente en el análisis molecular de tipificación de ADN que puede hacerse mediante la extracción de muestras del cadáver del padre y de muestras de sangre de la menor y de su madre. A dicha pretensión se opusieron las dos hijas legítimas del causante, quienes invocan el derecho a velar por el descanso en paz de los restos de su padre. El tribunal hizo lugar a la pretensión, abriendo la causa a prueba en laalzada al solo efecto de producir la pericial solicitada por la accionante. Consideró que el derecho o prerrogativa de las hijas del difunto a oponerse a que se extraigan muestras del cadáver, debe ceder frente al derecho de la menor accionante que, a no dudarlo, involucra el orden público. Por lo tanto, se concluyó, las normas que lo rigen, de naturaleza imperativa, deben prevalecer frente a intereses familiares no menos respetables pero operativos en el ámbito estrictamente privado de los individuos que lo esgrimen”³²⁷.

Sobre la materia se han dado casos especiales de interés público, i.e.:

- El general Juan Domingo Perón falleció en 1974 y será exhumado, por mandato de la Cámara Civil de Buenos Aires, para someterlo a una pericia genética debido a juicio filiatorio seguido en su contra por Martha Holgado³²⁸. Por su parte, la defensa de la viuda del ex-presidente argentino se niega a este examen arguyendo que es una “nueva profanación a la tumba del general”³²⁹.
- El actor Yves Montand (Francia) murió en 1991 y durante muchos años se negó a someterse a peritajes médicos exigidos por una mujer francesa (Aurora) quien decía ser su hija. Ésta ha solicitado la exhumación para la aplicación de métodos de determinación de paternidad³³⁰.
- Los restos no identificados que reposan en la tumba del soldado desconocido de Estados Unidos serán exhumados y sometidos a la prueba

326 *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Ed., Nº 7, p. 322.

327 Cámara Nacional Civil, Sala A, 28-2-94, E.D. 158-462 Cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Nº 8, pp. 425-426.

328 “Exhumarán cadáver de Perón para someterlo a la prueba de ADN”, en *El Comercio*, Lima, 31 de agosto de 1996, sección B, p. 1.

ba del ADN para saber si pertenecen a un piloto de la fuerza aérea estadounidense derribado en Vietnam del Sur en 1972, recomendó el 27 de abril de 1998 un grupo de expertos del Pentágono, admitiéndose la solicitud de una mujer que quiere saber si dichos restos pertenecen a su hijo³³¹.

5.13 Contextos procesales aplicables

La identificación personal a través del ADN es el principal avance científico en el área de la medicina legal y la biología forense. Su campo de aplicación es amplio, pudiendo conseguirse resultados efectivos para diversos tipos de procedimientos tales como la determinación de culpabilidad, análisis de vestigios biológicos en el lugar del crimen, casos de migración ilegal y la investigación de la paternidad.

El hecho es que debemos esperar que en un futuro las prácticas e investigaciones biológicas tomen un lugar, el verdadero, en los tribunales de justicia para ofrecer un mejor resolver a las causas en litigios. Por ahora, es nuestra tarea establecer la aplicación judicial de las pruebas heredobiológicas para así lograr una visión total de estas técnicas en análisis.

Entre los contextos jurídicos en los cuales son de utilidad estas pruebas, según el criterio de las partes que las pueden ofrecer, tenemos:

5.13.1 *Por el padre*

- Para desvirtuar o contradecir las presunciones de paternidad³³² (artículo 402 CC).
- Reclamación de la relación parental con un niño (artículo 373 CC).
- Anulación de reconocimientos realizados por vicios en el consentimiento o cuando no hubo intervención directa del padre³³³ (artículo 399 del CC).
- Para desconocer la paternidad (artículo 363 inciso 1-3 CC)³³⁴.

329 “Piden evitar manipulación genética del cadáver de Juan Domingo Perón”, en *El Comercio*, Lima, 5 de marzo de 1997, sección B, p. 3.

330 “Exhumarán restos de Yves Montand”, en *El Comercio*, Lima, 7 de noviembre de 1997, sección C, p. 2.

331 *El soldado desconocido de EE UU podría ser un piloto abatido en Vietnam*. Lima, Cable RPP, N° 1018, 29 de abril de 1998.

- Para impugnar la propia paternidad (artículo 363 inciso 2-4, y 370 CC).
- Indagación de la paternidad del hijo póstumo.
- Para probar el adulterio (artículo 333, inciso 1 CC)³³⁵.
- Para declarar la desestimación de la acción alimentaria del menor no reconocido ni declarado judicialmente como tal (hijo alimentista) por existir un descarte de paternidad³³⁶ (artículo 415 CC).
- Cuando una mujer que ha cohabitado con varios hombres le imputa la paternidad a quien más le conviene (*exceptio plurium concubentium*).

5.13.2 Por la madre

- Negación de su maternidad (artículo 409 CC).

332 En un punto, que podríamos llamar presunciones vs. prueba biológica, citamos: “Zannoni ha señalado acertadamente que ‘el aporte de las nuevas pruebas y exámenes biológicos relativos a la determinación de la paternidad hacen perder relevancia a la prueba de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre en el período legal de la concepción. Esta prueba –tradicionalmente exigible– es hoy sustituible por la de las pruebas biológicas” (nota 10: Su voto en Cám. Nac. Civ., Sala A 7/3/1985, ED 114-167). Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. “El valor de la prueba genética en el derecho argentino”, en op. cit. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV, p. 176.332 El demandante solicita la aplicación de la prueba negativa de los grupos sanguíneos (siendo admitida por el juez por resolución N° 3, fs. 16). La demandada solicita la prueba de ADN, admitida por resolución N° 11, fs. 111. (Exp. N° 047-94/Lima, Vigésimo Juzgado Civil, 1994. Nulidad de reconocimiento por simulación absoluta).

333 El demandante solicita la aplicación de la prueba negativa de los grupos sanguíneos (siendo admitida por el juez por resolución N° 3, fs. 16). La demanda solicita la prueba de ADN, admitida por resolución N° 11, fs. 111. (Exp. N° 047-94/Lima, Vigésimo Juzgado Civil, 1994. Nulidad de reconocimiento por simulación absoluta).

334 En este sentido lo reconoce el Código de Familia boliviano en:
“Artículo 209 (Prueba de exclusión de paternidad): ‘La paternidad se excluye por todos los medios de prueba y especialmente cuando se demuestre: ... inciso 3.- Que aun teniendo el indicado como padre la posibilidad de procrear o habiendo cohabitado con la madre en el tiempo de la concepción, resulta de *examen o procedimiento médico científico* que no puede ser el padre del hijo” (el resaltado es mío).

335 En el derecho comparado existe discrepancia doctrinal y jurisprudencial en cuanto a la fundamentación de la demanda de adulterio en la prueba hematológica que sirva para demostrar y alegar la inexistencia de vínculo biológico entre el hijo concebido en el matrimonio y el marido. Quienes niegan su procedencia se basan en la prohibición de la investigación de paternidad del hijo adulterino, ya que ello atentaría contra la familia legítima y el orden social. Ello es corroborado en gran parte por los hermanos Mazeaud (*Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, parte I, vol. III, 1959, p. 502).

- Reclamación de paternidad.
- Negación de la relación parental de quien no reconoció a su hijo (artículo 399 CC).
- Maternidad dubitada. En los casos de suposición o simulación de embarazo o parto, sirviendo como prueba corroboradora a las huellas del parto reciente (artículo 409 CC).
- Sustitución accidental o dolosa de niños en la maternidad.
- Violación³³⁷ o si se alega la existencia de relaciones sexuales con varios hombres (artículo 413, 2º párrafo CC).
- Como dispensa del plazo de viudedad, cuando llegue a determinarse la imposibilidad de paternidad del marido difunto, en el caso de la viuda, de la mujer divorciada o cuyo matrimonio ha sido invalidado y quiera contraer nuevas nupcias antes de los 300 días de la muerte de su marido (artículo 243, inciso 3 CC).

5.13.3 Por el hijo

336 Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido: “El hijo extramatrimonial puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta los 18 años... El examen genético del ADN y el serológico son para fines de filiación”. (Exp. Nº 2538-95/Lima. Sexta Sala Civil. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1996, pp. 48-49).

Para el caso exclusivo de los alimentos propiamente dichos tenemos los siguientes casos:

- 1) No obstante haber vencido en el juicio de filiación, el presunto padre debe alimentos al hijo, si se prueba que aquél convivió con la madre en la época de la concepción (*Revista de Jurisprudencia Peruana*. Lima: Ed. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1953, p. 1220).
- 2) Para declarar la obligación alimentaria, no se requiere prueba tan completa como para declarar la filiación. Bastan declaraciones de testigos, corroboradas por partidas de bautismo, certificación de la obstetriz y de la autoridad policial sobre sus antecedentes (*El Peruano*. Lima, 24 de febrero de 1945 y *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Lima, Ed. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1955, pp. 1932 y 1933).
- 3) “La confesión del demandado de un juicio de alimentos, reconociendo haber mantenido relaciones sexuales con la demandante, en dos oportunidades, no constituye prueba suficiente para acreditar los fundamentos de la demanda de filiación ilegítima, interpuesta al amparo del artículo 366 del Código Civil derogado” (exp. Nº 276-85/Ancash, cfr. *Normas Legales*. Trujillo: Editorial Normas Legales S.A., 1986, Nº 139, p. 232).
- 4) “Habiéndose aportado alimentos y el permanente contacto en la época de la concepción con la actora amerita declarar fundada la demanda de filiación que se interpone” (exp. Nº 1785-85/Ancash, Primera Sala Civil de Lima, cfr. *Normas Legales*. Trujillo: Editorial Normas Legales S.A., 1990, Nº 164, p. 305).
- 5) “Si en un juicio de alimentos para un menor no se prueba las relaciones sexuales invocadas, y, antes bien, la propia madre, al hacer la presentación del hijo, no indicó quién era el padre, prosperará (sic) la demanda de alimentos” (*El Peruano*, Ejecutorias Supremas. Lima, 1945, Nº 5, p. 444).

- Negación de paternidad (artículo 399, 401 CC).
- Para aclarar la pluralidad de reconocimientos.
- Acción de reclamación de la filiación (artículo 373 CC).

5.13.4 *Contra terceros y otros casos especiales*

- En reclamos de herencia por herederos falsos³³⁸.
- Para determinar el vínculo filial de los niños abandonados, fetos abortados (prueba indispensable en caso de legalizarse el aborto) o personas desaparecidas³³⁹.
- En el esclarecimiento del vínculo biológico para determinar la consanguinidad entre el sujeto activo y pasivo de los delitos de infanticidio, parricidio o incesto.
- Para investigar el verdadero nexos biológico producto de la biotecnología.

6) "1. Las declaraciones testimoniales actuadas, por sí solas, son insuficientes para probar los extremos de la demanda de filiación. 2. El monto acordado en el juicio sobre aumento de alimentos no constituye prueba de filiación, por ser una consecuencia del derecho declarado en el juicio primitivo". (*El Peruano*, Ejecutorias Supremas, Lima, 1981, año 1, Nº 29, p. 388).

7) "Para declarar la obligación alimenticia, no se requiere prueba tan completa como para declarar la filiación; pues, mientras que para aquella sólo basta demostrar las relaciones extramatrimoniales en la época de la concepción, para ésta se hace necesario el principio de prueba. Artículo 367 del C.C. 36; artículo 415 del C.C. 84". (*Jurisprudencia Civil*, Lima: Ed. Cultural Cuzco S.A., Lima, 1989, pp. 64-65).

Con criterio totalmente distinto en esta acción de alimentos tenemos el siguiente pronunciamiento: "En este estado el Juzgado estando a la facultad que le concede el artículo 198 del Código de los Niños y Adolescentes y con el fin de determinar la posible paternidad del demandado, se dispone que se practique un examen de sangre a la parte demandante, a la parte demandada y al niño materia de litis, a fin de determinar la paternidad del niño" (exp. Nº 99-95/Lima, Noveno Juzgado del Niño y Adolescente). Así, para el caso concreto de pretensiones alimentarias, la prueba biológica de paternidad extralimita el objeto procesal de la causa.

337 Casos en los que se ha aplicado el examen biológico para la indagación de este delito:

- 1) "El estado de gestación generado por las relaciones sexuales violatorias se encuentra acreditado además con el examen pericial de Medicina Forense (...) y con el examen de determinación de paternidad (...) que determina en forma clara y contundente que el acusado es el padre biológico del niño XX, habido con la agraviada indicando una probabilidad de paternidad de 99%" (exp. Nº 498-95/Lima, Décimo Primera Sala Penal, 1995).
- 2) Hechos: El 02 de febrero de 1996 la madre de la agraviada denuncia ante la delegación de Nueva Esperanza (Villa María del Triunfo) a su ex conviviente por el delito de violación en agravio de su menor hija, que se encontraba con tres meses de gestación. La parte agraviada solicita la aplicación de la prueba del ADN, la que se decreta con cargo a la solicitante con el fin de que se realice a la agraviada, al denunciado y a la menor recién nacida. La prueba determina que el denunciado no era el padre por lo que solicitó el beneficio de libertad provisional. El fiscal opinó que se declare la improcedencia de dicha solicitud en vista de que "si bien es cierto que el producto de la concepción de la agraviada no corresponde al recurrente, tal hecho no enerva su

logía de la reproducción³⁴⁰ tales como: la fecundación asistida, utilización de útero y en la reproducción asexual mediante la partogénesis y reproducción clónica.

- Para la identificación de personas desaparecidas o de cadáveres³⁴¹.
- En la determinación de la abuelidad, derechos de herencia, reclamaciones de seguros o beneficios de la seguridad social.

responsabilidad en otros momentos de prácticas sexuales a que refiere la menor, por lo que estimo que la pena a imponerse no será menor de 4 años...". El juez penal declaró procedente el beneficio de libertad provisional solicitado por el denunciado teniendo en cuenta los resultados de la prueba de ADN, en los siguientes términos: "... que, el informe emitido por el Centro Médico especializado de Genética a fojas 211 de la determinación de la paternidad realizada en un laboratorio de Estados Unidos de Norteamérica de los segmentos de ADN, tanto del procesado (...), la agraviada (...) y el menor procreado, se tiene la conclusión de que dicho encauzado no es el padre biológico de dicha niña, por consiguiente, existe sólo la imputación efectuada por la damnificada ..." (exp. N° 130-96/Lima, Tercer Juzgado Penal, 1996).

- 3) Se denuncia al señor ARR por el delito de violación de la menor MSS. El Décimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima abre instrucción por el delito de violación, siendo recluido en un centro penitenciario. Se realiza una pericia sanguínea de los implicados (denunciado, denunciante y agraviada), resultando que el acusado ARR tiene un 45% de exclusión de paternidad. Debido a este resultado, la prueba en referencia no aportó mayores elementos, pues sólo se analizaron los grupos sanguíneos. Se solicita, por la parte civil, la aplicación de la prueba de ADN, siendo denegada. El 23/3/94 se eleva el expediente a la Tercera Sala Penal y se realiza la prueba de ADN comprobándose que el denunciado no era el padre del menor sino el denunciante (padre de la agraviada). Los resultados son apreciados por la Sala como una mera y simple *ilustración científica*, condenando al denunciado a 7 años de pena privativa de la libertad y una reparación de S/.10.000,00. La Suprema, el 12/4/1995, declara NULA la sentencia, remitiéndose el expediente a la Décimo Primera Sala Penal para nuevo juicio oral. Esta Sala absuelve al denunciado en base a los resultados de la prueba de ADN (exp. N° 1351-96/Lima, Cuarta Sala Penal, 1996).

Referencia sintética de este último caso vid. "Padre embarazó a su hija y culpó cínicamente a inocente", en *El Comercio*. Lima, 1 de octubre de 1997, sección A, p. 25; "Prueba de ADN mostró que padre era el violador", en *El Mundo*. Lima, 1 de octubre de 1996, sección A, p. 10; "En criminalística el ADN no falla", en *El Comercio*. Lima, 2 de octubre de 1997, sección A, p. 14 y "Con prueba de ADN determinan que acusado no es padre de bebé", en *El Comercio*. Lima, 10 de octubre de 1997, sección A, p. 14.

- 338 Un caso (relatado de manera singular bajo el título "Deja sin herencia a 27 de sus 30 hijos", en *Ojo*. Lima, 25 de junio de 1990, p. 20) fue el que más de treinta hijos, sólo tres de ellos legales, iniciaron una disputa legal por la herencia de su padre en Minas Gerais (Brasil). Por su parte, Fabio Enrique BUENO RINCÓN (op. cit., p. 147) cita una jurisprudencia referida al tema "mediante la apreciación del acervo probatorio, el conjunto de testimonios y el dictamen pericial de las pruebas biológicas (determinación del sistema HLA, de los grupos sanguíneos y marcadores de cromosomas) y el análisis de las características heredobiológicas, se declaró a C.C. hija natural del causante F.C.D. En tal carácter tienen mejor derecho los demandados a heredarlo y se condenó a los demandados a restituirle todos los bienes hereditarios, con frutos civiles y naturales".

- 339 Aparte del parecido físico, las pruebas de consanguinidad determinaron el parentesco entre el desaparecido y su padre (cfr. "[Después de veinte años] Padre identifica a hijo que [se] salvó de accidente aéreo", en *El Comercio*. Lima, 18 de setiembre de 1996, sección B, p. 6).

- En el establecimiento de los derechos triviales de un norteamericano nativo.
- En la averiguación de la gemelaridad, a efectos de ver si son idénticos o fraternales.

En este último punto, por citar algunos, tendríamos los controvertidos casos de: fecundación heteróloga de la mujer casada, en mujer sola, en viuda con semen del marido prefallecido, la transferencia del embrión en mujer portadora y la oposición del marido a la transferencia a su ex esposa de embriones crioconservados de ambos.

5.14 Esbozo jurídico general

Habiendo estudiado la efectividad de la prueba positiva de paternidad y reconocido el campo de aplicación en la negación de la misma, debemos establecer que estas pruebas genéticas pueden ser utilizadas, según la función que cumplen, tanto como prueba de cargo o de descargo por el padre, la

El caso de la niña Nathaly Ballester Vial (9 años) en inicio desaparecida, pero probablemente asesinada por un bachiller de odontología que ha confesado su crimen, sólo podrá ser dirimido por las experticias genéticas a realizarse en los restos óseos hallados en la carretera a Canta (Cfr. "Últimos seccionamientos no fueron aclarados" y el cuadro descriptivo "¿Es Nathaly?", en *El Comercio*. Lima, 3 de diciembre de 1997, sección A, p. 15) y así sucedió al comprobarse la identidad genética con un 99,97 % de certeza (Cfr. "Prueba de ADN determina que restos hallados en Canta eran de Nathaly", en *El Comercio*. Lima, 14 de enero de 1998, sección A, p. 12).

Un caso bastante sonado en nuestro medio fue el de La Cantuta (1995), como relata Mosquera Vásquez, en el que nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle fueron secuestrados y luego dados por desaparecidos. Al encontrarse restos humanos que presumiblemente eran de ellos, y en vista de que no se podían identificar, pues sólo eran restos de cabello y huesos, se realizó la prueba de ADN para determinar si pertenecían a los desaparecidos, siendo positivo el examen (MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. *Derecho y genoma humano*. Lima: Ed. San Marcos, 1997, p. 68).

- 340 Buenamente, y con una lógica clara, Juan Cruz Cruz ("La anulación de la paternidad", en *Persona y bioética*. Cundinamarca: Universidad de La Sabana, año 2, N° 2, octubre-enero de 1998) nos explica que la biotecnología de la reproducción con sus técnicas heterólogas, así como la selección de los caracteres en el futuro hijo, implican la anulación de la paternidad, pues "ese padre no quiere ya el hijo por sí mismo, por su naturalidad espontánea, sino meramente por satisfacer un deseo (...) Su 'hijo' será 'su' deseo, será la repetición de sí mismo, la reproducción de su yo" (p. 52); además, aventurándose a la reformulación de la familia, dice que "... *'nuestro hermano' no será ya 'hijo de nuestro padre', sino co-afiliado en el proceso de autocreación humana'*" (p. 46).
- 341 Las biopruebas podrían ser utilizadas por el Registro del Estado Civil, como se viene haciendo en algunos estados norteamericanos.

madre o el hijo para investigar la verdadera relación paterno-filial.

Establecido el grado de validez científica, si es que el demandante que desea probar un vínculo filial ofreciera la prueba genética, ésta no deberá ser rechazada ya que es una prueba idónea y, por tanto, admisible debido a los efectos positivos que produce, los cuales servirán de asidero biotécnico al juzgador para la valoración conjunta de las demás pruebas presentadas en la controversia.

Como dice Elvira Martínez Coco “Las investigaciones científicas han avanzado tanto hoy en día permitiéndole al juez tomar plena conciencia de la realidad del nexo biológico que podemos afirmar el salto ineludible e imposterable de la época del *trauma* a la época de la *verdad*”³⁴², de la *paternidad probable* a la *paternidad segura*, de la *incertidumbre* a la *determinación*.

Hecho el marco conceptual de la aplicación jurídica y de los efectos procesales de las pruebas heredobiológicas en la investigación de la paternidad, sólo queda añadir que el presente estudio logre conceder la validez jurídica a los avances de la ciencia biomédica y, con ello, actualizar nuestras normas sustantivas y adjetivas para lograr los verdaderos fines morales, familiares y sociales que implican los juicios de indagación filial.

La falta de normatividad en la aplicación de la prueba de marcadores genéticos puede ocasionar un uso inadecuado de ésta, lo cual atentaría seriamente contra los principios de seguridad jurídica e integridad familiar. Antes que ello, estas experticias deberán servir para cautelar y contener la armonía familiar, dando una alternativa eficaz como medio probatorio, sirviendo de elemento robustecedor a la institución de la paternidad responsable de manera tal que se evite, en gran parte y de manera indirecta, la promiscuidad y el trato sexual indiscriminado en las relaciones furtivas de amor, las cuales ocasionan problemas de índole netamente filial.

342 MARTÍNEZ COCO, Elvira. “La filiación biológica y el artículo 402 del Código Civil” en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Revista de crítica y análisis jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica Editores, enero-febrero 1998, año IV, Nº 8, p. 350.

Análisis constitucional de la investigación jurídica de la paternidad

6.1 Introducción

La filiación extramatrimonial es determinada en nuestro Código Civil a través de presunciones taxativas, que son supuestos de hecho que ha tomado en cuenta el legislador, como comunes y típicos en la vida cotidiana, para abrir paso a una investigación judicial de la paternidad. De esta manera se tiende al establecimiento de una filiación social antes que a una biológica.

Como casos expresos, el artículo 402 de la ley civil no ha considerado todas las posibilidades en que socialmente se puede atribuir una paternidad. Así, el estado de enamorados, el abandono con promesa de matrimonio, el abandono de mujer embarazada y la relación extramatrimonial durante la época de la concepción no son casos que admitan el emplazamiento judicial de paternidad.

Sin embargo, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica al hijo cuando existen otros indicios suficientes para probar la paternidad. Este es el principal y novedoso fundamento que está siendo aplicado en la jurisprudencia comparada, a fin de salvar los perjuicios y deficiencias que ocasionan los códigos civiles o de familia que acogen los sistemas cerrados de paternidad.

El presente capítulo se sustenta en el análisis constitucional de una resolución judicial que, tomando el fundamento antes señalado, se aparta de las consideraciones taxativas y esquemáticas de la determinación de la paternidad extramatrimonial y abre paso a una investigación libre, pero coherente y oportuna, de los supuestos presentados en el juicio de reclamación del vínculo filial.

6.2 La resolución judicial

La resolución a analizarse³⁴³ se expidió en el año 1993, en la Corte Suprema de Justicia, y dejó claramente sentado que:

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.

6.2.1 *Dictamen fiscal*

Dictamen Nº 594-92-MP-FN-FSC

“SEÑOR PRESIDENTE:

Es materia del recurso de nulidad la resolución de vista de fs. 103 que confirmando la sentencia apelada de fs. 77 declara fundada la demanda de fs. 3 interpuesta por [REDACTED] y en consecuencia que don [REDACTED] es el padre biológico de la menor [REDACTED], nacida el primero de agosto de mil novecientos ochentinueve.

El impugnante ha referido no encontrar arreglada a ley ni a lo actuado la resolución en referencia, sin embargo de lo actuado en el proceso se advierte que la demanda fue instaurada con la finalidad que se declare judicialmente la paternidad extramatrimonial de la menor [REDACTED], por negarse éste a reconocerla en forma directa, sirviendo de sustento a dicha acción lo dispuesto por los incisos 1) y 3) del artículo 402º del C.C.

Durante la tramitación del proceso, ha negado categóricamente haber mantenido relaciones amorosas y trato sexual con la accionante, sin embargo con el registro de huéspedes presentado a fs. 36 por el representante legal del “Hostal Fortuna S.A.” se demuestra lo contrario pues aparece que junto con ésta ingresó a dicha casa de hospedaje el día cinco de enero de mil novecientos ochentinueve, retirándose al día siguiente, también juntos, y si bien no obra registrada su firma tampoco lo están la de los demás usuarios, habiénd-

343 Exp. Nº 271-92-Lima, en *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Ed. Normas Legales S.A., 1995, año XLV, Nº 2, pp. 157-158.

dose suplido tal omisión con la anotación del número de su libreta electoral que lo identifica, numeración que no podrá haber sido conocida por la demandante, si como sostiene eran sólo conocidos por haber estudiado en la universidad.

De otro lado con el resultado del análisis citogenético que obra agregado a fs. 56, 57 se ha establecido la identidad de los cromosomas de éste con los de la menor [REDACTED], cromosomas marcadores que según lo indican los peritos en genética humana de la Facultad de Ciencias Biológicas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, son poco frecuentes en la generalidad de la población, por lo que esta prueba de validez científica admisible en esta clase de proceso de acuerdo con la parte in fine del primer párrafo del artículo 413º del C.C. aunado al reconocimiento expreso efectuado en el acto del comparendo de fs. 101, en el sentido de haber ayudado a la demandante durante su embarazo, comprándole medicinas con su dinero forman convicción sobre las relaciones extramatrimoniales habidas entre ambos, antes, durante y después de la época de la concepción. Que, si bien el artículo 402º 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 judicialmente 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”, porque ello importaría atentar contra su derecho de llevar el nombre patronímico que le corresponde, de ser reconocida como hija de quien la engendró (artículos 19º y 386º del C.C.) así como desconocer el principio general del derecho, de que “todos somos iguales ante la ley” y por tanto gozamos de las mismas oportunidades, de ahí la obligación impuesta al juzgador en el artículo VIII del Título Preliminar del C.C. aplicable al caso por imperio del artículo VII del mismo Título.

Por tanto, esta Fiscalía es de opinión, que NO HAY NULIDAD en la recurrida.

Lima, 03 de setiembre de 1992

RAYMUNDO VALVERDE ROSALES, Fiscal Supremo en lo Civil (e).

6.2.2 Resolución suprema

“Lima, nueve de febrero de mil novecientos noventitrés

VISTOS; con los acompañados, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; por los fundamentos de la venida en grado: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento tres, su fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventiuno, que confirmando la apelada de fojas setentisiete, de treinta de abril de mil novecientos noventiuno, que declara FUNDADA la demanda de fojas tres: y, en consecuencia, que dor [REDACTED], es el padre

biológico de la menor [REDACTED], nacida el primero de agosto de mil novecientos ochentinueve, con lo demás que contiene; CONDENARON en las costas del recurso y multa de ley a la parte que lo interpuso; en los seguidos por [REDACTED] con [REDACTED] sobre filiación paterna; y los devolvieron.-

Señores:

URELLO, MENDOZA, ALMENARA, LANDA, RONCALLA.

Se publicó conforme a ley.

DAVID A. TOSO ARCAÑA

Secretario.

Corte Suprema de Justicia de la República”.

6.3 Antecedentes

La acción es una declaración judicial de la paternidad extramatrimonial en la que la demandante alega la posesión constante de estado de hijo y el concubinato (como requisitos de ley formales).

El demandado, por su parte, niega haber mantenido relaciones amorosas y trato sexual con la accionante.

En el proceso se prueba:

- El ingreso de las partes a un hostel y el retiro de ambos al día siguiente.
- La identidad de cromosomas del demandado y la menor procreada.
 - Poca frecuencia de los mismos en la población.
 - Es una prueba admisible en esta clase de procesos, de acuerdo con la primera parte *in fine* del artículo 413 del Código Civil.
- Reconocimiento expreso de haber sufragado gastos y colaborado durante el embarazo a la demandante.

Estos supuestos alegados (mas no amparados por el Código Civil) llevan a la convicción del juzgador de declarar al demandado padre biológico de la hija de la demandante al comprobarse el sostenimiento de una relación extramatrimonial antes, durante y después de la época de la concepción.

En este sentido, los considerandos de la resolución, que hace suyo el dictamen fiscal, son:

- El Código Civil (artículo 402) no ha considerado el hecho demostrado: relaciones extramatrimoniales en la época contemporánea a la concepción, dentro de los supuestos en los que se puede reclamar judicialmente la paternidad.
- La omisión o deficiencia de la norma jurídica no puede dejar sin pro-

tección jurídica a un menor *máxime* si su situación es como la de un gran sector de la población.

- Lo contrario implicaría un atentado contra:
 - El derecho a la identidad.
 - El principio de igualdad ante la ley.
- La obligación de los jueces de administrar justicia supliendo el defecto o deficiencia de la ley a través de los principios del derecho.
- Los jueces deben aplicar la norma jurídica pertinente aunque no haya sido invocada por las partes.

6.4 Fundamentos constitucionales

La resolución judicial en análisis, apartándose de la regulación del Código Civil en materia de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial (capítulo segundo de la sección tercera: Sociedad paterno-filial) y sin considerarlo expresamente, toma en cuenta principios constitucionales básicos y por demás esenciales para resolver la filiación incoada.

La *ratio decidendi* y sustento de fondo está dado, aproximándonos a un análisis posterior y profundo, en la primacía de la protección integral de la niñez, la maternidad y la familia, que descansan en gran medida en vínculos filiales y de parentesco –legal o voluntariamente establecidos– cuyas características son la certeza, la inalterabilidad y la relación familiar creada.

Si bien el procedimiento es de contenido civil (tanto adjetiva como sustantivamente), el tema que se aborda y el derecho que en él se discute permite un análisis constitucional amplio, tomando en consideración los siguientes puntos en debate que fueron los indicados para atribuir una paternidad:

- La filiación, la maternidad y la familia como derechos sociales.
- El derecho a la identidad y su relación implícita con la filiación y la investigación de la paternidad.
- El derecho a la investigación de la paternidad.
- El derecho a conocer el propio origen biológico.
- La legalidad constitucional de la aplicación de pruebas biogenéticas para verificar una relación filial y su contraposición con los derechos de la persona.

Sobre la base de estos cuatro supuestos se desarrollará el análisis de la sentencia presentada, considerando que el planteamiento de la resolución judicial es tanto novedoso como trascendental, refiriéndose a temas que no han sido ampliamente analizados en nuestro medio, menos aun desde el ámbito constitucional.

La asimilación judicial de este criterio implicaría la necesidad de una rápida adecuación de nuestro sistema civil³⁴⁴, a fin de encauzar legalmente los

innumerables requerimientos de paternidad sobre la base de un sistema abierto de declaración de la filiación.

6.5 La filiación, la maternidad y la familia como derechos sociales

Los derechos sociales deben ser entendidos como los de relación.

Para su realización, requieren la coexistencia o vinculación interpersonal. Es decir, son aquellos en los cuales interactúan vínculos jurídicos entre dos o más sujetos.

Aquí, o mejor dicho en este tipo de relación jurídica, ya no está el sujeto solo, exigiendo o emanando naturalmente el respeto de sí (derecho personalísimo) sino que está acompañado. Es el conjunto, y no la unidad, quien pide o representa una consideración jurídica de los demás (derecho social).

Como tal, los derechos sociales son variados y sus características se dan de acuerdo con el origen de la relación jurídica.

Los derechos sociales referidos a la familia se sustentan en los siguientes principios:

6.5.1 *Protección de la persona y la familia*

Especial interés para la ley constitucional merecen la familia y el matrimonio pues, como derechos sociales de todo ser humano, exigen a su vez el deber de la comunidad y del Estado de brindarle protección, ayuda y afianzamiento. Este apoyo y cautela se hace extensivo, de manera directa, a dos estados biológicos de importancia: la maternidad y la niñez.

Este postulado se encuentra establecido en el artículo 4 de la Constitución de 1993, teniendo como antecedente el artículo 51 de la Constitución de 1979, al indicar que “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo protección de la ley”.

Es factible especificar que de este principio surge un nuevo derecho, el derecho a una vida familiar. Como tal implica una doble configuración pues está de por medio el interés de la persona y la necesidad de protección de la familia.

Kemelmajer³⁴⁵, tratando el derecho a ser reconocido por el padre biológico, cita el caso Kroon donde la CEDH declaró que la norma interna que impide al padre biológico reconocer a su hijo mientras esa paternidad no sea

344 Vid. “Proyectos presentados a la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984”, en *El Peruano*. Lima, 7 de enero de 1995, en especial artículos 364 al 391.

impugnada por el marido de la madre, viola el derecho a una vida familiar. Se resume el caso en que cuando el niño nació, la mujer ya no convivía con el marido ni con el padre del niño. Luego del nacimiento, se divorció y tuvo otros tres hijos con ese mismo hombre, aunque no convivían. El padre reconoció a los tres últimos, pero no podía establecer lazos jurídicos con el primero, porque el marido de la madre no había impugnado la paternidad.

6.5.2 Principio de unidad de la filiación

La Constitución en su artículo 6 *in fine*, consagra el principio de unidad de la filiación en el sentido de que *todos los hijos tienen iguales derechos y deberes*. Este principio adquirió rango constitucional con nuestra Carta Magna predecesora, que modificó el Código Civil de 1936 (artículo 762), en lo referente a la partición hereditaria común en caso de concurrencia de hijos legítimos e ilegítimos.

Es un postulado unánime en las constituciones actuales, ya que la mayoría de normas de nivel internacional y las de nivel interno constitucional se refieren a la *equiparidad filial*³⁴⁶ o igualdad entre los hijos.

Para Guzmán Zapater es clara la idea de que cuando el sistema responde a la unidad de todas las filiaciones, por efecto del principio de igualdad, y se tiende en favor de técnicas más avanzadas en la investigación filial, el interés del hijo parece localizarse en el establecimiento de la *verdad biológica*, aun cuando el éxito de una acción pueda modificar una realidad sociológica anterior. En este sentido aclara que “en rigor, deben perder importancia las presunciones legales y/o la posesión de estado, en favor de pruebas más exactas, como las biológicas, en la investigación de la paternidad”³⁴⁷.

345 TEDH del 27/10/1994, caso Kroon y otros c/Países Bajos, en *Revista General del Derecho*, año LIII, Nº 632, mayo de 1997, p. 5364.

Por su parte, una profesora argentina ha sostenido igual solución para el derecho interno, entendiendo que la norma que niega legitimación para impugnar la paternidad a la madre y al padre biológico viola la Convención de los Derechos del Niño (vid. GUTIÉRREZ, Delia. “Los tratados sobre derechos humanos y la acción de desconocimiento de la paternidad legítima”, en *Revista de Derecho de Familia*, 1997-11-69).

Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Derechos humanos, derecho comunitario, derecho constitucional y familia”, en *Loc. cit.*

346 María Josefa Méndez Costa (Op. cit., p. 53) indica que los preceptos constitucionales, programáticos u operativos, coinciden en proclamar la equiparación de las filiaciones, sin incidir en la situación de los progenitores, dejando de lado la protección del matrimonio y la familia fundada en él. Por tanto, se llega al derecho positivo privado interno descendiendo de lo doctrinario a las pautas internacionales y de éstas a las constitucionales, sin superación de la misma problemática: conciliar el respeto por la persona y la defensa de la familia legítimamente constituida.

6.5.3 Promoción constitucional de la investigación de la paternidad

Nuestra Constitución no contiene una norma expresa que fomente o incentive la investigación de la paternidad, como sí lo hacen otras constituciones³⁴⁸, que orientan su rumbo hacia el descubrimiento de la *verdad real* de la filiación a través de todos los medios probatorios posibles.

El caso de la legislación suprema de España es ejemplar, como se cita en nota precedente, pues el dispositivo en mención, aunque integrado en su parte programática (“Principios rectores de la política social y económica”), a decir de Domínguez Platas:

“contiene un mandato que se dirige al legislador, establecido en términos de *posibilitar* la investigación de la filiación. Investigación que será *facilitada* aunque sea por vía de la interpretación extensiva que hará el juzgador antes que enfrentarse a la amenazante inconstitucionalidad por no *posibilitarla*”³⁴⁹.

Esta tendencia constitucional es loable pues representa el reconocimiento máximo de la ley en una materia esencial, como es la vinculación padre-hijo, que nuestro sistema constitucional no reconoce *expressis verbis*.

Pero no es para lamentarnos categóricamente indicando que es una deficiencia constitucional el desatender la indagación filial y ante ello exigir una reforma. El razonamiento no va por ese lado. La investigación de la paternidad es un derecho y, a la vez, un deber implícitamente reconocido.

Para ello citamos a Bidart Campos:

“Haya o no haya norma expresa, damos por verdad que hoy todo derecho constitucional de un estado democrático incluye y contiene

347 Op. cit., pp. 31-32, nota 34.

348 Bolivia (1954), “Artículo 132.- ... Es permitida la investigación de la paternidad conforme a ley”.
 Costa Rica (1949), “Artículo 53.- ... Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a ley”.
 Cuba (1992), “Artículo 37.- ... El Estado garantiza mediante los procedimientos legales adecuados la determinación y el reconocimiento de la paternidad”.
 Guatemala (1945), “La ley determina la forma de investigar la paternidad”.
 España (1978), “Artículo 39.- ... La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.
 Italia (1946), “Artículo 30.- ... La ley dictará las normas y los límites de investigación de la paternidad”.
 Panamá (1946), “Artículo 58.- La ley regula la investigación de la paternidad”.
 Venezuela (1961), “Artículo 75.- La ley proveerá lo conducente para que todo niño, sea cual fuere su filiación pueda conocer a sus padres, para que estos cumplan el deber de asistir, alimentar y educar a sus hijos y para que la infancia y la juventud estén protegidas contra el abandono, la explotación o el abuso”.

349 DOMÍNGUEZ PLATAS, Jesús. Op. cit., p. 454.

en su sistema de derechos (alimentado por una matriz de principios y valores favorables a la persona humana) el derecho de todo ser humano a indagar su filiación y a emplazarla; el derecho a la identidad personal y al estado civil de familia, que se conecta íntimamente al anterior; el derecho a integrar una familia y a gozar de su protección, etc.³⁵⁰.

En este punto, es de considerar que la lucha jurídica más difícil y larga ha sido la encaminada a lograr que en el proceso de filiación se permita la libre investigación de la paternidad y de la maternidad en los códigos civiles –y ni qué decir en las constituciones– para lo cual, además de otros factores, han servido eficazmente los últimos avances científicos referidos a las pruebas biológicas de la filiación³⁵¹.

De esta manera, la aceptación, adecuación o creación de mecanismos legales apropiados para la protección de los derechos (llámense humanos, que están en constante mutación histórica³⁵² o perfeccionamiento³⁵³) es indispensable.

Esto ha sucedido con el reconocimiento legal de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad, principio que hoy forma parte del *Jus commune europeum* en materia de filiación y que, más que una necesidad particular, es una exigencia social. Esto lo vemos reflejado en el consenso doctrinal, bastante generalizado, en el sentido de que la persona humana para asen-

350 BIDART CAMPOS, Germán. Op. cit., p. 240.

351 Con un criterio un poco más reservado Cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel. “El derecho a la propia identidad”, en *El derecho ante el proyecto de genoma*. Madrid: Fundación BBV, vol. IV, 1994, p. 156.

352 Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Las generaciones de derechos humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* Nº 10, 1981.

353 La clasificación actual en grados o generaciones de los derechos humanos admitidos unánimemente por la doctrina y la ley son:

- Los de *primera generación*: Derechos de defensa contra el Estado y están referidos a la libertad individual (a la libertad, a la vida, integridad, propiedad).
- Los de *segunda generación*: Derechos de participación o derechos económicos, sociales y culturales, referidos a la igualdad (derecho al trabajo, a la vivienda digna, a la salud).

Sin embargo, han surgido dos nuevos grados que carecen de texto internacional que los enuncie:

- Los de *tercera generación*: Derechos al desarrollo, progreso y calidad de vida (derecho a la paz, calidad de vida, protección frente a la manipulación genética, medio ambiente, libertad informática, consumo, protección del patrimonio histórico o cultural, a la autodeterminación, la defensa del patrimonio genético de la humanidad).
- Los de *cuarta generación*: Derecho a ser diferente (homosexualidad, cambio de sexo, aborto, al rechazo de tratamientos médicos que llevan a la muerte).

tarse en la sociedad debe estar segura de sus orígenes y conocer a sus progenitores, no sólo en sus características genéticas, teniendo acceso a su genoma, sino comprendiendo su personalidad, como seres de carne y hueso, a quienes amar y admirar, imitar o discrepar³⁵⁴.

A fin de salvaguardar la procreación y el establecimiento filial, lo expuesto, y en esencia el apoyo y reconocimiento constitucional de la investigación de la paternidad, exige una regulación bajo normas constitucionales expresas y claras pues no es un tema exclusivo del Código Civil. Para entender, y quizá justificarlo, tomemos la idea de Francesco Galgano, quien alude que actualmente se ha producido un *vuelco de las constituciones modernas*, pues su interés está centrado en proteger al ser humano, en razón de que es el eje de la disciplina jurídica, sea pública o privada; de allí su nueva denominación *derecho constitucional privado*. Por su parte, Joaquín Arce y Flores-Valdés ha denominado a este fenómeno *derecho civil constitucional*, en el que se insufla a las constituciones *todo* lo relativo a la protección al ser humano³⁵⁵, donde la determinación de la identidad filial es, sin la menor duda, una parte esencial.

6.6 Marco legal de la filiación

La filiación, como relación jurídica familiar básica y primordial, tiene un sustento legal muy rico.

La Declaración de los Derechos del Niño³⁵⁶ establece de manera genérica que (principio 6) “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales no deberá separarse al niño de corta edad de su madre”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁵⁷ indica que (artículo 24) todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera por parte de su familia, la sociedad y el Estado. Este principio es recogido por la Convención Americana de Derechos Humanos³⁵⁸ (artículo 19) y por el Protocolo Adicional a la Convención

354 GARCÍA CANTERO, Gabriel. Op. cit., p. 159.

355 Cit. MOSSET ITURRASPE, Jorge. “Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos?”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (derecho privado en la reforma constitucional). Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Nº 7, pp. 87-88.

356 Aprobada por votación unánime de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959.

Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales³⁵⁹ (artículo 16).

La Convención sobre los Derechos del Niño³⁶⁰ abunda sobre el tema:

“Artículo 7.- 1) El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres...

Artículo 8.- 1) Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2) Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos de ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Estas normas internacionales tienen jerarquía constitucional al ser tratados relativos a derechos humanos. Son, entonces, normas constitucionales que priman sobre las ordinarias en el sentido de que debe prevalecer el establecimiento de una filiación por sobre cualquier otro interés.

En esta dirección está establecida la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana, que indica que los derechos y libertades deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y convenios internacionales de la misma materia ratificados por el Perú. Así, prevalecen los tratados y normas internacionales, pero exclusivamente referidos a los derechos humanos³⁶¹.

En el ámbito nacional, el Código de los Niños y Adolescentes³⁶² refiere que:

“Artículo 6.- Al nombre, identidad y nacionalidad.

El niño y el adolescente tienen derecho a un nombre, a la nacionalidad peruana, a conocer a sus padres y a ser cuidados por éstos...”

357 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 (XXI), el 16 de diciembre de 1966.

358 Firmada en San José de Costa Rica, el 28 de noviembre de 1969.

359 Suscrito en El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

360 Adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1989, suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990. Asimismo, y por citar otros casos, en 1990, la suscribió Burundi, Egipto, Francia, Rumania, Senegal y Uruguay; en 1991, Bulgaria, Inglaterra, Italia y la República Checa; en 1993, Camerún, etc.

361 En la Universidad de Lima, Aída Kemelmajer incidió claramente en la importante labor que vienen cumpliendo los jueces para que los derechos humanos (consagrados en los textos constitucionales, en las convenciones y tratados) sean el principal motor de la actual evolución del derecho de familia (ponencia intitulada “Derechos humanos, derecho comunitario, derecho constitucional y familia”, en loc. cit.).

De lo detallado podemos afirmar que las disposiciones del Código Civil no brindan una regulación cabal y justa en el ámbito filial en beneficio de los hijos, por lo que se contrapone a la Constitución y a los tratados internacionales. En consecuencia, el Código Civil debe adecuar sus normas en defensa del principio de legalidad y de protección de los menores carentes de lazos parentales, que es un buen sector de la población que exige la defensa de sus derechos³⁶³.

De esta manera lo ha entendido la resolución judicial analizada cuando hace referencia a la regla *indubio pro actore* (entiéndase *indubio pro filii*³⁶⁴) sustentándose en el principio de la función jurisdiccional de que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley (artículo 139, inciso 8 de la Constitución y artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código Civil).

Pero mayor ha sido el rigor de la jurisprudencia francesa, pues ésta ha comenzado a mostrar casos de inaplicación de normas internas del derecho de familia con el fundamento de que resultan violatorias de derechos acordados por tratados internacionales. Por su parte en Argentina, Aída Kemelmajer, sustentando su posición en los trabajos de Grosman, Blanco y Bidart Campos, nos indica que la primacía de las normas internacionales empieza a ser defendida por la doctrina de este país³⁶⁵.

En este orden de ideas, es imprescindible buscar la compatibilización de los tratados sobre derechos humanos, la Constitución, el Código de los Niños y Adolescentes y el Código Civil, de manera tal que el ordenamiento legal reconozca debidamente el derecho fundamental de toda persona para reclamar la determinación de su filiación sobre la base de la probanza del *nexo biológico* entre progenitor(es) y nacido³⁶⁶.

6.7 El derecho a la identidad

362 Decreto ley N° 26102.

363 En 1994, la ONG Rádda Barnen realizó una encuesta entre un grupo de escolares de 11 a 17 años, indagando cuáles consideraban que eran sus principales derechos. En Lima las respuestas fueron, las siguientes: El derecho a la vida, a la buena educación, a la alimentación, a la integridad, a la salud y a tener un nombre y un apellido (vid. *El Comercio*. Lima, 9 de octubre de 1994, sección G, p. 13).

364 Este axioma es la evolución del antiguo *In dubio contra libero naturales* (en la duda contra los hijos naturales) y del *In dubio pro liberis naturalibus* (en la duda debe estarse por los hijos naturales). De esta manera, se brinda, actualmente, una protección mayor a los hijos, sea cual fuere su origen.

365 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El derecho constitucional del menor a ser oído", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (derecho privado en la reforma constitucional). Santa Fe: Rubinzal Culzoni, N° 7, pp. 158-159.

Contestar satisfactoriamente las preguntas *¿quién soy?* y *¿quiénes son mis padres?* son interrogantes que no sólo angustian a personajes de ficción, de obras famosas de la literatura universal o de la poesía³⁶⁷, sino que hombres y mujeres comunes se las han formulado alguna vez en su vida, y que algunos las plantean dramáticamente en razón de circunstancias singulares de su existencia³⁶⁸.

La Constitución peruana de 1993 se refiere variadamente al derecho a la identidad³⁶⁹.

La referencia inmediata de este derecho está en la Constitución de Portugal (1982) que en su artículo 26, dice:

“1.- A todos les serán reconocidos los derechos a la identidad personal, capacidad civil, ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen y a la reserva de la intimidad de la vida familiar y privada”.

En nuestro medio constitucional, Enrique Bernaldes dice que la identidad, como fenómeno complejo que comprende diversos elementos de identificación, abarca distintos contenidos para la persona: la identidad individual (conjunto de elementos que le sirven para distinguirse de los demás), la iden-

366 PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “La imposibilidad jurídica de coexistencia de filiaciones incompatibles y la acción de reclamación de una filiación diferente a la anteriormente establecida” en *Separata del curso de Derecho de Familia*, (período académico 1993-II). Lima: Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

367 Para Jorge Luis Borges “La paternidad es un acto de fe” (Respuesta dada en setiembre de 1982 a la entrevista a Pierre Legendre (medialista, historiador y psicoanalista). *L'empire de la vérité*. París: Fayard, 1983.

El patriarca de los poetas norteamericanos Walt Whitman en su conocido poema *Yo canto al eléctrico cuerpo*, nos dice:

Nº 3: “Conocí un hombre, un granjero vulgar padre de cinco hijos, y vi en ellos a los padres de los hijos, y en ellos a los padres de los hijos”.

Nº 7: “Esto no es sólo el hombre. Es el padre de quienes a su vez serán los padres.

En él se encuentra el germen de los populosos estados y de ricas repúblicas.

De él saldrán incontables vidas inmortales con incontables encarnaciones y delicias.

¿Cómo sabéis quién saldrá de la descendencia de su descendencia a través de los siglos?

(¿De quién hallarías que has salido tú mismo si pudieses seguir la pista a través de los siglos?)”.

368 GARCÍA CANTERO, Gabriel. Op. cit., p. 155.

369 “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

1. A su identidad

19. A su identidad étnica y cultural

Artículo 6.- Prohibición de la mención sobre el estado civil de los hijos y la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en los documentos de identidad.

Artículo 15.- Derecho del educando a una formación que respete su identidad.

Artículo 89.- El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Artículo 183.- El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil mantiene el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acrediten su identidad”.

tividad familiar (pertenencia a la sociedad por ser parte de una familia) y la identidad psicológica (sexo, raza, cultura, religión, familia, creencias, costumbres, modos)³⁷⁰.

En mi tesis de magíster³⁷¹ refería que el hombre es un ‘todo’ en el que convergen valores, actitudes y elementos biológicos; en fin, aquello que le permite la vida y la socialización. Toda persona es un ser absolutamente único, singular e irreplicable, con una perfecta unidad de alma y de cuerpo. Dicho cuerpo y su conformación biogenética lo diferencia de sus semejantes con quienes comparte una misma naturaleza: la humana.

Así, el cuerpo y su configuración son intangibles por ser constitutivos de la persona misma y de su identidad; identidad personal que, como bien nos dice Carlos Fernández Sessarego, es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, permitiendo que cada cual sea *uno mismo* y no *otro*³⁷². De esta manera, el sujeto “tiene derecho a que se le conozca y defina en su *verdad personal*, tal cual es, sin alteraciones, desfiguraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos (...) que lo distinguen de los demás”³⁷³.

De Cupis³⁷⁴, precursor de este derecho, refiere que la identidad *es el ser sí mismo con sus propios caracteres y acciones constituyendo la misma verdad de la persona*, y pone especial detalle en la identidad filiatoria, paterna o materna que le sirve a la persona para posicionarse en la sociedad, contribuyendo fuertemente a su identificación.

Y es que, la identidad filiatoria es la que surge del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres. Normalmente, entra en relación con la identidad genética, pero puede no estarlo.

Santos Cifuentes³⁷⁵ muestra su disconformidad y suelta esta interrogante: ¿Cómo puede confundirse esa amplia concepción del estado filiatorio, abstracta, anterior y que presupone derechos del sujeto, con el concreto derecho a la identidad personal, que es, igual que todos, relativamente disponible? Al

370 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993: Análisis comparado*. Lima: Konrad Adenauer y CIDLA, 1996, p. 89.

371 *Clonación. La manipulación genética frente al derecho*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Escuela de Post Grado, Unidad de Post Grado en Derecho, enero 1996, pp. 141-145. Vid. también VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho y manipulación genética*. 1a. edición. Lima: Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1996, p. 111.

372 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 113.

373 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit., p. 115.

374 Cit. CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2a. edición. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 606.

respecto deslinda, citando al familista Eduardo Zannoni, que la filiación como *estado de familia* es un *atributo* de la persona de orden público, irrenunciable, no innato sino derivado de vínculos sanguíneos y sexuales. Como tal, es un presupuesto de capacidad de vocación a la titularidad de derechos (fuente de los mismos) y que cuando se investiga la paternidad por los medios hematólogicos o genéticos, no se procura el ejercicio y la defensa de un derecho personalísimo (a conocer su identidad familiar), sino lograr la concreta posición o cualidad de la persona en el seno de la familia a la que pertenece.

Ahondando en su posición, Cifuentes alega, vigorosamente, que el *status* no es un derecho personalísimo sino un atributo y configuración de la persona. Es una cualidad esencial del ser. No hay nada disponible ni renunciabile en el estado filiatorio. Con esta posición concluye concretamente diciendo que:

“La filiación, el emplazamiento familiar, la identidad, por ende, biológico-genética, es mucho más que un derecho subjetivo. Es un atributo, cualidad, posición jurídica sustancial para ser; es el elemento del estado de las personas. No tiene nada de subjetivo, privado ni disponible”³⁷⁶.

El Código Civil peruano no toma a la identidad como un derecho expreso de la persona (a pesar de que utiliza el término para otros casos, específicamente referidos a la individualidad e identificación del sujeto). Sin embargo, la Comisión Especial que elabora el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil de 1984 ha considerado la incorporación de este importante derecho³⁷⁷.

Por mi parte considero que el derecho a la identidad se clasifica de la siguiente manera:

6.7.1 *El derecho a la identidad personal*

Referido a los atributos de la persona (elementos que diferencian a una persona de otra) como el nombre, edad, sexo, estado civil, profesión, religión, patrimonio, domicilio, capacidad y nacionalidad, determinando la individualidad propia de cada persona en sociedad y frente al derecho.

375 CIFUENTES, Santos. Op. cit., pp. 611 y 612.

376 CIFUENTES, Santos. “Difícil y necesario equilibrio entre los intereses públicos y los derechos personalísimos (La *inspectio corporis* forzada)”, en op. cit., p. 318.

377 El Código del Menor de Bolivia contiene en su título III, capítulo II, Del derecho a la identidad, en el que se regula el derecho al nombre, la teoría de los efectos favorables, el registro de nacimientos y la filiación.

Sin embargo, no es posible limitar el derecho a la identidad personal a un conjunto de situaciones o categorías jurídicas, sino que debemos entenderlo de una manera amplia y heterogénea, producto de la bioquímica y de las vivencias del hombre, pues la identidad se presenta como la *unidad* y el *todo* del ser humano.

Como nos ilustra Vila-Coro:

“La identidad personal es un haz de fuerzas resultante de la fuerza expansiva del *código genético* que es el principio intrínseco de actividad, modificado por los impulsos procedentes del *hábitat* y, ambos a su vez, atemperados o dirigidos por el ejercicio efectivo de la libertad”³⁷⁸.

De allí que el ser humano “se halla en la intersección de tres ejes de coordenadas: herencia, ambiente y su propia libertad personal”³⁷⁹.

6.7.2 *El derecho a la identidad sexual*

El hombre como ser inteligente, pensante y procreador conoce, quiere y se identifica con su sexo.

Pero el sexo no es sólo el aspecto corporal o anatómico, sino un conjunto variado de elementos y condiciones interrelacionadas que distinguen al macho de la hembra. Esto quiere decir que el sexo no se agota en lo físico. Lo físico es sólo *una* parte, no el *todo*.

Esta variedad de elementos me llevan a proponer un esquema que presentaría los cinco tipos de sexos que tenemos:

Tabla Nº 11. Tipos de sexo y sus características

Sexo	Hombre	Mujer	Característica
Cromosómico	XY	XX	Inmodificable
Gonádico	Testículos	Ovarios	Modificable
Anatómico	Pene	Vagina	Modificable
Psíquico	El que siente	Inmodificable	
Registral	El que consta en documentos	Modificable	

378 VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. “Los límites de la bioética”, en *Biotecnología y futuro del hombre: La respuesta bioética* (Conversaciones en Madrid), 1a. edición. Madrid: Eudema S.A., diciembre 1992, p. 76.

379 VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *Introducción a la biojurídica*. Op. cit., pp. 207-208.

Cuando alguno de estos sexos no coinciden con otro(s) surge la llamada alteración sexual o conducta sexual disfuncional (homosexualidad, travestismo, transexualismo, hermafroditismo, etc.) permitiéndose, en determinados casos, la correspondiente adecuación de sexo³⁸⁰.

En concreto, el derecho a la identidad sexual protege la integridad psicosomática de la persona relacionada con su sexo, de manera tal que se logre la identificación del sexo que tiene con el que psíquicamente siente.

6.7.3 *El derecho a la identidad genética*

El ser humano es un conjunto celular y genómico.

La información contenida en el núcleo de la célula se conforma a partir de las características de los progenitores.

En el núcleo celular se halla el patrón o huella genética que tiene todo ser viviente. En el caso del ser humano, surge en el momento de la concepción cuando el núcleo del espermatozoide intercambia su información genética con el núcleo del óvulo (singamia). Esta huella o pauta genética, insistimos, es el resumen de la información aportada por los progenitores del procreado, de allí la posibilidad de determinar con certeza el origen biológico de la filiación.

De esto se deduce que desde la concepción el ser humano tiene una determinada identidad³⁸¹.

Dentro de esta clase de derecho a la identidad se sitúa la posibilidad científica de indagar y afirmar la paternidad o maternidad, a través de las pruebas biogenéticas.

Con estos métodos especiales se busca determinar el origen de la huella genética de un sujeto, de manera tal que encuentre su verdadera relación filial.

La huella genética y el genoma son parte del derecho a la identidad genética, teniendo una estrecha vinculación con el derecho a la integridad (al trabajar con elementos biogenéticos), a la dignidad (correcta aplicación y uso), a la libertad (autodeterminación de someterse o no a las pruebas) y a la intimidad (la información obtenida es individual y privada).

380 Vid. "Bases para una legislación sobre adecuación de sexo en casos de transexualismo y consiguiente modificación de nombre", en *Cuadernos de Derecho*. Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima: Universidad de Lima, 1992, año 1, Nº 1, p. 61.

381 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit., p. 21.

Este tipo de identidad será entendida en un doble sentido: identidad genotípica (herencia genética) e identidad hábitat (paratipo-ambiente que permite desarrollar unos genes u otros)³⁸².

Vila-Coro³⁸³ viene proponiendo que el derecho a la identidad personal se desdobra en dos facultades especiales:

El derecho a la propia herencia genética, que se vulnera a través de la manipulación genética al variarse la información natural del ser humano (investigaciones científicas, terapias genéticas).

El derecho al propio "hábitat" natural que le proporcionan sus progenitores, se ve afectado cuando se aísla o aparta al concebido del medio que le es propio, situándolo en otro distinto, sea en la etapa prenatal o posnatal (cesión de material genético –anonimato– o embriones –maternidad subrogada–, fecundación *post mortem*).

Nuestra legislación no es ajena al término identidad genética. La Ley de Propiedad Industrial³⁸⁴ refiere (artículo 28, inciso c) que no serán patentables las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre su identidad genética. La orientación legal de esta norma está dada en proteger el genoma humano como un bien jurídico de la persona y como patrimonio de la humanidad.

6.8 El derecho a la investigación de la paternidad

El legítimo interés faculta a todo sujeto a iniciar las acciones legales a fin de averiguar su nexo filial.

Esto quiere decir que la investigación de la paternidad es un derecho inherente de la persona, cuyo objetivo es indagar, adecuar y establecer la verdad biológica con la relación jurídica de la filiación. Es por ello que, como derecho, protege y encauza el interés privado de la persona por hallar sus orígenes familiares a través de los medios jurisdiccionales correspondientes.

La decisión de hacer uso de este derecho implica accionar judicialmente. Accionar que, por su naturaleza, conlleva a ser un acto de libertad pensado, evaluado cuidadosamente, pues lo que se va a discutir y establecer, el entronque familiar, resulta sustancial para la persona.

Dados los sujetos intervinientes y las consecuencias jurídicas que genera, es básico establecer quién es el sujeto beneficiario directo y primario de este

382 "El impacto de la biotecnología en el derecho" Comisión 1, en *El derecho privado en la Argentina*. II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros. Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán, II parte, diciembre de 1992, p. 72.

383 VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. Op. cit., pp. 209-228.

384 Decreto legislativo N° 823, del 24 de abril de 1996.

derecho, en otras palabras, el derecho a la investigación de la paternidad como tal es un *derecho del hijo* o un *derecho de los progenitores*.

Partiendo de una interpretación *in extenso* del principio del interés superior del niño, reconocido en nuestro ordenamiento y en el ámbito internacional, es fácil establecer que el sistema jurídico peruano pone especial atención en el niño, configurándose, por tanto, como un derecho que corresponde, en primer término, al hijo³⁸⁵.

Por este orden de preferencia, el derecho a la investigación de la filiación es más un derecho vinculado con el derecho a conocer el propio origen biológico que con el derecho a la paternidad.

Una mirada a la doctrina nos hace ver la falta de pronunciamiento acerca de la naturaleza de este derecho, es decir, si es fundamental o no. En el derecho privado, y especialmente en el civil, el tema ha sido estudiado ampliamente, afirmándose el carácter de derecho fundamental que tiene el conocer el propio origen biológico y, por tanto, a la investigación de la paternidad³⁸⁶.

Lo que sí se ha apreciado es que jurisprudencialmente la tendencia es que la investigación de la paternidad entraña un *derecho primigenio del hijo frente a otros derechos individualistas*³⁸⁷. Esto es demostrado frente a las colisiones alegadas entre este derecho y otros como el honor, la intimidad, la integridad o la tutela judicial efectiva, entendiéndose que el derecho a la investigación de la paternidad responde esencialmente a una *finalidad protectora*,³⁸⁸ de allí su prevalencia.

Por el momento, el derecho a la investigación de la paternidad no se tutela *per se* como un derecho autónomo, sino que depende de la existencia de otros derechos para su configuración, como es el derecho a conocer el propio origen biológico, entre los principales. Es necesario forjar su inmediata independización y configuración como derecho fundamental de la persona³⁸⁹. Sus objetivos, características y fundamentos así lo exigen.

En cuanto a las características de este derecho es de detallar que son las siguientes:

- Es un derecho de la persona.
- Tiene una finalidad protectora y de establecimiento del estado civil filial.

385 En similar orientación está Alemania, Bélgica, Francia y Polonia. En Sudamérica, el Código de familia de Bolivia (artículo 174, inc. 1) establece que es derecho fundamental de los hijos: establecer su filiación paterna y materna, y llevar el apellido de sus progenitores.

386 En este sentido, GUZMÁN ZAPATER, GIMENO BAYÓN y RIVERO HERNÁNDEZ.

387 Con especial incidencia en el carácter público y de *ius cogens* que está adquiriendo el derecho de familia. Vid. STS de 15 de marzo de 1989 (cfr. *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 4825).

388 STS de 12 de noviembre de 1987 (cfr. *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 8396).

- Su objetivo es fijar la adecuación entre la verdad formal y la verdad biológica.

6.9 El derecho a conocer el propio origen biológico

En Alemania, a finales de la década de los cuarenta surge un nuevo derecho, el derecho a conocer el propio origen biológico o ascendencia biológica del que toda persona es titular.

Esta es una facultad propia y natural del ser humano que, sustentada en el principio de la verdad biológica, le permite el ejercicio de averiguar quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible (*patre nullu natus*).

Este derecho recibió un impulso mayor a inicios de los ochenta como consecuencia de los avances de las técnicas de reproducción humana asistida, dado que la aplicación indiscriminada y sin respeto a los principios naturales desencajaron la coherencia biolegal, al utilizar gametos de terceros, prácticas de maternidad subrogada, etc.

Quesada González, citando a Nueumann Duesberg, señala que:

“... vigente ya la *Grundgesetz*, fundamentó este derecho de la personalidad en la analogía existente entre el derecho al conocimiento de la filiación biológica y el derecho al nombre (*Namensrecht des § 12 BGB*), por ser ambos distintivos individualizadores de la persona”³⁹⁰.

Tomando esta idea, la misma autora, Quesada González, ensaya como base legal de este derecho el artículo 10 de la Constitución española y, partiendo del derecho a la dignidad de la persona (faceta estática) y el libre desarrollo de la personalidad (faceta dinámica) hace posible considerar que el derecho al conocimiento del verdadero origen biológico es uno de los derechos de la personalidad. Es decir, establece que este nuevo derecho forma

389 Mónica GUZMÁN ZAPATER (cfr. op. cit., pp. 45-46) analiza de manera interesante la posibilidad de recurrir en amparo frente a la violación de este derecho, estableciendo que los recursos de amparo tienen por objeto central la tutela de los derechos fundamentales comprendidos en el “núcleo duro” (artículos 14 a 29 de la Constitución española, referidos a los derechos y libertades). El derecho a la investigación de la paternidad no es un derecho directamente accionable en amparo, no goza de tal garantía. Sin embargo, “... la infracción del derecho a la investigación de la paternidad (...) sólo *indirectamente* es accionable en amparo: cuando se ha entendido que, impedir o admitir injustificadamente la investigación de la paternidad, es susceptible de conculcar el derecho a la *tutela judicial efectiva*, (...) el derecho a la intimidad (...) al honor, (...) e incluso el derecho a la integridad física...”.

parte de la dignidad humana y su ejercicio contribuye al libre desarrollo de la personalidad³⁹¹. Reafirmando esta posición, Roca i Trías reluce los estrechos ligámenes que tiene este derecho con otros fundamentales como, aparte de los ya mencionados, la intimidad³⁹².

A decir de Zannoni³⁹³, en el derecho a conocer el propio origen biológico existe una relación entre la identidad personal y la realidad biológica, mediante la cual un sujeto encuentra su pertenencia a una familia y obtiene el emplazamiento de su estado que, de acuerdo con su origen biológico, le corresponde.

Esto implica que el derecho a preservar la identidad personal como identidad filiatoria o genética es común a toda persona, no es exclusivo o sólo privativo de los niños.

En el sistema peruano, el derecho a conocer el propio origen biológico no es un derecho expreso en la Constitución, pero siguiendo el criterio antes citado diríamos que está reconocido tácitamente con la dignidad e identidad, en base al artículo 3 (derechos implícitos o no enumerados), que es una cláusula general abierta³⁹⁴ a través de la cual el ordenamiento jurídico tutela a la persona también en supuestos no típicamente establecidos, cuando así lo entiende o exige la sociedad.

Los fundamentos que determinan la existencia de este derecho están íntimamente relacionados con el derecho a conocer la identidad del progenitor o el derecho a conocer a sus padres³⁹⁵ que, como dice Alex Plácido, es:

“un derecho fundamental del niño, que se sustenta en el reconocimiento de que el infante, para pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor, comprensión. Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuitio personae*, por tanto, irrenunciable e imprescriptible”³⁹⁶.

390 QUESADA GONZÁLEZ, Ma. Corona. “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, en *Anuario de derecho civil*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, tomo XLVII, fasc. II, abril-junio, 1994, p. 241.

391 Op. cit., pp. 246-252.

392 ROCA i TRIAS, Encarna. “Adopción y datos biogenéticos: El proyecto genoma humano como auxiliar de las técnicas de desarrollo de la personalidad”, en *El derecho ante el proyecto de genoma*. Op. cit., p. 222.

393 ZANNONI, Eduardo. “Identidad personal y pruebas biológicas”, en op. cit., p. 159.

394 Pietro Perlingieri, en Italia, excluye cualquier taxatividad o tipicidad de los derechos de la persona por considerar los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana como cláusula abierta. Cfr. PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Nápoles: Edizioni Sclentifiche Italiane, 1984, p. 362.

Su objetivo o ámbito será la investigación de la filiación natural o sanguínea, el derecho a conocer la identidad del progenitor del niño adoptado y el derecho a conocer la identidad del cedente de gametos en las técnicas de reproducción³⁹⁷.

Dada la trascendencia que el ejercicio de este derecho significa para la persona, es prioritario fomentar su reconocimiento expreso y que sea elevado como derecho de la persona y, más aún, como derecho fundamental con rango constitucional.

Ello permitirá, entre otros supuestos:

- Determinar el origen de la identidad genética.
- Exigir el cumplimiento de los deberes básicos y asistenciales (alimentos, nombre, herencia, entre otros).
- El libre y pleno desarrollo del ser humano.
- Su consideración como derecho inviolable.

Este derecho se presenta, hoy por hoy, como impostergable e incuestionable, pues su negación implicaría situaciones de clara desigualdad, cuando no de abuso y discriminación.

6.10 Pruebas biológicas y Constitución

Puedo decir, sin temor a equivocarme, que el gran apoyo que la genética presta al derecho, en estos días, en el área de la identificación personal es determinante y sin precedentes³⁹⁸.

La identificación de las personas mediante técnicas genéticas no es utilizada sólo en el derecho civil para los procesos de filiación sino en otras ramas, como en el derecho penal (determinación del autor de un crimen), el derecho internacional (procesos de inmigración), el derecho procesal penal (exculpación a procesados ya condenados³⁹⁹) e, incluso en arqueología⁴⁰⁰. Y sobre todo, como refiere Aída Kemelmajer:

395 La Convención sobre los Derechos del Niño manda que el niño tendrá derecho, desde que nace, a conocer a sus padres (artículo 7), el *Código de los Niños y Adolescentes*, que el niño y adolescente tiene derecho a conocer a sus padres. Asimismo, el Código de la Familia de Panamá indica que todo menor tiene derecho a conocer quiénes son sus padres (artículo 489, inciso 3) y el Código del Niño de Uruguay (artículo 173) dice que todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres.

396 PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Ensayos sobre derecho de familia*. Lima: Rodhas, 1997, p. 150.

397 CORRAL TALCIANI, Hernán. *La configuración de un derecho a conocer la identidad del progenitor biológico*. Ponencia presentada al VII Congreso Mundial de Derecho de Familia, San Salvador, 1992, p. 4.

“El derecho constitucional no es ajeno a la cuestión porque están involucrados el derecho a la identidad personal, a la intimidad, a la disposición del propio cuerpo, etc.”⁴⁰¹.

De acuerdo con esta vinculación, es fácil establecer la relación o implicancia de las pruebas genéticas con la Constitución:

6.10.1 *Afectación de los derechos fundamentales*

El hecho de requerirse la voluntad aquiescente para la práctica de las pruebas biológicas plantea un conflicto que puede afectar, como lo hemos estudiado, los derechos fundamentales de la persona si no existe esa voluntad o se niega su práctica. De ahí que se haya cuestionado, e incluso negado, la constitucionalidad de estas pruebas⁴⁰².

En efecto, la aplicación de las pruebas biogenéticas puede determinar una vulneración a los derechos personales del analizado, constituyendo una duda acerca de su legalidad constitucional.

Linda Liesen⁴⁰³ nos dice que los dilemas básicos en cuanto a la aplicación de estas pruebas son:

Protección de:	Protección contra:
Autonomía	Coerción y compulsión

398 El ADN es “el elemento de prueba forense más poderoso y preciso que jamás se haya creado” (William SESSIONS, director de la Brigada de Investigación Criminal del FBI, 20 de febrero de 1989). Cit. STEPHAN, Robert T. “Genética y culpabilidad: ¿Quién paga el precio?”, en *El derecho ante el proyecto de genoma*. Op. cit., p. 231.

399 Un informe sobre la pena de muerte en Estados Unidos indica que las pruebas del ADN han revelado errores en el caso de 69 condenados a la pena capital, los que han tenido que ser puestos en libertad al habersele atribuido erróneamente una responsabilidad penal. Tal es el caso de Ronald Jones, condenado a pena de muerte (1989) por violación y asesinato, habiendo revelado recientemente los análisis de ADN que el semen encontrado en el cuerpo de la víctima no correspondía al ejecutado. Las pruebas genéticas prueban que hay muchos más inocentes en espera de ser ejecutados de lo que se creía. Cfr. “ADN prueba que hay inocentes que esperan ejecución en los EE UU”, en *El Comercio*. Lima, 17 de julio de 1997, sección B, p. 1.

400 La identificación de la estructura del ADN de la momia Juanita —conocida como la Doncella de Ampato, fue una princesa inca sacrificada hace 500 años en el nevado arequipeño de Ampato— permitirá descubrir su origen y aspectos poco conocidos de la religión inca (existencia de una casta destinada a los sacrificios, lugar de procedencia a través de la comparación de códigos genéticos). “ADN de momia Juanita despejará muchas dudas”, en *El Sol*. Lima, 16 de setiembre de 1997, sección B, p. 5.

401 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El valor de la prueba genética en el derecho argentino”, en op. cit., p. 173.

Dignidad humana	Una visión de la vida reduccionista
Intimidad	Control social
Equidad	Discriminación
Justicia	Estigmatización

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre la aplicación de pruebas biogenéticas, se ha argumentado que su uso ocasionaría la afectación de derechos fundamentales como la libertad (personal o religiosa) o autodeterminación, la objeción de conciencia, la dignidad, la intimidad, la integridad, la igualdad, el honor, a no declarar contra sí mismo y hasta la primacía de la presunción de inocencia frente a la *inspectio corporis* y el derecho a la tutela judicial efectiva.

El hecho está en que nadie puede ampararse en la ley ni refugiarse en sus derechos para negarse a rendir una prueba, *máxime* si está de por medio un interés digno y un derecho superior como es el de la identidad de un menor. Éste ha sido el criterio unánime de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema. Y así lo ha tomado el Tribunal Constitucional español que en sentencia (19/1/94) determinó la prevalencia de los derechos del hijo frente a los del progenitor⁴⁰⁴.

6.10.2 Principio de libertad de investigación de la paternidad

Las pruebas biológicas no están prohibidas por nuestra Constitución. Tampoco se les reconoce expresamente, como sí lo hacen otras constituciones (*supra* 6.5.3, nota 348), al disponerlas implícitamente como una exigencia de aplicación en los procesos judiciales a fin de hacer factible el principio de libre investigación de la paternidad.

Como se ha indicado, el artículo 6 de la Constitución peruana, con su desarrollo extensivo de protección de la paternidad y la filiación, serviría como sustento primario para la admisibilidad de la investigación biológica de la paternidad.

402 EGÚSQUIZA BALMASEDA, Ma. Ángeles. Op. cit., (I), p. 77.

403 Cfr. "Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: Una perspectiva europea", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1996, N^o 4, p. 68.

404 LLEDO YAGÜE, Francisco. "La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de enero de 1994", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1994, N^o 1, p. 207.

6.10.3 Efectividad de las pruebas

Por motivos históricos o de desconocimiento se tiene la errónea idea de que la exclusión de la paternidad es una cuestión absoluta y clara, mientras que la prueba positiva se sumerge en el tenebroso mar de las probabilidades y se piensa que debe ser valorada con cautela.

Debe aclararse que tanto la prueba negativa como la positiva son igualmente seguras y sus resultados son incontrovertibles, pero, como toda prueba, poseen un margen de error que es calculable⁴⁰⁵.

En este sentido, la legalidad y validez de las pruebas biológicas así como la valoración y aplicación de sus resultados en lo referente a este punto, no merecen mayor problema y no contrarían las normas constitucionales del debido proceso (artículo 139, inciso 3).

6.11 Conclusión

La filiación, identidad y paternidad no son conceptos exclusivos del derecho civil, son también de interés constitucional al establecer vínculos jurídicos de protección al sujeto de derecho, y en especial a la niñez.

El Código Civil establece que la determinación de la filiación se sustenta en presunciones expresas que permiten su investigación judicial. Como supuestos cotidianos, estas presunciones no agotan todas las posibilidades en que se puede indagar el nexo parental, restringiendo el legítimo interés natural de accionar en defensa del reconocimiento de nuestro derecho a la identidad. Así, nuestro sistema tiende al establecimiento de una *filiación social* antes que a una *filiación biológica*.

De lo expuesto, es claro que la ley civil no brinda una regulación adecuada a la filiación (incluso vigente la ley 27048), contraponiéndose a la Constitución y a los tratados internacionales. Prefiere la duda y desprotección de la niñez. De esta manera lo ha entendido la resolución judicial analizada cuando aplica la regla *indubio pro filii*.

Sin embargo, la omisión o deficiencia de las normas no pueden dejar sin amparo jurídico al hijo cuando existen otros indicios suficientes para probar la paternidad. Este es la *ratio decidendi* de la resolución judicial que, salvando los perjuicios del sistema cerrado de paternidad, abre paso a una investigación libre, pero coherente y oportuna, de los supuestos presentados en el juicio de reclamación del vínculo filial. Se deja de lado la *filiación social* y se busca la *filiación biológica*.

405 CARRACEDO, Ángel y BARROS, Francisco. Op. cit., pp. 195-196.

La Corte declara la paternidad al comprobar la relación extramatrimonial antes, durante y después de la época de la concepción. Este criterio judicial se aparta de las consideraciones taxativas y esquemáticas de la determinación de paternidad extramatrimonial del Código Civil, pero se ciñe a las normas constitucionales referidas al respeto y defensa de los derechos fundamentales de las personas y a la protección de la niñez, como principio básico para resolver la pretensión. Asimismo, en defensa de la procreación, reconoce las consecuencias de las relaciones extramatrimoniales de manera tal que, relacionándolas, determina la filiación.

Dentro del razonamiento judicial se consideraron puntos esenciales para la decisión: la filiación, la maternidad y la familia como derechos sociales, de los que se desprenden la protección de la persona y la familia, la unidad de la filiación y la promoción constitucional de la investigación de la paternidad; el derecho a la identidad; el derecho a la investigación de la paternidad; el derecho a conocer el propio origen biológico, y la legalidad de la aplicación de pruebas biogenéticas.

De ello podemos alegar, en concordancia con el derecho comparado, que el derecho a la identidad se ha especializado con la identidad genética y ha aparecido un *nuevo derecho*: el de conocer el propio origen biológico y su garantía, cual es la promoción constitucional de la investigación de la paternidad.

Expresamente, estos derechos no están reconocidos en nuestra legislación, debiéndose asumir dentro de la corriente actual de positivización en defensa del ser humano.

Conclusiones

1. La familia es la célula vital de la sociedad. Más que una institución jurídica es una institución socionatural por medio de la cual se realizan infinidad de relaciones de orden personal y social. Gracias a ella se satisfacen las necesidades de sus integrantes y sirve como medio de vinculación parental y de perpetuación de la especie.
2. La filiación es el vínculo jurídico más importante y de mayor trascendencia del derecho de familia. Permite el surgimiento de la relación jurídica de descendencia de padres a hijos, con los correspondientes deberes, derechos y obligaciones que le asisten a cada quien.
3. Consustancial del ser humano, la filiación forma parte del derecho a la identidad, habiendo surgido nuevos derechos que tienden a su protección y determinación, como es el derecho a la individualidad biológica, el derecho a la investigación de la paternidad y el derecho a conocer el propio origen biológico, prerrogativas éstas que son innatas en el hombre (*jus eminis naturae*).
4. La filiación es la *condictio sine qua non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia.
5. Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado, ésta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción con relación a los progenitores. De allí que se diga que la filiación humana está basada en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación. Para que surta efectos legales debe ser conocida conforme a derecho.
6. La información contenida en el núcleo de la célula se conforma a partir de las características de los progenitores. En el núcleo celular está la huella genética que surge en el momento de la concepción,

cuando el núcleo del espermatozoide intercambia su información genética con el núcleo del óvulo (singamia). Esta huella genética es el resumen de la información aportada por los progenitores del procreado, de allí la posibilidad de determinar con certeza el origen biológico de la filiación. De esto se deduce que desde la concepción el ser humano tiene una determinada identidad.

7. La filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre.
8. Los términos paternidad y filiación expresan calidades correlativas, esto es la calidad de padre y la calidad de hijo, respectivamente. El uno no se puede concebir sin el otro. Pero la palabra filiación presenta un sentido más extenso. Ella corresponde no sólo a la paternidad sino también a la maternidad. El parentesco reposa sobre el hecho de la filiación.
9. A pesar de las marcadas características de cada uno de estos términos, la corriente jurídica que postuló la igualdad entre los hijos ha llevado a abolir toda diferencia entre paternidad y filiación, a efectos de no determinar el modo, circunstancias, tiempo y forma como ha sido concebida una persona.
10. La filiación es consustancial e innata al ser humano en el sentido de que el *status filii* es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación, no sólo para generar consecuencias legales, sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad.
11. El problema fundamental que presenta la filiación es el hecho de su establecimiento o fijación.
12. La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad de manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación, constituyendo el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial. Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación propiamente dicha y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada).
13. La cuestión surge cuando se intenta correlacionar el vínculo biológico con el jurídico. Mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto

- en su establecimiento. Se contraponen, hasta cierto punto.
14. Escapa del derecho la posibilidad de crear un vínculo biológico. Sólo lo puede reconocer o impugnar, de allí que el vínculo jurídico no es el elemento creador de la filiación, sino que es su elemento calificador y condicionante.
 15. Existen dos cuestiones elementales en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho biológico de la procreación y el acto jurídico de su prueba.
 16. Estos dos presupuestos básicos sientan sus bases en las ciencias biológicas, las que tienen como regla evidente el hecho de que cada hijo tiene necesariamente un padre que lo fecundó y una madre que lo alumbró. Sin embargo, para el derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre éstos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación.
 17. No siempre existe correlación exacta entre la paternidad jurídica y la paternidad biológica aun cuando el derecho trate de apoyar la primera en la segunda, esforzándose porque ambos conceptos concuerden.
 18. La determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta.
 19. La filiación se determina por naturaleza o de manera formal. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La formal surge de la adopción o por técnicas de reproducción humana asistida.
 20. Para los hijos matrimoniales la filiación se acredita conjuntamente respecto del padre y de la madre. Al demostrar la maternidad se manifiesta la paternidad del marido (principio de la indivisibilidad de la paternidad matrimonial), a pesar de que luego pueda ser impugnada.
 21. Frecuentemente, el hijo extramatrimonial goza de hecho de *status filii*, pero no del *status familiae*, es decir, tendrá un nombre, pero no las relaciones familiares completas.
 22. Tender a la verdad biológica, dejando de lado la verdad social, es ponernos al día legislativamente, remozando los conceptos que por tradición han primado en el derecho de familia referido a esta materia. Admitir, simplemente, las pruebas biológicas no es la solución exacta. Brindarle adecuada regulación jurídica es lo conveniente, reafirmando el principio natural de que la filiación tiene su *causa iuris* en la concepción.
 23. Por regla general, y siguiendo los criterios decimonónicos, la investigación de la paternidad fue prohibida tomándose como argumento

el chantaje contra los supuestos padres y la vulneración de la paz, intimidad e integridad de la familia legítimamente constituida. En aras de la protección de la familia, el sistema jurídico actuó como cómplice del padre (autor) ocultándolo, desprotegiendo a la madre célibe y a los hijos extramatrimoniales (víctimas). Dentro de este sistema, el *principio de razón* jugó un rol muy importante en el sentido de que de dos males se ha de preferir siempre el menor, así la consecuencia mínima será que un desgraciado se quede sin padre, antes que promoverse procesos escandalosos.

24. Después de la Primera Guerra Mundial se presentan los primeros visos de adecuación de este criterio, siendo fortalecido y difundido por los movimientos feministas. Se define a nivel legislativo por los organismos internacionales después de la Segunda Guerra Mundial, etapa en la que surge un nuevo derecho de familia y, en especial, una moderna estructura de la filiación.
25. En los sistemas filiales cerrados, la investigación paternal se tolera siempre que existan elementos básicos (supuestos de hecho) que predeterminen un estado de familia. En otras palabras, *un principio de prueba de los hechos en que se funde* que permitan la admisibilidad de la demanda.
26. Estos elementos son las presunciones que funcionan como hipótesis o indicios, reflejando casos comunes de la vida social que nos lleven a suponer que una persona es padre de otra porque existen hechos ocurridos, conductas asumidas o situaciones por comprobarse que así lo indican (rapto, retención violenta, seducción, violación, concubinato –todos coincidentes con la época de la concepción–, posesión de estado o escrito indubitado).
27. Las presunciones surgen por la imposibilidad biológica de probar el nexo filial. De esta manera, se da solución a un problema tomándose como referencia un sistema casuístico de indagación de la paternidad, con las limitaciones e inseguridades que éste genera. Son comunes en los códigos latinoamericanos que han buscado en las presunciones el origen genético de la parentalidad.
28. Las presunciones son situaciones que permiten la investigación de la paternidad. De ningún modo determinarán por sí solas su declaración. Todas y cada una admiten prueba en descargo del demandado. Es así que el supuesto padre probará por los medios que le faculta la ley su no paternidad.
29. Las características de las presunciones de paternidad son: no determinan automáticamente la paternidad; son un requisito para indagar la paternidad; deberán ser probadas; son hechos sociales; son pre-

- sunciones *iuris tantum*; admiten a debate la alegada relación filial; pierden su eficacia frente a hechos biológicos; están basadas en relaciones factuales, comunes, universales y de conducta; son desestimadas plenamente cuando se haya demostrado biológicamente que el demandado no es el padre, a pesar de haberse probado.
30. Es necesario un cambio que permita la amplia investigación de la paternidad tendiendo a fomentarla a través de principios como: la igualdad de los hijos; la permisibilidad en la investigación de la paternidad; la admisibilidad de las pruebas heredobiológicas y el amparo a la paternidad responsable.
 31. Las acciones de filiación están referidas al estado de familia, siendo su objetivo el establecer el verdadero *status filii* a través de un emplazamiento (iniciado por quien la carece) o un desplazamiento (cuando la filiación establecida no coincide con la real). Tienen como características el ser imprescriptibles, inalienables, personales, intransmisibles, irrenunciables y de eficacia *erga omnes*. En estas acciones el objeto de la prueba es la determinación del vínculo biológico-filial.
 32. El fundamento de estas acciones reside en la prueba de un hecho: la correspondencia entre la verdad biológica (procreación) y el estado filial (situación de hecho). De allí que sea de la realidad biológica que se establezca (determinación) o que quede sin efecto (impugnación) el vínculo filiativo respecto del hijo y sus progenitores.
 33. La investigación de la paternidad ha sido preocupación en todos los tiempos. El hombre ha tratado de encontrar, desde siempre, la huella imperecedera y precisa que permita establecer la real y verdadera vinculación biológica con quienes le dieron el ser y la vida.
 34. De esta permanente inquietud se deriva el hecho de que la investigación biológica de la paternidad debe contar con medios de prueba exactos y científicos, con el empleo de técnicas que arrojen resultados precisos e indubitables.
 35. La investigación biológica de la paternidad ha tenido una rica evolución, tanto histórica como jurídica. Los textos legales así como la jurisprudencia que a ella refieren datan de épocas inmemoriales.
 36. No es dable incorporar la prueba biológica dentro de nuestro sistema cerrado y presuncional de filiación. Es decir, no puede ser, simplemente, añadida en las causales existentes de impugnación de paternidad matrimonial o de la procedencia de un juicio de la filiación extramatrimonial, esto cambia su esencia pues la bioprueba no es un caso, hipótesis o supuesto (que plantean los artículos 363 o 402 del Código Civil) sino un resultado que comprueba un hecho biosocial.

37. Dada la facilidad científica para determinar biológicamente la paternidad, debe optarse por un sistema abierto de filiación, permitiendo todo tipo de pruebas científicas.
38. Una de las mayores ambiciones legales es el hacer coincidir la relación biológica con la legal. Lograr que la condición de hijo legal corresponda genéticamente a la de hijo biológico. Para el derecho como para la sociedad ello se ha presentado como una finalidad necesaria pero que, debido a consideraciones de orden meramente técnico, no se podía lograr.
39. Las leyes de Mendel dieron sus frutos en beneficio de todas las ciencias. El derecho toma para sí estas importantes investigaciones y las comienza a aplicar en aquellos casos controvertidos de paternidad, encontrándose un medio eficaz para resolver y determinar la verdadera naturaleza filiativa de una persona. Si bien al inicio su admisión al campo jurídico se vio restringido, posteriormente sus postulados científicos corroboraron su incursión como medio de prueba.
40. Las biopruebas de paternidad se sustentan en la existencia de marcadores genéticos presentes en el organismo de los padres e hijos.
41. La prueba hematológica sólo otorga un efecto negativo de paternidad. En este sentido, su valor es absoluto en tanto exista incompatibilidad sanguínea entre el pretendido padre y el supuesto hijo, ya que determinará la ausencia total del *nexum filii*. Se torna en una prueba indiferente cuando media compatibilidad en los grupos sanguíneos de las personas analizadas. El hecho está en que el grupo bioquímico del supuesto padre puede pertenecer a un gran número de personas.
42. Un examen hematológico para investigar la paternidad debe comportar el estudio de la mayor cantidad de grupos sanguíneos (ABO, subgrupos A, sistema MN, Rhesus y la propiedad de secreción) de manera tal que se alcance un alto grado de certeza en la negación de la paternidad. Esto permitirá un acercamiento a la determinación de la paternidad cuando el examen hematológico unido con otras pruebas puede inferir una relación paternal.
43. Actualmente podemos hablar de una determinación efectiva de paternidad por medio de experticias, lo que llena ese gran vacío probatorio de que ha adolecido la institución de la filiación.
44. El juez no puede sustituir al especialista e incursionar en campos científicos totalmente vedados para el derecho. En estos casos no podemos decir que la palabra del especialista deba ser considerada *res iudicata*, pero tampoco podemos negarle que, en gran medida, lo sea.

45. Los principios genéticos en que se sustenta la investigación de la paternidad presentan serias dificultades de aplicación en el campo jurídico, en razón del desconocimiento, falta de preparación y de actualización de nuestros magistrados y abogados. Este desconocimiento acerca de la eficacia de las pruebas heredobiológicas en el campo judicial ha restringido su aplicación práctica.
46. En el orden de la investigación técnica de la filiación se ha producido un gran avance científico en lo que se refiere a la individualidad genética, alcanzando porcentajes de exactitud plenos. El derecho debe considerar la validez de los métodos técnicos heredobiológicos y concederles la calidad de prueba en aquellos casos de investigación del nexo filial.
47. La doctrina ha señalado que este tipo de pruebas tiene carácter pericial.
48. El hecho de que se fomente la bioinvestigación de la paternidad no implica que se vulneren las relaciones sociales existentes, de allí la exigencia de un principio de prueba a fin de vincular el principio de veracidad (que corresponde al demandante) con el de seguridad jurídica y estabilidad (que subyace en el proceso).
49. En la admisibilidad de las pruebas genéticas debe considerarse las tendencias relativas al valor probatorio que representan. Los informes periciales heredobiológicos en el derecho comparado se orientan, principalmente, por una tesis mixta en la que el juez considera la validez científica de las pruebas genéticas (tanto de descarte y de determinación de paternidad) como corroboradoras indispensables de las pruebas actuadas en los juicios de filiación. En este caso, el informe investigador de paternidad, presentado y sustentado por los técnicos, tiene un carácter científico y obliga al juzgador a la valoración conjunta de todas las pruebas actuadas.
50. Es necesario el carácter obligatorio del sometimiento a las experticias biológicas para que el juez pueda extraer una presunción válida de la resistencia de parte.
51. Cuando la negativa al sometimiento del examen genético provenga de la madre o del hijo, se procederá a la inmediata desestimación de la demanda por ellos presentada. Si la resistencia proviene del presunto padre, se considerará como una presunción grave de paternidad. En otro caso, si la demanda ha sido presentada por el padre y sea éste quien se niegue, se desestimarán su demanda y, si la madre o el hijo son quienes se resisten, nacerá en favor del padre una no paternidad.
52. La negativa al sometimiento a la prueba de paternidad puede ser jus-

- tificada o injustificada.
53. Para que la negativa al sometimiento a la bioprueba de paternidad pueda implicar una valoración jurídica de aproximación al fallo, deberá cumplir con los siguientes elementos: ser seria, injustificada, manifestada personalmente por el interesado, ser obstruccionista y reveladora de un expreso propósito de no comparecer para someterse a las pruebas biológicas.
 54. La negativa al sometimiento a la prueba biológica será apreciada por el juez de acuerdo con la calidad de quien se resiste y a las demás pruebas aportadas en el proceso.
 55. La jurisprudencia comparada y nacional se orientan por la validez de la diligencia de exhumación en los casos de reclamación filial, haciendo prevalecer el derecho a la identidad frente al derecho a la intimidad y honor.
 56. No debe limitarse el uso de las pruebas heredobiológicas a aquellos casos de indagación del nexo filial producto de una relación extramatrimonial. La aplicación jurídica de las mismas debe estar orientada, conjuntamente, en beneficio de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, ya que en ambos casos el fenómeno de la procreación posee las mismas características, por tanto, la calidad de padre debe ser investigada con igual trascendencia.
 57. Las pruebas genéticas servirán para derogar la presunción alimentaria de paternidad (artículo 415 y ss. del Código Civil) en razón de que, para poder establecer un parentesco natural, deberán acreditarse la certeza y exactitud del vínculo biopaternal, debiéndose probar primero la existencia de la filiación biológica.
 58. Como casos expresos, el artículo 402 de la ley civil no ha considerado todas las posibilidades en que socialmente se puede atribuir una paternidad. Así, el estado de enamorados, el abandono con promesa de matrimonio, el abandono de mujer embarazada y la relación extramatrimonial durante la época de la concepción, no son casos que admitan el emplazamiento judicial de paternidad.
 59. Sin embargo, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica al hijo cuando existen otros indicios suficientes para probar la paternidad. Este es el principal y novedoso fundamento que está siendo aplicado en la jurisprudencia comparada, a fin de salvar los perjuicios y deficiencias que ocasionan los códigos civiles o de familia que acogen los sistemas cerrados de paternidad.
 60. Nuestra Constitución no contiene una norma expresa que fomente la investigación de la paternidad, como sí lo hacen otras constituciones que se orientan hacia el descubrimiento de la *verdad real* de la filiación, a través de todos los medios probatorios posibles.

61. El derecho constitucional, basándose en la protección del ser humano, subsume en su sistema de derechos aquel referido a la indagación de su filiación a través del derecho a la identidad personal.
62. Las disposiciones del Código Civil no brindan aún una regulación cabal y justa en el ámbito paterno filial en beneficio de los hijos y de los padres (incluso vigente la ley 27048), por lo que se contrapone a la Constitución y a los tratados internacionales. En consecuencia, el Código Civil debe adecuar sus normas en defensa del principio de legalidad y de protección de los menores carentes de lazos parentales, que es un buen sector de la población que exige la defensa de sus derechos.
63. De esta manera lo ha entendido el moderno criterio judicial cuando hace referencia a la regla *indubio pro actore* (entiéndase *indubio pro filii*), sustentándose en el principio de la función jurisdiccional de que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley (artículo 139, inciso 8 de la Constitución y artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código Civil).
64. Puede declararse en el ámbito jurisprudencial la inaplicación de normas internas del derecho de familia que regulan la filiación, con el fundamento de que resultan violatorias de derechos acordados por tratados internacionales y la Constitución.
65. Es imprescindible buscar la compatibilización de los tratados sobre derechos humanos, la Constitución, el Código de los Niños y Adolescentes y el Código Civil, de manera tal que el ordenamiento legal reconozca el derecho fundamental de toda persona para reclamar su filiación sobre la base de la probanza del *nexo biológico*.
66. La identidad filiatoria es la que surge del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, con relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres. Normalmente se relaciona con la identidad genética, pero puede no estarlo.
67. La investigación de la paternidad es un derecho inherente de la persona cuyo objetivo es indagar, adecuar y establecer la verdad biológica con la relación jurídica de la filiación. Es por ello que, como derecho, protege y encauza el interés privado de la persona por hallar sus orígenes familiares a través de los medios jurisdiccionales correspondientes.
68. El derecho a conocer el propio origen biológico es una facultad propia y natural del ser humano y le permite el ejercicio de averiguar quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible.
69. En el sistema peruano, el derecho a la investigación de la paternidad

y el derecho a conocer el propio origen biológico no son derechos expresos en la Constitución. Sin embargo, diremos que están reconocidos tácitamente con la dignidad e identidad, basados en el artículo 3 (derechos implícitos o no enumerados), que es una cláusula general abierta a través de la cual el ordenamiento jurídico tutela a la persona también en supuestos no típicamente establecidos, cuando así lo entiende o exige la sociedad.

70. Los fundamentos que determinan la existencia de estos derechos están íntimamente relacionados con el derecho a conocer la identidad del progenitor o el derecho a conocer a sus padres. Su objetivo o ámbito será: la investigación de la filiación natural o sanguínea, el derecho a conocer la identidad del progenitor del niño adoptado y el derecho a conocer la identidad del cedente de gametos en las técnicas de reproducción.
71. En doctrina como en jurisprudencia se ha argumentado que la aplicación de pruebas biogenéticas ocasionaría la afectación de derechos fundamentales como la libertad, la objeción de conciencia, la dignidad, la intimidad, la integridad, la igualdad, el honor, a no declarar contra sí mismo y hasta la primacía de la presunción de inocencia frente a la *inspectio corporis* y el derecho a la tutela judicial efectiva.
72. El hecho está en que nadie puede ampararse en la ley ni refugiarse en sus derechos para negarse a rendir una prueba, máxime si está de por medio un interés digno y un derecho superior como es el de la identidad. Este ha sido el criterio unánime de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema.
73. Tanto la prueba negativa como la positiva son igualmente seguras y sus resultados son incontrovertibles, pero, como toda prueba, poseen un margen de error que es calculable.
74. La filiación, identidad y paternidad no son conceptos exclusivos del derecho civil, son también de interés constitucional al establecer vínculos jurídicos de protección al sujeto de derecho y, en especial, a la niñez.
75. La ley civil no brinda una regulación adecuada a la filiación, contraponiéndose a la Constitución y a los tratados internacionales. Prefiere la duda y desprotección de la niñez. Para evitar esto debe aplicarse la regla *indubio pro filii* en defensa de la determinación de la paternidad.
76. La omisión o deficiencia de las normas no puede dejar sin amparo jurídico al hijo cuando existen otros indicios suficientes para probar la paternidad. Deben salvarse los perjuicios del sistema cerrado de paternidad, abriendo paso a una investigación libre, coherente y oportuna.

77. Dentro del razonamiento judicial para fallar una determinación de paternidad deben considerarse puntos esenciales como:
- La filiación, la maternidad y la familia como derechos sociales, de los que se desprenden la protección de la persona y la familia.
 - La unidad de la filiación.
 - La promoción constitucional de la investigación de la paternidad.
 - El derecho a la identidad.
 - El derecho a la investigación de la paternidad.
 - El derecho a conocer el propio origen biológico.
 - La legalidad de la aplicación de pruebas biogenéticas.
78. El derecho a la identidad se ha especializado con la identidad genética y ha aparecido un *nuevo derecho*, el de conocer el propio origen biológico y su garantía, cual es la promoción constitucional de la investigación de la paternidad.

Anexos

Anexo 1

Proyecto de reforma ampliado de filiación presentado a la Subcomisión de familia de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de ley de Reforma del Código Civil peruano (ley N° 26394)

SECCIÓN TERCERA
Sociedad paterno filial

TÍTULO I
Disposiciones generales

Artículo 361.- La filiación se determina por naturaleza o de manera formal. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La formal surge de la adopción o por técnicas de reproducción humana asistida, estas últimas se determinarán por ley especial.

En este artículo se establecen las fuentes de la filiación, esto es, la fijada por la naturaleza o biológica y la determinada de manera formal o a través de un procedimiento especial, siendo el caso común la adopción. Sin embargo, es importante reconocer que las relaciones filiales surgidas de las técnicas de reproducción asistidas requieren un sustento legal, por lo que son incorporadas dentro de la generalidad del término formal.

El hecho es que no podemos equiparar la filiación surgida de una adopción de un producto de las variadas técnicas de reproducción, pues si bien en ambas prima la voluntad para crearla, en el caso de la segunda debemos ser conscientes de que los elementos biogénéticos pueden ser

sustituídos unos por otros (cesión de gametos, óvulos o úteros), escapando así del concepto de la filiación por naturaleza. Más aún, en las técnicas prima la reserva y secreto de la identidad de los cedentes.

Siguiendo el criterio tradicional, que la filiación se da por naturaleza o por adopción, estaríamos planteando que las técnicas se resolverán acudiendo al “expediente técnico de adopción”. Tal solución implicaría la pérdida o perjuicio del secreto deseado por quienes acuden a esta forma especial de reproducción, pues implicaría desvelar la paternidad biológica. Adopción es sinónimo de publicidad mientras que técnicas de reproducción humana, sinónimo de reserva.

En este sentido, debe dejarse a una ley especial la regulación de esta materia, siguiendo quizá un procedimiento paralelo a la adopción (*sui generis*), pues es un nuevo tipo de filiación formal (una tercera categoría entre la adoptiva y por naturaleza, que llamaríamos no natural, contranatura o asistida). Máxime si, de acuerdo con la nueva corriente del derecho genético, se establece que el procedimiento de fecundación debe ponerse en conocimiento del juez en lo civil explicando la situación propia y especial de cada caso, de manera tal que se autorice el tratamiento correspondiente, previa opinión del Ministerio Público.

A todo ello, mencionamos algunos casos que vienen ocurriendo en esta materia como la: a) impugnación del marido que consintió la fecundación del material genético de su mujer con semen de tercero, b) negativa de la madre al establecimiento de la filiación matrimonial, c) fecundación *post mortem*, d) fecundación en mujer sola.

El presente dispositivo sirve de pauta para introducir el sistema abierto de determinación de la paternidad, eliminando el sistema cerrado basado en supuestos, indicios y presunciones. Mantiene la clasificación de la filiación de acuerdo con su origen, resguardándose el principio de la igualdad de la filiación entre padre-madre e hijos (*status filii*).

Artículo 362.- La filiación produce efectos desde que tiene lugar. Su determinación generará efectos retroactivos siempre que sea compatible con ellos y la ley no disponga lo contrario. Los actos practicados en nombre del hijo por su representante legal antes de que la filiación hubiere sido determinada, conservan su validez.

Norma similar no se encuentra en el Código Civil y a través de ésta se establecen los conceptos generales de la relación paterno filial. De la filiación, entendida como el estado de familia que crea una relación jurídica entre el padre y el hijo, emergen deberes y derechos paterno-filiales, tienen carácter constitutivo y efectos retroactivos (*ex tunc*) siempre que sean compatibles con ellos (teoría de los efectos favorables), pues la

misma es, en muchos casos, establecida después de la concepción o nacimiento del hijo.

Artículo 363.- La filiación se prueba con la partida del registro del estado civil, con el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriormente indicados, por la posesión de estado.

El principio de prueba de la paternidad ha sido considerado en la propuesta, tanto para la filiación matrimonial como para la extramatrimonial, de manera general y conjunta. En ésta priman los títulos de estado y, a falta de ellos, la posesión de estado de familia.

TÍTULO II

Determinación de la filiación por naturaleza

CAPÍTULO I

Determinación de la maternidad

Artículo 364.- La maternidad se determina cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo. A falta de tales pruebas, la determinación se da por el reconocimiento.

Se ha considerado en un solo artículo lo referente a la determinación de la maternidad, tanto matrimonial como extramatrimonial, manteniendo el criterio del artículo 409 del Código Civil; esto es, determinarla por el hecho del parto y la identidad del hijo. Sin embargo, se ha agregado, en este mismo artículo, el acto voluntario y unilateral del reconocimiento como una forma de determinar y declarar la maternidad, cuando no se cuenta con las pruebas mencionadas.

CAPÍTULO II

Determinación de la paternidad

Sub-Capítulo I

Determinación de la paternidad matrimonial

Artículo 365.- Se presume que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, invalidez o a la separación de cuerpos o de hecho de los cónyuges, tiene por padre al marido.

No se presume la paternidad del marido respecto del hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de sep-

aración de cuerpos, de divorcio o de invalidez del matrimonio, salvo prueba en contrario.

Por regla general se ha mantenido el principio de indivisibilidad de la paternidad y de la maternidad matrimonial, reafirmando la regla de que no se puede ser hijo de una mujer sin serlo del marido (*pater est es quem iustas nuptias demonstrant*). Sin embargo, se ha querido ser estrictamente específicos en los casos en que la atribución de la paternidad va a operar por *ope legis*. Estos casos, aparte de la disolución, serían la invalidez y la separación judicial (separación de cuerpos, autorización judicial para vivir separados, suspensión judicial del deber de cohabitación) o de hecho de los cónyuges.

Artículo 366.- Aun faltando la presunción de la paternidad del marido por separación de cuerpos o de hecho de los cónyuges, el nacido será considerado como hijo de ambos si concurren sus consentimientos.

Esta propuesta asegura y revitaliza los lazos de la integridad del matrimonio en el sentido que, no negando ni reafirmando el principio *pater est*, considera a la voluntad de los padres como esencial para determinar la filiación matrimonial.

Sub-Capítulo II

Determinación de la paternidad extramatrimonial

Artículo 367.- La paternidad extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento del padre o por la sentencia que la declare.

Como se encuentra estimado en el artículo 387 del Código Civil, en el caso de la filiación extramatrimonial, ésta misma debe ser determinada por un acto voluntario del padre (reconocimiento) o por la sentencia que así lo declare (declaración judicial de la paternidad).

CAPÍTULO III

Reconocimiento

Artículo 368.- El reconocimiento resulta:

- 1. De la declaración en el registro de nacimientos, al momento de su inscripción o posteriormente.*
- 2. De la declaración en un documento público o privado debidamente reconocido.*
- 3. De las disposiciones contenidas en actos de última voluntad.*

El artículo presenta detalladamente los medios por los que se puede hacer constar el reconocimiento. A diferencia del artículo 390 del Código Civil, el propuesto se encarga de detallar técnicamente las formas de establecer el reconocimiento, así la declaración hecha ante el registro de nacimiento, que si bien el Código Civil la contempla específicamente en el artículo 391, se ha considerado pertinente mantenerla (resumidamente) en un solo artículo, siguiendo el criterio del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984, del Proyecto de la Comisión Revisora de 1981 y del Anteproyecto de la Comisión Revisora de 1980. Por otro lado, se establece como innovación que el reconocimiento puede hacerse constar en documento público o privado, dejando de lado la excesiva y hasta onerosa formalidad de escritura pública, pues, según ha quedado establecido, limita y restringe su ejercicio. Por último, se menciona que el reconocimiento puede realizarse de acuerdo con las disposiciones de última voluntad, no limitándolo al caso exclusivo del testamento.

Artículo 369.- La mujer de 14 años y el hombre de 16 así como toda persona que no se halle comprendida en los impedimentos señalados en el artículo 371 pueden practicar el reconocimiento.

Esta regla considera el principio valorativo de la atribución voluntaria del estado filial detallado en el artículo 393 del Código Civil. Se ha convenido en concordar este dispositivo con el artículo 241 inciso 1 que considera la denominada pubertad legal, es decir, la capacidad procreativa reconocida por el derecho. La redacción del Código Civil que consideraba los 16 años para ambos sexos, limitaba a la mujer que, a pesar de ser reconocida como fértil y por tanto un ser matrimoniable, estaba impedida de atribuir voluntariamente un estado filial a través del reconocimiento.

Artículo 370.- Los progenitores pueden reconocer conjuntamente o de manera individual.

Consagra en su integridad el contenido del artículo 388 del Código Civil estableciendo que el reconocimiento, como declaración de voluntad de la filiación extramatrimonial, es unilateral, personal e individual. Sus efectos van a estar dados en razón de quién realice este acto jurídico familiar.

Artículo 371.- El reconocimiento puede ser practicado por los abuelos de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando éstos se hallen comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3; y 44, incisos 2 y 3, o en el artículo 47.

Reproduce el artículo 389 del Código Civil.

Artículo 372.- Cuando se practica el reconocimiento separadamente no se deberá declarar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. Toda indicación al respecto se tiene por no puesta.

Este artículo no rige respecto del padre que reconoce al hijo concebido.

Reproduce el artículo 392 del Código Civil.

Artículo 373.- El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.

Reproduce el artículo 395 del Código Civil.

Artículo 374.- Puede reconocerse al hijo que ha muerto. Este reconocimiento no confiere derechos sucesorios a quien lo practica, ni a los ascendientes de la respectiva línea.

Este artículo complementa y define estrictamente el artículo 394 del Código Civil. El límite fijado a la posibilidad de reconocer al hijo que ha muerto es que el reconocimiento no confiere derechos sucesorios a quien lo practique ni a sus ascendientes en línea recta.

Artículo 375.- El reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo practica derechos sucesorios ni derecho de alimentos, sino en caso que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento.

Reproduce el artículo 398 del Código Civil.

Artículo 376.- No se puede practicar un reconocimiento que contradiga una filiación establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa o simultáneamente ejercer la acción de impugnación de la filiación y obtener sentencia favorable.

Consagra la regla establecida en el artículo 396 del Código Civil sustentando el hecho de que el reconocimiento es ineficaz mientras exista otra filiación contradictoria. El sentido de mantener esta norma es, básicamente, en razón de salvar el honor, la paz y el respeto de la familia y correspondiente hogar.

CAPÍTULO IV

Acciones de filiación

Sub-Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 377.- El derecho del hijo de reclamar la filiación o de impugnarla es imprescriptible e irrenunciable.

A diferencia del artículo 373 del Código Civil, el propuesto otorga el derecho imprescriptible e irrenunciable de impugnar la filiación. Como se sabe, el Código Civil vigente sólo considera con dichas características a la acción de reclamación mas no a la de impugnación.

Artículo 378.- Si la reclamación de la filiación importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción de impugnación de esta última y obtener sentencia favorable.

Al igual que el artículo 376 de la propuesta de enmiendas y, manteniendo el espíritu del artículo 396 del Código Civil, referido al reconocimiento, sólo procede la acción de reclamación de la filiación cuando no existe una filiación establecida. En caso contrario deberá iniciarse la acción de impugnación de esta última con un resultado positivo.

Artículo 379.- En los procesos de filiación 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.

Sin duda este artículo subsana la deficiente y anacrónica redacción del artículo 413 del Código Civil, que se refiere a la aplicación de la prueba negativa de los grupos sanguíneos que son sólo y exclusivamente para los juicios de declaración de la paternidad o maternidad extramatrimonial; limitando su utilización en los procesos de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad matrimonial.

Esta propuesta se orienta dentro de la sistemática de la investigación de paternidad irrestricta o régimen abierto, el que toma como base fundamental el vínculo biológico o de sangre en una relación paterno-filial y deja de lado el vínculo social, que ha creado tantos problemas y ha limitado el accionar.

El artículo propuesto refiere la admisibilidad en los procesos de filiación de toda clase de pruebas, dentro de las que deben considerarse a las biológicas (grupos sanguíneos, huellas dactilares, odontograma, examen radiológico de la columna vertebral, proteínas séricas, polimorfismos cromosómicos), así como la prueba de marcadores genéticos (perfil de ADN).

Se ha querido dar énfasis a la investigación biológica de la paternidad con la inclusión de la prueba de los marcadores genéticos la que, como es ya conocido, sirve para determinar positivamente la paternidad, mientras que las pruebas biológicas, hasta el momento, son exactas sólo para excluir mas no para definir exactamente una relación paterno-filial.

Lo novedoso es que, dada la importancia de estos procedimientos y de

las pruebas que se pueden realizar, se otorga la facultad al juez para decretarlos, esto de conformidad con el artículo 194 del Código Procesal Civil.

Artículo 380.- La negativa al sometimiento a la prueba del nexo biológico será apreciada por el juez de acuerdo a la calidad de quien se resiste, ya sea como un determinante de paternidad, desestimando la demanda o considerando establecidos los hechos que tiene por objeto comprobar.

La propuesta en análisis presenta un sentido estrictamente procesal, pero se consideró importante incorporarla al código sustantivo en el sentido de la especialidad de las pruebas a que se refiere y a los efectos determinantes que ésta produce.

En este sentido, la negativa o resistencia al sometimiento de la prueba del vínculo biológico deberá ser apreciada por el juez de acuerdo con la calidad de quien la resiste, la que determinará el surgimiento de un indicio o presunción. Normas similares las tenemos en los códigos civiles de España, Venezuela, Colombia y en la Ley de Banco de Datos Genéticos de Argentina. Jurisprudencialmente, en el derecho comparado se han dado varios casos en los que la negativa al sometimiento del examen biológico ha derivado en un fallo, estableciendo la paternidad del requerido a la prueba.

Sub-capítulo II Reclamación de la filiación

Artículo 381.- Los hijos pueden ejercitar la pretensión de reclamación de la filiación contra sus padres o contra sus herederos si hubiesen muerto. La pretensión corresponde sólo al hijo y puede ser ejercida antes de su nacimiento. Sus herederos pueden continuar el proceso iniciado o promoverlo si el hijo muere antes de alcanzar la mayoría de edad o siendo incapaz.

Con este artículo señala que al actor de la acción de reclamación de la filiación es el hijo y que no se requiere cumplir con los exigentes, anacrónicos y taxativos supuestos de hecho o presunciones de paternidad establecidos en el Código vigente. Se ha considerado oportuno, a fin de concordarse con el dispositivo 372 de la propuesta y 392 del Código Civil, que se puede reclamar la filiación del concebido basado en la teoría de los efectos favorables.

Artículo 382.- La posesión de estado, comprobado por actos directos del padre o de su familia tiene el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre

que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico.

Artículo 383.- La unión de hecho de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hace presumir su paternidad, salvo prueba en contrario.

No podemos dejar de reconocer y valorar jurídicamente determinadas situaciones sociales que, identificadas con la realidad y las relaciones *inter partes*, tienen un correlato con la identificación de la filiación. Tal es el caso de la posesión constante de estado y la unión de hecho.

Sub-capítulo III Impugnación de la filiación

Artículo 384.- El marido puede impugnar la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Si el marido tenía conocimiento del embarazo al tiempo del matrimonio o si admitió expresa o tácitamente que el hijo es suyo o si el hijo murió, la pretensión será declarada improcedente.

La propuesta se ha encargado de condensar los artículos 363 y 366 del Código Civil, a efectos de crear un sistema de impugnación de la paternidad ágil, esta norma y el espíritu de la misma se encuentra íntimamente relacionada con el artículo siguiente.

Artículo 385.- El marido también puede impugnar la paternidad del hijo alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser mantenida en razón de las pruebas que la contradicen. La sola declaración de la madre no es suficiente para acreditar esas circunstancias.

El presente tiene como sustento incorporar una norma abierta que posibilite impugnar la paternidad en cualquier caso o situación que pueda presentarse, eliminando la relación detallada que considera el Código Civil para impugnar la paternidad (artículo 363 del Código Civil).

Artículo 386.- La pretensión de impugnación de la paternidad corresponde sólo al marido y al hijo.

El marido puede interponerla dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto salvo que pruebe su desconocimiento, en cuyo caso el plazo se cuenta desde el día en que lo supo.

En caso de fallecimiento o incapacidad del marido, sus herederos o ascendientes, respectivamente, pueden ejercitar la pretensión antes de vencerse el plazo de caducidad y, en todo caso, continuar el juicio si

aquél lo hubiese iniciado.

No se puede impugnar la paternidad del hijo por nacer.

Se ha considerado pertinente ampliar a los actores (legitimación activa) de la impugnación de la paternidad considerando –por su propia naturaleza y porque en sí a nadie más que a él le favorece o perjudica– al hijo. Se considera el plazo de caducidad del artículo 364 del Código Civil, así como el sustento de los artículos 367 y 368 del Código Civil. Finalmente, se reproduce el artículo 365 del Código Civil, tomando como sustento que una acción de este tipo no favorecería al concebido, lo que no es aplicable por principio general en base a la teoría de los efectos favorables.

Artículo 387.- La maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo.

La pretensión puede ser ejercida por el marido, por el hijo y por quienes tengan legítimo interés. La mujer puede ejercer la pretensión cuando descubra el parto supuesto o la suplantación del hijo.

La pretensión de impugnación debe ser interpuesta dentro del plazo de noventa días contados desde el momento en que se tiene conocimiento del fraude.

El primer párrafo de la propuesta considera una regla lo bastante amplia como para impugnar la maternidad, sin limitarla a los dos casos que considera el Código Civil. Por otro lado, se ha ampliado la pretensión para ejercitar la impugnación de la maternidad ya que el Código Civil establece que ésta corresponde únicamente a la presunta madre. Como se aprecia en la propuesta, se ha abierto la posibilidad de accionar tanto al marido, al hijo, así como a quienes tienen legítimo interés. Se mantiene el plazo de caducidad para accionar.

Artículo 388.- El reconocimiento puede ser impugnado por quienes tengan legítimo interés, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 373.

La pretensión de impugnación del reconocimiento puede ser ejercida dentro del plazo de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 378.

Se regula la acción de negación del reconocimiento de acuerdo con la crítica de los artículos 399, 400 y 401 del Código Civil. Con esta acción se discute la existencia del vínculo biológico.

La diferencia radica en señalar el carácter imprescriptible del derecho del hijo a impugnar la filiación.

TÍTULO III

Determinación de la filiación formal

CAPÍTULO I

De la reproducción asistida

Artículo 389.- La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida será considerada, según sea el caso, matrimonial o extramatrimonial.

Es necesario fijar como pauta legal que dada la relación familiar en la que se produce la procreación, se establecerá el tipo de filiación correspondiente, matrimonial o extramatrimonial. Así, será matrimonial si la técnica se produce dentro de una unión conyugal y extramatrimonial, si quienes recurren a las técnicas no se encuentran matrimoniados.

Considero este precepto necesario a fin de asimilar los efectos de la concepción natural con la asistida.

Artículo 390.- En la procreación asistida con material genético de cedente no se podrá indagar la relación parental.

La identidad genética sólo podrá ser revelada por necesidad terapéutica a las autoridades médicas pertinentes y en ningún caso implicará determinación legal de la filiación.

El tema de la privacidad de quienes ceden el material genético para que una pareja lo utilice y pueda cumplir con su deseo de tener descendencia, es de por sí complejo.

Indiscutiblemente, estamos frente a un caso en el que se deja de lado la paternidad biológica y se prefiere la social, pero esto es una excepción a la regla general.

La indicación está orientada a que el cedente no puede asumir un compromiso con la prole que, no obstante ser en parte biológicamente suya, otras personas la traen al mundo a través de las técnicas de reproducción. El carácter altruista y humanitario de la cesión de material genético implica un desprendimiento de las obligaciones naturales.

Sólo con fines de proteger el derecho a la vida, integridad o salud de la madre o del hijo que nació de técnicas de reproducción asistida, se permitirá conocer su origen biológico, el que no podrá ser revelado directamente a la persona sino a las autoridades médicas, quienes le darán el uso adecuado para realizar el diagnóstico o terapia correspondiente.

Artículo 391.- No se puede determinar ni impugnar la filiación por haber surgido ésta de una procreación asistida.

Se presume que el marido consintió la aplicación de técnicas de reproducción asistida en su mujer, salvo prueba en contrario. En este caso puede impugnar su paternidad.

La filiación como relación jurídica familiar genera efectos específicos y directos entre el progenitor y la progenie, independientemente de la forma de procreación a la que se ha recurrido. De allí que resulte inadecuado referir la posibilidad de accionar en filiación por el hecho de haber sido ésta derivada de técnicas de reproducción asistida. Nada tiene que ver la forma con el fondo.

Lo que interesa al derecho para generar efectos filiales es el producto de la relación intersexual independientemente del estilo recurrido.

Siguiendo con la línea de promoción del matrimonio y de integridad de la familia, se considera una presunción (*iuris tantum*) a efectos de vincular por ley la filiación del hijo de una mujer que recurre a la procreación asistida con su marido, dejando la posibilidad (por demás indispensable) de poder desconocerla por motivos justificados.

Artículo 392.- El consentimiento de la reproducción asistida en la relación extramatrimonial debe constar en instrumento público e implicará un reconocimiento.

Para el caso de filiación extramatrimonial derivada de la reproducción asistida y mediando el consentimiento en la utilización de material genético con la correspondiente manifestación de voluntad en un documento, se aplica la teoría de los actos propios, de tal manera que se consolide un reconocimiento directo de aquella persona que consintió expresamente la técnica en determinada mujer, protegiendo el derecho de la prole.

Artículo 393.- Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro son nulos. La maternidad se determinará por el parto.

Con este principio se establece la protección y el reconocimiento a la procreación y gestación como hechos jurídicos, naturales y biológicos en los que la voluntad del hombre no puede influir, ni crear, en base a ellos, relaciones jurídicas.

De existir, son sancionadas con nulidad.

Artículo 394.- La determinación de la paternidad post-mortem sólo generará efectos si a la fecha del fallecimiento el material genético del difunto padre o

el embrión procreado ha sido transferido a la mujer.

Con la finalidad de reconocer casos especiales de personas que al borde de una enfermedad grave o terminal decidan la extracción de su material genético con fines de tener descendencia antes de su fallecimiento, es que se atribuye una paternidad por ley siempre que se haya producido la inseminación, fecundación o transferencia del embrión en una fecha coetánea con la muerte del difunto padre.

Eliminación de la figura del hijo alimentista

La propuesta ha eliminado del Código Civil de 1984 el capítulo III del título II referido a los hijos alimentistas, considerando que esta figura, aparte de tener una errónea denominación, puesto que no es realmente un hijo sino un acreedor alimentista que surge en base al establecimiento de una presunción, lo considera inadecuado dentro de un sistema abierto de investigación de paternidad en la que mediante pruebas biogenéticas es fácilmente determinable establecer un *status familiae*.

Anexo 2

Diferencias entre técnica y pericia

TÉCNICA Innovación	PERICIA Código de Procedimientos Civiles
<ul style="list-style-type: none"> • Se sustenta en leyes naturales, avances científicos, métodos altamente especializados y debidamente reconocidos. • Pueden ser técnicos: <ol style="list-style-type: none"> 1. Los expertos debidamente calificados y designados por el colegio profesional, industria o institución a que pertenecen. 2. Las universidades, academias, corporaciones, institutos o entidades públicas o privadas de carácter técnico o científico interdisciplinario, a través de sus representantes. <p>Al momento de ofrecerse la prueba técnica debe indicarse la especialización que ha de tener quien la realizará.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La presencia del juez o del notario es indispensable para ejecutar la técnica. Ellos levantarán un acta en la que considerarán los principios científicos en los que se fundamente la técnica. • Los técnicos están obligados a dejar constancia de las conclusiones y observaciones a las que lleguen, así como de los principios científicos en los que se sustentaron. El dictamen se presentará por escrito y deberá contener la descripción de la técnica, los métodos y sistemas utilizados y las conclusiones. • La valoración judicial se realizará <i>racionalmente</i> (sustentada en la razón), considerando la idoneidad técnica, la validez del dictamen y de los principios científicos en los que se sustente, lo que servirá al juez para que forme su criterio de decisión. • La técnica practicada fuera de juicio deberá ser ratificada judicialmente para que tenga la eficacia probatoria. • Existe obligación tanto de las partes co- 	<ul style="list-style-type: none"> • Se sustenta en teorías y conocimientos especializados en alguna ciencia o arte (artículo 491). • Pueden ser peritos: (artículo 492) <ol style="list-style-type: none"> 1. Profesionales. 2. Especialistas. 3. Aficionados. <ul style="list-style-type: none"> • Es la facultad del juez para intervenir en la ejecución de la pericia (artículo 495). <ul style="list-style-type: none"> • El dictamen del juez debe ser motivado (artículo 497). <ul style="list-style-type: none"> • La valoración judicial es subjetiva, sustentada en las reglas de la sana crítica, es decir, lógica jurídica y perspicacia del juzgador (artículo 504). <ul style="list-style-type: none"> • Pueden presentarse dictámenes officiosos en cualquier estado de la causa (artículo 503).

mo de los terceros a participar en la técnica bajo apercibimiento de tenerse por indicio contrario la posición sustentada por el renuente.

- No procede el desacuerdo entre los técnicos ya que éstos se limitan a transcribir *las leyes científicas, técnicas o naturales* obtenidas en el laboratorio.
- La presentación del dictamen técnico debe ser el adecuado según las características que tenga la técnica y sus principios.
- El nombramiento de técnicos se hace por relación académica o institucional y según el grado de especialización.

- Puede haber desacuerdo en los dictámenes periciales ya que la pericia se funda en teorías o sucesos típicos (artículos 496, 498, 499).
- El juez fija la fecha en la que se presentará el dictamen pericial (artículo 495 *in fine*).
- El nombramiento se hace, por lo general, en mérito a los conocimientos personales, no necesariamente especializados, o sustentado por un título.

Anexo 3

Diferencias entre el Código de Procedimientos Civiles y el Código Procesal Civil en materia pericial

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

- Las pruebas de que se pueden hacer uso son: (...) Peritos (artículo 347).

- Ubicación legislativa

Sección segunda

JUICIOS

Título I

Juicio ordinario

Capítulo XIV

Peritos

Capítulo VI

La pericia

- Son 14 los artículos que regulan su aplicación.
- En sí, este código se encarga de analizar a las personas o sujetos que realizan la pericia, esto es a los peritos. El artículo 491 nos habla de peritos, y de que este medio de prueba puede ofrecerse sobre *puntos* que *exijan conocimientos especiales: ciencia o arte*.
- Para el nombramiento de perito se requiere que el sujeto tenga título profesional, siempre que la ciencia o arte esté reconocida por ley o por el Gobierno y, además, existan 2 (dos) o más titulados que puedan desempeñar el cargo.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL

- Todos los medios de prueba, aunque no estén en este código, son idóneos para lograr (artículo 191) acreditar los hechos expuestos por las partes, producir la certeza del juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones (artículo 188). Son medios probatorios típicos: (...) La pericia (artículo 192, inciso 4).

- Sistemática procesal

Libro primero

Justicia civil

Sección tercera

Actividad procesal

Título VIII

Medios probatorios

- Son 10 los artículos que regulan su aplicación.
- Este cuerpo legal analiza la institución en sí, la pericia. El artículo 262 refiere que la pericia procede sobre *hechos controvertidos* que requieran de *conocimientos especiales: científicos, tecnológicos, artísticos o análogos*.
- Aquí se establece que es en el ofrecimiento donde se debe determinar la profesión u oficio (artículo 263). Adicionalmente, se señala que el Consejo de Gobierno de cada distrito judicial formula una lista de especialistas, y es de ésta de donde se deben escoger y nombrar a los peritos. Se aclara que en caso la pericia no requiera profesión universitaria o no existan en la sede del juzgado personas con los requisitos señalados, el juez procederá a nombrar a los peritos por idoneidad.

- El juez determinará si la pericia la realiza uno o más peritos (artículo 493).
- El perito que acepte el cargo debe jurar que lo desempeñará con fidelidad (artículo 494).
- Si son varios los peritos, pueden emitir su dictamen en común, siempre que estén de acuerdo (artículo 496).
- El dictamen pericial debe ser motivado (artículo 497).
- Las partes, previo conocimiento del dictamen, pueden observarlo dentro del tercer día (artículo 498).
- Si existe desacuerdo entre los peritos en sus dictámenes, el juez podrá nombrar un tercer perito que informe sobre los puntos en desacuerdo (artículo 499). Debe aclararse que éste no emite un tercer informe.
- Si el perito se niega, es moroso o no concurre, se le sancionará con multa, costas, el pago de los daños y perjuicios, pudiendo procederse a la subrogación (artículo 500).
- El juez apreciará la fuerza probatoria del dictamen de los peritos según las reglas de la crítica (artículo 504).
- Los peritos son designados por el juez en el número que considere necesario (artículo 263).
- Se establece que la aceptación del cargo debe ser por escrito al tercer día de realizado el nombramiento, bajo juramento o promesa de actuar con veracidad (artículo 269).
- Si los peritos están de acuerdo emitirán un solo dictamen, si hay desacuerdo lo emiten por separado (artículo 265).
- Los dictámenes serán motivados y acompañados de los anexos que sean pertinentes (artículo 265).
- Los dictámenes periciales pueden ser observados en la audiencia de pruebas. Las observaciones constarán en acta. Las partes podrán fundamentar o ampliar los motivos de sus observaciones por escrito al tercer día de realizada la audiencia. Excepcionalmente, se puede conceder un plazo complementario (artículo 266).
- El juez puede disponer la confrontación entre peritos, para establecer la verdad de los hechos (artículo 209).
- Los peritos que sin justificación retarden la presentación de su dictamen o no concurren a la audiencia, serán subrogados o sancionados con multa y la aplicación de la sanción civil y penal a que hubiera lugar (artículo 270).
- Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, atendiendo a su conocimiento y criterio de conciencia (artículo 197).

Anexo 4

Repertorio de jurisprudencia

JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. Principios generales

El parentesco o relación familiar se acredita con la respectiva partida de nacimiento.

Revista del Foro, 1927, p. 304.

Anales Judiciales de la Corte Suprema, 1905, pp. 38, 327.

No se supone la concepción a los 65 años. Puede contradecirse por la presunta madre la filiación legítima.

Anales Judiciales de la Corte Suprema, 1905, p. 113.

El hijo nacido dentro del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido de la madre.

Exp. N° 224-85/LIMA

MINISTERIO DE JUSTICIA: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), Lima, vol. 1, 1997.

La acción para contestar la paternidad se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre.

Exp. N° 1094-88/LA LIBERTAD

MINISTERIO DE JUSTICIA: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), Lima, vol. 1, 1997.

2. Bases de paternidad

- *Caducidad y prescripción*

“Los derechos nacidos según la legislación civil de 1936 se rigen por ella.

Opera el plazo de caducidad si la demanda de filiación ilegítima, hoy filiación extramatrimonial, se interpone con posterioridad a los tres años”.

Exp. N° 4452-94/LIMA

Sexta Sala Civil, 1995

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella: Ejecutorias, Lima,

Cultural Cuzco S.A., tomo 1, 1995, pp. 26-27.

- *Negación de paternidad*

La acción para negar la paternidad es un derecho personalísimo que sólo corresponde al marido, y, por tanto, no puede ser ejercida por otra persona.

Revista de Jurisprudencia Peruana, 1975, p. 865.

La acción de negación de paternidad corresponde sólo al marido. “... por cuanto la ley no concede al actor el derecho de negar la paternidad de un hijo extramatrimonial, acción reservada al marido que no se crea padre del hijo de su mujer, conforme lo prescrito en el artículo 301 del C.C.” (derogado).

Exp. N° 05-86/CUSCO

MINISTERIO DE JUSTICIA: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), Lima, Vol. 1, 1997.

- *Reconocimiento*

El reconocimiento de la paternidad natural es absoluto e irrevocable.

Anales Judiciales de la Corte Suprema, 1909,

p. 32; 1912, p. 234; 1926, p. 104.

No surte efecto la revocatoria de reconocimiento de hijo natural hecho en testamento, aunque dicha revocatoria se haga por testamento posterior.

Anales Judiciales de la Corte Suprema, 1871,

p. 272; 1907, p. 76.

La nulidad de un testamento lleva consigo la del reconocimiento de hijo natural que dicho instrumento contiene.

Anales Judiciales de la Corte Suprema, 1926, p. 52.

3. Integridad de la paternidad matrimonial

“Tratándose de hijos matrimoniales, no se exige para probar el entroncamiento con el padre, que éste declare el nacimiento o efectúe un reconocimiento del hijo posterior”.

*Exp. N° 1837-93/LIMA
Primera Sala Civil, 1984
LEDESMA NARVÁEZ, Marianella: Ejecutorias,
Lima, Cultural Cuzco S.A., tomo 1, 1995, pp. 27-28.*

“Aun cuando exista reconocimiento de filiación extramatrimonial por testamento, si se trata de hijos nacidos dentro del matrimonio de persona distinta del causante, prevalece la filiación matrimonial y deviene en nula la cláusula testamentaria”.

*Exp. N° 857-86/LIMA
Primera Sala Civil, 1986
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA:
Jurisprudencia Civil, Lima,
Cultural Cuzco S.A., 1989, pp. 42-43.*

“La acción sobre declaración de paternidad puede ser admitida, si la madre estaba casada en la época de la concepción, siendo requisito indispensable que previamente el marido hubiera negado al hijo y obtenido sentencia favorable, de acuerdo con el artículo 372 del C.C. derogado, reproducido por el artículo 404 del vigente; pudiendo aplicarse, si no se diera tal presupuesto, la presunción legal establecida en el artículo 299 del P.C. derogado, reproducido por el artículo 361 del vigente”.

*El Peruano, Ejecutorias Supremas,
1987, año VI, N° 306, p. 3683.*

“La mujer casada no puede pedir alimentos, a una persona distinta a su marido, para su hijo nacido durante el matrimonio, si su esposo no ha negado la paternidad”.

*Normas Legales, Trujillo, Editorial Normas Legales S.A.,
tomo 79, año 1976, p. 614.*

“El presunto padre que no intervino en la declaración de nacimiento y no prestó consentimiento expreso para ello, tiene expedito su derecho para demandar con

vistas a la exclusión de su nombre de la partida de nacimiento. Sólo el cónyuge puede impugnar la paternidad respecto del hijo nacido durante la vigencia del matrimonio, en los casos contemplados en el artículo 368 del C.C. la ley no permite impugnar la paternidad de un hijo habido en relaciones extramatrimoniales”.

*Jurisprudencia Civil, Lima,
Cultural Cuzco S.A., 1989, pp. 44-45.*

4. Medios para probar la filiación

Es nulo lo actuado en caso de declaración de la paternidad extramatrimonial, si el juez no solicitó la partida de nacimiento del menor. “CONSIDERANDO: que la existencia indubitable de una persona se acredita con su partida de nacimiento; que el Juez para el mejor esclarecimiento de la materia controvertida y en uso de la facultad conferida por el artículo trescientos cuarenta del Código de Procedimientos Civiles, debió solicitar la presentación de la partida de nacimiento del menor Ferdinan Ruiz Ccaulle; que por lo tanto se ha incurrido en el vicio de nulidad...”

*Exp. N° 100-88/LIMA
MINISTERIO DE JUSTICIA: Sistema Peruano de
Información Jurídica (SPIJ), Lima, vol. 1, 1997.*

“La filiación de la causante no puede ser establecida con los datos expresados en una partida de defunción, pues ésta tiene como finalidad sólo y exclusivamente acreditar el fallecimiento”.

*Exp. N° 2368-85/LIMA
Primera Sala Civil, 1987
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA: Jurisprudencia Civil,
Lima, Cultural Cuzco S.A., 1989, pp. 43-44.*

Mediante copia certificada de declaratoria de herederos se prueba que, por sentencia del 2º Juzgado Civil de Chancay fueron declarados herederos del fallecido los demandados, mas no así la demandante. Que, las relaciones concubinarias sostenidas por los supuestos padres deben ser probadas de manera fehaciente, máxime si las testimoniales obtenidas han dejado entrever que la demandante nunca tuvo trato de hija, ni familiar, corroborado esto con una confesión negativa. Que si bien existe la atribución de una pensión alimenticia ésta se otorgó por la calidad de hijo alimentista, no sirviendo para declarar una paternidad. Todo ello

corroborado con la declaración inestructiva del causante que rindió por abandono de familia en la que negó la paternidad, se declara infundada la demanda.

Exp. N° 1042-86/LIMA

Filiación extramatrimonial

Décimo Juzgado Civil de Lima, 1986.

La confesión ficta, por sí sola, sin otra prueba idónea, no es suficiente para acreditar la acción reconventional sobre filiación.

Exp. N° 337-88/JUNÍN

MINISTERIO DE JUSTICIA: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), Lima, vol.1, 1997.

“La declaración de los testigos, personas del entorno familiar o amical de las partes, en un caso de filiación que lleva implícita una relación sexual, de la cual sólo quienes conocen a las partes pueden informar, resulta prueba suficiente que hace procedente amparar la pretensión de declaración judicial de filiación extramatrimonial, *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”.

Diálogos con la Jurisprudencia,

Lima, Gaceta Jurídica Editores,

1998, año III, N° 7, pp. 173-177.

5. Bases de las presunciones de paternidad

• *Introducción*

“1. Para los efectos alimenticios, es fundada la presunción de paternidad por la necesidad de preservar la existencia del ser humano. 2. Tratándose de la presunción *juris tantum* no se requiere prueba sobre la filiación, sino elementos de juicio que permitan establecer las relaciones carnales en la época de la concepción”.

El Peruano, Ejecutorias Supremas,

1989, año VII, N° 350, p. 4128.

“Las situaciones que dan lugar a la declaración de la paternidad ilegítima (ahora extramatrimonial) constituyen la expresión del supuesto de hecho sustancial que

es la relación sexual mediante la cual se produce la concepción respectiva”.

I.S.C. - Exp.No.316-88/LIMA

Voto singular de Carlos Montoya Anguerry

*RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema,
Lima, IDEMSA, 1994, pp. 145-147.*

“No procede la declaración judicial de paternidad ilegítima, no existiendo escrito indubitado del padre en que haga el reconocimiento o prueba suficiente de que el hijo se halle en la posesión constante del estado de hijo ilegítimo, sustentada por actos directos del padre o de su familia”.

Revista de los Tribunales, N° 439

(18.10.41, tomo XI), p. 359.

El haber tenido relaciones sexuales en fecha anterior a la concepción, no es argumento suficiente para declarar fundada la acción de reconversión de filiación.

Exp. N° 481-88/CUSCO

*MINISTERIO DE JUSTICIA: Sistema Peruano de
Información Jurídica (SPIJ), Lima, vol. 1, 1997.*

- *Concubinato*

“Para que proceda la acción sobre filiación de paternidad debe probarse fehacientemente la unión estable que supone el concubinato”.

Revista Jurídica del Perú, año XXXIX, N° III-IV

(julio-diciembre de 1988), pp. 483-484.

“El estado de convivencia no implica necesariamente la permanencia física permanente en un domicilio común, sino que dicha unión sea estable y voluntaria (...) las pruebas materiales que prueban inequívocamente las relaciones regulares de convivencia de las partes lo demuestra el subsidio dinerario otorgado por el demandado (...) a través de los giros bancarios (...) transferencias (...) pagos efectuados con tarjetas de crédito (...), circunstancias que de por sí conllevan a la convalidación de que entre las partes ha existido efectivamente una unión estable y voluntaria que determina el concubinato”.

Exp. N° 2264-92/LIMA

Sexta Sala Civil, 1992.

Para invocar el concubinato como prueba de la paternidad, es necesario que se cumplan con los requisitos de convivencia bajo el mismo techo, y que las relaciones sexuales tuvieron carácter de permanencia y habitualidad.

Exp. N° 2156-86 /LIMA

MINISTERIO DE JUSTICIA: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), Lima, vol. 1, 1997.

- *Posesión de estado*

“1. La vida al lado del presunto padre, disfrutando de su afecto, protección y cuidado y el hecho de llevar invariablemente su apellido, por habérselo otorgado públicamente, constituye características inherentes a la filiación. 2. El cumplimiento de la obligación de prestar alimentos, no se compadece con la pretensión de solicitar la devolución de las prestaciones hechas en ese concepto”.

Revista de Jurisprudencia Peruana,
tomo XXV, N° 282, 1967, p. 815.

“El reconocimiento por escrito de la existencia de las relaciones maritales alegadas por la madre y que el menor cuya filiación se reclama, fue concebido durante esas relaciones; acreditan la posesión de estado constante de hijo ilegítimo, si a mayor abundancia se ha producido prueba testimonial que coadyuva a ese propósito, por personas que han compartido el domicilio con la madre”.

Revista de Jurisprudencia Peruana,
tomo XXV, N° 283, 1967, p. 929.

- *Escrito indubitado*

“Las cartas cuya autenticidad ha sido establecida en forma pericial y los actuados judiciales y administrativos, en que se da trato de hijos, a los actores, constituyen los escritos indubitados que exige la ley para la declaración de filiación ilegítima”.

Revista de Jurisprudencia Peruana,
tomo XXV, N° 287, p. 1458.

- *Seducción*

“Con la sentencia condenatoria por el delito de seducción en agravio de la actora, se comprueba la existencia de relaciones extramatrimoniales entre la actora y el demandado, más aun si el demandado proporciona alimentos a la menor, pudiéndose acreditar tal circunstancia”.

Exp. N° 1065-93/ICA

Normas Legales N° 239, Trujillo, Editorial Normas Legales S.A.,

1996, p. J-14.

Es infundada la demanda de filiación, amparada en los incisos 2do. y 5to. del artículo 366 del Código Civil de 1936, que no hace referencia a hechos que lleven a la certidumbre de seducción con abuso de autoridad o bajo promesa de matrimonio sin que tampoco exista en autos prueba escrita que demuestre el segundo supuesto descrito, y cuando las testimoniales no acreditan por sí solas las demostraciones paternas afectivas que alega la demandante.

Exp. N° 24-87/AREQUIPA

MINISTERIO DE JUSTICIA: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), Lima, vol. 1, 1997.

6. La prueba biológica

- *Antecedentes*

CASO 1

En 1940 se presentó en el juzgado de Chancay una demanda de reconocimiento de filiación ilegítima, la cual es contestada por el demandado negando su paternidad. El demandante, conocedor de la existencia de la prueba hematológica, procedió a ofrecerla en el término oportuno, y solicitó su práctica a fin de probar, por ese medio, la relación paterno-filial. El juez la admitió y ordenó de inmediato se proceda a la pericia respectiva. El apoderado del demandado formuló oposición, la que fue declarada sin lugar. En vista de ello apeló del auto, siendo el expediente elevado a la Corte Superior.

En fecha 12 de agosto de 1942 la Segunda Instancia emite la presente resolución:

“Autos y Vistos; atendiendo a que el análisis de los grupos sanguíneos como medios de prueba para la investigación de la paternidad no está considera-

do en la ley procesal; y a que, además, la prueba de que se trata de actuar sólo tiene el carácter de excluyente y su trascendencia para excluir la paternidad no se halla definitivamente aceptada por la ciencia: REVOCARON el auto de fojas treintaicuatro, su fecha catorce de noviembre del año próximo pasado, que declara sin lugar la oposición formulada por el apoderado de don..., la que declararon fundada y, en consecuencia, sin lugar la prueba ofrecida en la segunda parte de lo principal del escrito de fojas veintidós; y las devolvieron”.

Revista de Jurisprudencia Peruana,
tomo I, N° 3, agosto-setiembre 1943, pp. 253-258.

El criterio dictaminador usado por la Corte se sustentó esencialmente en la falta de validez científica de esta prueba hematológica y, también, en la ausencia de su regulación en el Código de Procedimientos Civiles.

CASO 2

En otro proceso se presentó, con relación a la prueba de los grupos sanguíneos tendiente a declarar la paternidad por medio de la misma, la causa N° 183/1947, la cual llegó hasta la Corte Suprema de Justicia. Del informe del señor fiscal supremo se analiza que la prueba hematológica no se encuentra comprendida en el Código adjetivo. Además, deberá considerarse, para efectos de declaración judicial de paternidad, sólo los casos establecidos por el Código Civil (presunciones de paternidad).

Menciona, igualmente:

“La ley no dice que cuando demandante y demandado tienen sangre del mismo grupo, se accederá al pedido de la filiación, y ello se comprende porque es bien sabido que son muchas las personas que pueden encontrarse en el mismo caso, vale decir llevar sangre del mismo grupo y no es por esto por lo que puede declararse una relación de padre a hijo”.

Revista de Jurisprudencia Peruana, año V,
N° 40-41, mayo-junio de 1947, pp. 376-377.

Motivada la resolución suprema de fecha 9 de mayo de 1947 declaró NO HABER NULIDAD en el auto de vista del 14 de diciembre de 1946 confirmatorio del apelado que declara fundada la oposición del demandante y, por tanto, es inadmisibles la prueba indicada. Su sustento jurídico es:

“La prueba de grupos sanguíneos no está comprendida en el artículo 347 del C. de P.C., y, además, es impertinente, para comprobar los hechos puntua-

lizados en el artículo 366 del C.C, que son los únicos en virtud de los cuales puede declararse la paternidad ilegítima”.

*GUZMÁN FERRER, Fernando: Código Civil,
Lima, Editorial Cuzco, 1969, p. 246.*

En estas dos sentencias emitidas por el órgano judicial existe una tendencia a rechazar la prueba hematológica.

CASO 3

“... que la prueba hematológica ofrecida por la demandante (...) constituye una prueba pericial cuya actuación está permitida por el artículo cuatrocientos veintinueve del Código de Procedimientos Civiles, y cuyo valor probatorio será apreciado de acuerdo a la norma establecida por el artículo quinientos cuatro del citado código; que de otra parte dicho peritaje está relacionado con la materia controvertida (...) se declaran sin lugar las oposiciones formuladas por el demandado...”

*Exp. N° 5039-77/LIMA
Resolución N° 7 (17/03/1978 a fs. 28)
Filiación extramatrimonial
Sexto Juzgado en lo Civil.*

CASO 4

“AUTOS Y VISTOS: interviniendo como ponente el señor Carrión Lugo; con la instrumental presentada por sus fundamentos en esta instancia; y, ATENDIENDO ADEMÁS: a que el juzgador debe rodearse de todos los elementos de juicio pertinentes para resolver la causa: CONFIRMARON el auto de fojas veintiocho, su fecha diecisiete de marzo del presente año, que declara sin lugar las oposiciones formuladas por el demandado...”

*Exp. N° 1281-78/LIMA
Primera Sala Civil.*

CASO 5

“... las únicas pruebas aportadas resultan insuficientes para el propósito indicado (...) los certificados médicos (...) reconocidos (...) pertenecientes a la actora y al menor (...), que se contraen a la Tipificación de Grupos Sanguíneos, carecen de eficacia probatoria por no haberse practicado el peritaje de Tipificación de Sub-Grupos Sanguíneos recomendado por la doctora Teresa Pérez de Gianella (...);

FALLO: Declarando infundada la demanda...”

Exp. N° 5039-77/LIMA

Filiación extramatrimonial

Sexto Juzgado en lo Civil.

• *Estado actual*

“AUTOS Y VISTOS: Interviniendo como ponente el señor Vergara Gotelli; por estos fundamentos y ATENDIENDO además: a que la prueba que ofrece la accionante y rechaza el juzgado es admitida por el artículo cuatrocientos trece –primer párrafo– cuando expresa y exclusivamente tiende a negar la identidad de los grupos sanguíneos entre el titular de la acción y el emplazado presunto padre: CONFIRMARON el auto de fojas veintinueve y vuelta, su fecha primero de abril del año en curso, en la parte apelada que desestima el medio probatorio ofrecido por la accionante en el tercer punto del escrito a fojas veintiocho; y los devolvieron.-”

Exp. N° 860-85/LIMA

Declaración de la paternidad extramatrimonial

Cuarta Sala Civil, 1985.

“Que en cuanto a la pericia negativa de los grupos sanguíneos practicada a las partes en el proceso, así como a la menor (...), éstas no arrojan una exclusión de la posibilidad de que la combinación del grupo sanguíneo de la demandante y del demandado pudieran engendrar una criatura del grupo sanguíneo O-positivo; lo cual no es suficiente para declarar la filiación biológica de la menor (...) como hija del demandado”.

Exp. N° 965-89/LIMA

Corte Suprema de Justicia.

“Las tarjetas postales (...) prueban la relación de intimidad entre las partes, pues el demandado las envió desde otros países (...) utilizando lenguaje evocador en algunos casos, anunciando su pronto regreso en otra y con saludos por el día de la madre (...) que la cabal descripción hecha por la demandante de la casa de verano del demandado en el balneario de Pucusana y que luego es constatada en la inspección ocular (...) a donde era conducida para mantener relaciones sexuales, la constancia de alojamiento en el hotel El Sausal (...) las cartas (...) la fotografía (...) reconocida (...) y que el demandante manifiesta que corresponde a una celebración en un restaurante de Lurín, los certificados (...) que acreditan

que el demandado y la menor (...) pertenecen al mismo grupo sanguíneo (...) el instrumento (...) en el que el demandado deja constancia del pago de la pensión alimenticia, persuaden de la relación habida entre las partes, fruto de la cual es la menor, habiendo el demandado practicado actos directos de paternidad”.

*Exp. N° 953-90/LIMA
Corte Suprema de la República.*

Si bien el artículo 402 del Código Civil no ha considerado la relación extramatrimonial durante la época de la concepción, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica a una menor cuando existen otros indicios suficientes para probar la paternidad como:

- Constatación en el registro de huéspedes de un hostel.
- Identidad de cromosomas a través de análisis citogenético que determina la poca frecuencia en la generalidad de la población.
- Reconocimiento expreso de ayuda a la demandante durante su embarazo.

*Exp. N° 271-92/LIMA
Corte Suprema de Justicia, 1993
Revista Jurídica del Perú, Trujillo, Editorial Normas Legales S.A.,
año XLV, N° 2, 1995, pp. 157-158.*

“La pericia genética para la determinación de la paternidad (...) fue admitida en aplicación del artículo 413 del Código Civil, que se refiere a la admisibilidad de la prueba de los grupos sanguíneos, efectuada la misma se expresa que el demandante está excluido como padre biológico (...) por la prueba del ADN”.

*Exp. N° 5323-93/LIMA
Impugnación de paternidad
Noveno Juzgado Civil de Lima, 1994.*

“El hijo extramatrimonial puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta los 18 años. El examen genético del ADN y el serológico son para fines de filiación”.

*Exp. N° 2538-95/LIMA
Sexta Sala Civil, 1995
LEDESMA NARVÁEZ, Marianella: Ejecutorias,
Lima, Cultural Cuzco S.A., 1996, pp. 48-49.*

“Que durante la secuela del proceso, el demandado no ha probado en modo desacreditar los argumentos que refiere el considerando precedente [mantenimiento de relaciones sexuales durante la época de la concepción], máxime si lo dicho se encuentra corroborado con el dictamen pericial que refiere el certificado de determinación de paternidad (...) del cual aparece que en todos los sistemas analizados hay coincidencia entre una de las marcas del niño y una del posible padre, combinando el índice de paternidad de cada uno de los segmentos analizados se obtiene una posibilidad de paternidad de 99%; por lo que demuestra que don PPJV es el padre biológico del menor JPJV”.

Exp. N° 10390-95/LIMA

Noveno Juzgado Civil Transitorio Corporativo

En la audiencia de conciliación el juez de oficio solicitó se practique la prueba de HLA en las partes, en el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati. Mediante resolución N° 130-95 (del 11 de agosto de 1995) se dispuso la desestimación de la prueba en referencia en el sentido “... que estando al hecho de que la prueba de HLA, a la actualidad no es una prueba determinante pues sólo podría dar un resultado indicativo, ya que sería muy diferente que se hubiera solicitado la prueba de ADN, que sí es un medio probatorio” adecuado.

Exp. 408-96/LIMA

Vigésimo Octavo Juzgado Civil.

Antecedentes

Un médico y una enfermera, ambos solteros, se conocieron en su centro de trabajo (un hospital de la ciudad de Chiclayo) iniciando desde junio de 1989 una relación sentimental. A fines de 1989 la enfermera queda embarazada y el médico rechazó totalmente el hecho, decidiendo la madre continuar con el embarazo. El niño nace el 9 de julio de 1990.

La madre inscribió el nacimiento en la Municipalidad Provincial de Chiclayo consignando el nombre del padre en la partida. Ante ello, el médico demandó la exclusión de nombre, siendo amparada su demanda. Luego la madre demandó alimentos para su menor hijo en calidad de hijo alimentista. Esta demanda fue amparada por el Tercer Juzgado Civil de Chiclayo y por la Segunda Sala Civil de dicha ciudad.

La sentencia recaída en ese juicio fue materia de un proceso de contradicción iniciado por el padre (con el antiguo Código de Procedimientos Civiles). La demanda fue desestimada por la Corte Suprema, por lo que actualmente el menor tiene la calidad de hijo alimentista.

En diciembre de 1991 se inició ante el 24º Juzgado Civil de Lima un proceso de declaración de filiación extramatrimonial. Una de las pruebas ofrecidas por la demandante fue el ADN para la determinación positiva de la paternidad. El médico sometió a la prueba en el Centro Médico Especializado Genética en la tercera oportunidad en que fue citado, consciente de la presunción de paternidad alegada por la demandante en caso de negarse. La prueba se actuó el 6 de noviembre de 1995, procediéndose al envío de las muestras para su análisis a Estados Unidos. El resultado fue que el demandado era el padre biológico del niño y que el grado de certeza de la prueba era de 99,99%.

La sentencia de primera instancia declaró fundada la demanda basándose principalmente en los resultados de la prueba biológica de ADN, condenando adicionalmente al demandado al pago de las costas del proceso. El demandado, seguramente por su condición de médico y conocedor de la certeza que proporciona el resultado de la prueba de ADN actuada, apeló sólo parcialmente la sentencia en el extremo referido a las costas del proceso alegando su natural derecho a la defensa. La sentencia de vista, de junio de este año, revocó la apelada declarando infundada la demanda interpuesta, restándole mérito probatorio a la prueba efectuada.

El caso está en estos momentos en la Corte Suprema porque se interpuso contra la sentencia (el caso se inició con el Código de Procedimientos Civiles) un recurso de nulidad que fue admitido.

Cit. MARTÍNEZ COCO, Elvira: "La filiación biológica y el artículo 402 del Código Civil", en Diálogo con la Jurisprudencia, año IV, N° 8 Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial, Lima, Gaceta Jurídica Editores, enero-febrero 1998, pp. 341-342.

FALLO

DICTAMEN FISCAL

Dictamen N° 162-97-FSC-MP

“La prueba biológica que se ha practicado en este proceso [refiriéndose al ADN], sustenta la declaración de paternidad, que posibilita el artículo 413 del Código Civil y lo cual permite sostener que don Percy Pedro Adán Jo Jiménez es el padre biológico del menor Juan Pablo, nacido el 08 de julio de 1990 en la ciudad de

Chiclayo...”

Lima, 12 de noviembre de 1997

Dra. Blanca Nélida Colán Maguiño

Fiscal Supremo en lo Civil.

RESOLUCIÓN JUDICIAL (De Pantoja, Iberico, Ortiz y Sánchez Palacios)

“... Tercero: Que la prueba pericial decretada de oficio o a solicitud de parte debe practicarse en el modo y forma contemplados por los artículos 491 y ss. del acotado [Código de Procedimientos Civiles], dispositivos que han sido ignorados en el presente caso; Cuarto: Que, en tal virtud, se ha incurrido en las causales de invalidez previstas por los incisos octavo y décimo tercero del artículo 1085 del mencionado Cuerpo de Leyes; Quinto: Que, en consecuencia (...) declararon NULA la sentencia de vista (...); INSUBSISTENTE la apelada (...); DISPUSIERON que el Juez de la causa proceda con arreglo a ley...”.

VOTO SINGULAR (De Castillo La Rosa)

“... Segundo: Que, la prueba pericial sobre el análisis de sangre para determinar el ADN y que se precisa en el extranjero, no puede sujetarse al trámite previsto en el artículo 491 y ss. del Código de Procedimientos Civiles, a más de que esa prueba sólo puede apreciarse cuando su resultado es negativo, esto es, demostrativa de que la paternidad atribuida no es posible, mas no puede ser tomada en cuenta cuando determina esa posibilidad por muy alto que sea el grado de la misma, por prescripción expresa del artículo 413 del Código Civil primer párrafo; Tercero: Que conforme el inciso tercero del artículo 1086 del Código de Procedimientos Civiles los vicios procesales no pueden originar la nulidad de las resoluciones cuando, como en el presente caso, no han de influir en el sentido de las mismas; por estas razones (...) MI VOTO es porque se declare NO HABER NULIDAD...”

Exp. N° 311-97/LIMA

Resolución Suprema.

- *Negativa a someterse a la prueba biológica*

DICTAMEN FISCAL

Dictamen N° 225-96-MP-FN-FSC

“Del análisis de la demanda de fs. 2 se desprende que la pretensión material de la actora GLADYS CARPIO CHAMBI en que se declare judicialmente que Don César Andrés Fernández Bedoya es padre de su hijo Ronny Jonathan Carpio Chambi nacido el 1º de julio de 1990 en el Hospital Honorio Delgado. Afirma que el menor es fruto de las relaciones convivenciales sostenidas con el emplazado en el inmueble que alquilaron en Túpac Amaru 1302, Urb. Pedro P. Díaz del Distrito de Paucarpata.

La actora ha probado que ha mantenido relaciones sexuales con el demandado durante la época de concepción del menor, lo que es corroborado con la declaración testimonial de Don Juan Feria Cuba (fs. 29), quien afirma que han vivido juntos, y que el nacimiento del niño tuvo lugar durante la convivencia, así como que el demandado le manifestó que quería tener una hija mujer y, como había sido varón, no quería reconocerlo. El Sr. Feria Cuba afirma que incluso le solicitaron sea padrino del menor y nombrarlo como testigo del matrimonio.

A fs. 55 obra el Informe Pericial N° 3, efectuado el 31 de agosto de 1993, por la Unidad Departamental de Salud de Arequipa - Hospital de Apoyo Goyeneche del Ministerio de Salud, en el que se deja constancia sobre los análisis de sangre practicados a la demandante Gladys Carpio Chambi y a Ronny Carpio Chambi, destacándose en dicho instrumento que el emplazado César Fernández Bedoya no se hizo presente para el análisis correspondiente.

La demandante ha probado su pretensión con las testimoniales de fs. 26, 29 y 42, así como con la Inspección Ocular de fs. 43 a la cual no concurrió el demandado y en la que la testigo Doña Herminia Chambi manifestó que en dicho inmueble vivieron el demandado y la demandante.

El demandado no ha probado los hechos alegados para negar la filiación del menor, razones por las cuales considero debe Ampararse la demanda de FILIACIÓN.

Por lo expuesto la Fiscalía Suprema en lo Civil es de Opinión que se declare NO HABER NULIDAD en la recurrida”.

Lima, 13 de setiembre de 1996

Dr. Miguel Aljovín Swayne

Fiscal Supremo en lo Civil.

RESOLUCIÓN JUDICIAL

“Lima, veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y seis.

VISTOS; con los acompañados; de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO además; a que en el recurso de nulidad no se hace ninguna alegación a la prueba pericial; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas noventa y tres, su fecha treinta de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, que confirmando la apelada de fojas setenta y siete, su fecha diez de agosto del mismo año, declara FUNDADA la demanda interpuesta a fojas dos sobre filiación y, en consecuencia, que el demandado es padre del menor Ronny Jonathan Carpio Chambi; con lo demás que contiene y es objeto del grado; condenaron en las costas del recurso y multa de ley a la parte que lo interpuso, en los seguidos por doña Gladys Carpio Chambi con César Andrés Fernández Bedoya, sobre filiación; y lo devolvieron”.

SS. Roncalla/Reyes/Vásquez/Echevarría/Fernández

Exp. N° 66-96/AREQUIPA

Sala Civil

MARÍA RAMÍREZ, Eugenio: Jurisprudencia civil y comercial,

Lima, Grijley, 1997.

“Si la demandada para probar que el accionante (que pide la exclusión de nombre) es padre de su menor hijo ofrece las pruebas científicas del examen cromosómico (ADN) y la confrontación psicosomática entre el actor y el menor, y no concurre el demandado para la toma de muestras, oponiéndose a la actuación de éstas, ello lleva a la evidencia que el demandante es el padre del menor”.

Exp. N° 16-95/ICA

Resolución Suprema

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella: Ejecutorias Supremas Civiles (1993-1996),

Lima, Legrima 1, 1997, pp. 213-214.

- *El juez y la prueba*

DICTAMEN FISCAL

Dictamen N° 206-96-MP-FN-FSC

“De conformidad con el Artículo 337° del Código de Procedimientos Civiles, las partes deben acreditar los hechos que aleguen como fundamento de sus pretensiones. En el caso de Autos, la actora Gladys Lastenia Vera Piedra ha probado sufi-

cientemente su pretensión de que la menor Laly Dayana Valdivieso Vera, nacida el 02 de agosto de 1988, es producto de sus relaciones extramatrimoniales con don José Luis Valdivieso Ruiz, con la Relación de Alojados de fs. 14, Carta y Sobre de fs. 15 y 16 respectivamente, Receta de fs. 17, y con los Documentos de fs. 25 a 27 del Expediente Principal. Asimismo, con la Audiencia de Conciliación de fs. 32 a 34, del Expediente Acompañado sobre Alimentos, en donde el demandado Valdivieso Ruiz admitió que frecuentaba y que se alojó con la demandante en la Habitación N° 403 del Hotel “Astur”, del Cercado de Lima. Debe tenerse en cuenta la Carta Notarial de fs. 21 del referido Expediente Acompañado.

Es necesario resaltar las contradicciones en que ha incurrido el emplazado en la Diligencia de Confesión de fs. 43 de estos autos, en la que negó haber sostenido relaciones con la actora. Sin embargo, en la Audiencia de Conciliación de fs. 32 a 34 del Expediente Acompañado sostuvo inicialmente que conoció a la demandante, en 1976, presentada por un amigo mutuo y que la volvió a ver en dos o tres oportunidades como máximo, para más adelante admitir que la llegó a frecuentar más y que, inclusive, la visitó varias veces en su domicilio.

Por lo expuesto, la Fiscalía Suprema en lo Civil, es de Opinión que se declare NO HABER NULIDAD en la recurrida”.

Lima, 03 de setiembre de 1996

Dr. Miguel Aljovín Swayne

Fiscal Supremo en lo Civil.

RESOLUCIÓN JUDICIAL

Lima, once de octubre de mil novecientos noventiseis

“VISTOS; con los acompañados; con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo; y CONSIDERANDO: que el juzgador está facultado de acuerdo con el artículo trescientos cuarenta del Código Procesal Civil, aplicable al caso de autos, para adoptar las medidas que estime convenientes para obtener el total esclarecimiento de la verdad de los hechos y emitir un adecuado pronunciamiento a las exigencias de la ley; que la prueba del 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; declararon NULA la sentencia de vista de fojas ciento cuarentitres, su fecha seis de junio de mil novecientos noventicinco; DISPUSIERON; que la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima, expida nuevo fallo, debiendo previamente ordenarse la realización de la prueba de ADN a don José Luis Valdivieso Ruiz y la menor

Laly Dayana Valdivieso Vera, por cuenta y costo del demandado y debiendo designarse los peritos médicos para el efecto; en los seguidos por doña Gladys Lastenia Vera Piedra con don José Valdivieso Ruiz, sobre filiación; y los devolvieron”.

SS. Roncalla/Román/Vásquez/Echevarría/Fernández.

Exp. N° 34-96/LIMA

Sala Civil

MARÍA RAMÍREZ, Eugenio: Jurisprudencia civil y comercial, Lima, Grijley, 1997, pp. 221-223.

“En los procesos donde el actor niega la presunta paternidad de un menor habido con la demandada para dilucidar la controversia, la Sala debió ordenar se realice la prueba científica del ADN conforme lo establece el artículo 413 del Código Civil”.

Exp. N° 261-96/CUSCO

Resolución Suprema

MARÍA RAMÍREZ, Eugenio: Jurisprudencia civil y comercial, Lima, Grijley, 1997, pp. 145-149.

- *Exhumación y pruebas biológicas*

Se demanda en paternidad a un sexagenario quien aduce no ser el padre por padecer de complicaciones biológicas, falleciendo en el transcurso del proceso. En Primera Instancia se falla ordenando el reconocimiento de la filiación extramatrimonial, al haberse comprobado la posesión constante estado y el escrito indubitado (fs. 92-97, el 14/03/1994). Apelada la sentencia sube a la Sexta Sala Civil (Exp. N° 1607-94). Los herederos del atribuido padre difunto solicitan, entre otros, la prueba de los grupos sanguíneos ya que en el Hospital Militar Central constan registrados el grupo y demás características sanguíneas, esto a fin de descartar la paternidad (fs. 111, 118-119). La demandante (fs. 134-135) solicita la prueba del ADN en el menor y en la hija del demandado (quien desde la muerte de éste ejerció su representación procesal) con la correspondiente exhumación del cadáver. El fiscal (Dictamen 662-94, a fs. 148-149) opina por la confirmación de la sentencia en todos sus extremos.

La Sala (fs.153, el 13/1/95), establece que:

“Para mejor resolver oficiase al Colegio Médico a fin que remita la relación

de peritos designados en materia genética”.

A fs. 166 (17-04-95):

“Estando a lo expuesto en razón que antecede agréguese a los autos el oficio; y, MANDARON para mejor RESOLVER: Se realice una prueba científica de ADN para determinar la paternidad biológica del menor JACL; nombrándose para efectos a los especialistas Eva Klein Hertz y María Isabel Quiroga Parodi; para la realización de la misma. Debiendo la parte accionante hacer las gestiones pertinentes para la exhumación del cadáver de JACR.- en la vía pertinente”. Seminario Valle. Palomino Thompson y Calmell del Solar Díaz.

A fs. 171 (02-06-95) se solicita a la Beneficencia Pública se autorice la exhumación del cadáver del cementerio El Angel para efectos de realizar la prueba del ADN ordenada en autos. Se reitera el pedido (fs. 189, 06-12-95), bajo apercibimiento de multa. A fs. 197 (2/8/96) la Beneficencia Pública contesta que se está brindando las máximas facilidades.

A fs. 204 (07-10-96):

“Estando al mérito del oficio de la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana que se da cuenta en autos; téngase por cumplido lo ordenado por resolución del 25 de mayo del año pasado, y en consecuencia ordenaron se practique la prueba científica del ADN, el 06 de noviembre a las 3:00 pm. a fin de determinar la paternidad de JACR, ahora fallecido sobre el menor JACL, habido con la demandante JELR, EXHUMANDOSE el cadáver de JACR”. Ferreyros Paredes, Valcárcel Saldaña y De Piérola Romero.

Exp. N° 6233-91/LIMA

Primer Juzgado Civil.

- *Violación, delito y filiación*

“El estado de gestación generado por las relaciones sexuales violatorias se encuentra acreditado además con el examen pericial de Medicina Forense (...) y con el examen de determinación de paternidad (...) que determina en forma clara y contundente que el acusado es el padre biológico del niño XX, habido con la agraviada indicando una probabilidad de paternidad de 99%”.

Exp. N° 498-95/LIMA

Décimo Primera Sala Penal, 1995.

Hechos: El 2 de febrero de 1996 la madre de la agraviada denuncia ante la de-

legación de Nueva Esperanza (Villa María del Triunfo) a su ex conviviente por el delito de violación en agravio de su menor hija, que se encontraba con tres meses de gestación. La parte agraviada solicita la aplicación de la prueba del ADN, la que se decreta con cargo a la solicitante con el fin de que se realice a la agraviada, al denunciado y a la menor recién nacida. La prueba determina que el denunciado no era el padre por lo que solicitó el beneficio de libertad provisional.

El Fiscal opinó que se declare la improcedencia de dicha solicitud en vista de que “si bien es cierto que el producto de la concepción de la agraviada no corresponde al recurrente, tal hecho no enerva su responsabilidad en otros momentos de prácticas sexuales a que refiere la menor, por lo que estimo que la pena a imponerse no será menor de 4 años...”

El juez penal declaró procedente el beneficio de libertad provisional solicitado por el denunciado teniendo en cuenta los resultados de la prueba de ADN, en los siguientes términos: “... que, el informe emitido por el Centro Médico especializado de Genética a fojas 211 de la determinación de la paternidad realizada en un laboratorio de Estados Unidos de Norteamérica de los segmentos de ADN, tanto del procesado (...), la agraviada (...) y el menor procreado, se tiene la conclusión que dicho encauzado no es el padre biológico de dicha niña, por consiguiente, existe sólo la imputación efectuada por la damnificada...”

*Exp. N° 130-96/LIMA
Tercer Juzgado Penal, 1996.*

Se denuncia al señor ARR por el delito de violación de la menor MSS. El 19 Juzgado en lo Penal abre instrucción por el delito de violación, siendo recluido en un centro penitenciario. Se realiza una pericia sanguínea de los implicados (denunciado, denunciante y agraviada), resultando que el acusado ARR tiene un 45% de exclusión de paternidad. Debido a este resultado, la prueba en referencia no aportó mayores elementos, pues sólo se analizaron los grupos sanguíneos. Se solicita, por la parte civil, la aplicación de la prueba de ADN, siendo denegada. El 23/3/94 se eleva el expediente a la 3ª Sala Penal y se realiza la prueba de ADN comprobándose que el denunciado no era el padre del menor sino el denunciante (padre de la agraviada). Los resultados son apreciados por la Sala como una mera y simple ‘ilustración científica’, condenando al denunciado a 7 años de pena privativa de la libertad y una reparación de S/.10.000,00. La Suprema, el 12/4/1995, declara NULA la sentencia, remitiéndose el expediente a la 11ª Sala Penal para nuevo juicio oral. Esta Sala absuelve al denunciado en base a los resultados de la prueba de ADN.

*Exp. N° 1351-96/LIMA
Cuarta Sala Penal, 1996.*

- *Casos especiales*

El demandante solicita la aplicación de la prueba negativa de los grupos sanguíneos (siendo admitida por el juez por resolución N° 3, fs. 16). La demandada solicita la prueba de ADN (admitida por resolución N° 11, fs. 111).

Exp. N° 047-94/LIMA

Nulidad de reconocimiento por simulación absoluta

Vigésimo Juzgado Civil.

7. Pruebas especiales

“1. La sentencia en que se reconoce la obligación de prestar alimentos no presupone necesariamente el reconocimiento de la paternidad. 2. La fotografía no constituye un medio de prueba idóneo, de tal modo que no se puede invocar el aparente parecido entre las imágenes de las personas que en ellas aparecen como fundamento de la filiación. 3. La partida de nacimiento sólo prueba la existencia de una persona, cuando en ella no tuvo ninguna intervención el presunto padre, aún cuando se consigne su nombre. 4. Las cartas del presunto padre que no están autenticadas y que además sus textos son imprecisos y con caligrafía diferente, no pueden tomarse como escrito indubitados de reconocimiento de la paternidad”.

Revista de Jurisprudencia Peruana,

tomo XXVI, N° 288, p. 52.

Las testimoniales obrantes en autos, así como las fotografías no son prueba para declarar la paternidad, si no están corroboradas con otras pruebas idóneas para dicho fin.

Exp. N° 1078-89/CUSCO

*MINISTERIO DE JUSTICIA: Sistema Peruano de
Información Jurídica (SPIJ), Lima, vol. 1, 1997.*

8. Obligación alimentaria y relación jurídica filial

No obstante haber vencido en el juicio de filiación, el presunto padre debe alimentos al hijo, si se prueba que aquél convivió con la madre en la época de la concepción.

Revista de Jurisprudencia Peruana, 1953, p. 1220.

Para declarar la obligación alimentaria, no se requiere prueba tan completa como para declarar la filiación. Bastan declaraciones de testigos, corroboradas por partidas de bautismo, certificación de la obstetriz y de la autoridad policial sobre sus antecedentes.

*El Peruano, 24 de febrero de 1945 y
Revista de Jurisprudencia Peruana, 1955, pp. 1932-1933.*

“En este estado el Juzgado estando a la facultad que le concede el artículo 148 del Código de los Niños y Adolescentes y con el fin de determinar la posible paternidad del demandado, se dispone que se practique un examen de sangre a la parte demandante, a la parte demandada y al niño materia de litis, a fin de determinar la paternidad del niño”.

*Exp. N° 99-95/LIMA
Noveno Juzgado del Niño y Adolescente.*

“La confesión del demandado de un juicio de alimentos, reconociendo haber mantenido relaciones sexuales con la demandante, en dos oportunidades, no constituye prueba suficiente para acreditar los fundamentos de la demanda de filiación ilegítima, interpuesta al amparo del artículo 366 del Código Civil derogado”.

*Exp. N° 276-85/ANCASH
Normas Legales, Trujillo, Editorial Normas Legales S.A.,
N° 139, 1986, p. 232.*

“Habiéndose aportado alimentos y el permanente contacto en la época de la concepción con la actora amerita declarar fundada la demanda de filiación que se interpone”.

*Exp. N° 1785-85/ANCASH
Primera Sala Civil de Lima
Normas Legales, Trujillo, Editorial Normas Legales S.A.,
N° 164, 1990, p. 305.*

“Si en un juicio de alimentos para un menor no se prueba las relaciones sexuales invocadas, y, antes bien, la propia madre, al hacer la presentación del hijo, no indicó quién era el padre prosperará (sic) la demanda de alimentos”.

El Peruano, Ejecutorias Supremas
Nº 5, 1945, p. 444.

“1. Las declaraciones testimoniales actuadas, por sí solas, son insuficientes para probar los extremos de la demanda de filiación. 2. El monto acordado en el juicio sobre aumento de alimentos no constituye prueba de filiación por ser una consecuencia del derecho declarado en el juicio primitivo”.

El Peruano, Ejecutorias Supremas,
año 1, Nº 29, 1981, p. 388.

“Para declarar la obligación alimenticia, no se requiere prueba tan completa como para declarar la filiación; pues, mientras que para aquella sólo basta demostrar las relaciones extramatrimoniales en la época de la concepción, para ésta se hace necesario el principio de prueba. Artículo 367 del C.C. 36; Artículo 415 del C.C. 84”.

Jurisprudencia Civil, Lima, Cultural Cuzco S.A.,
1989, pp. 64-65.

No procede declarar la paternidad extramatrimonial, si la demandante no acredita el concubinato en la época de la concepción del menor.

La pensión alimenticia fijada para el menor no es prueba del concubinato.

Exp. Nº 2369-87/AREQUIPA
MINISTERIO DE JUSTICIA: Sistema Peruano de
Información Jurídica (SPIJ), Lima, vol. 1, 1997.

9. Filiación: Forma y solemnidad

“No procede solicitar la variación del nombre que aparece como padre del titular, en un procedimiento no contencioso de rectificación de partida, porque ello importa un acto de reconocimiento de paternidad, que no puede ser tramitada sino en un juicio en vía ordinaria, que persiga ese fin”.

Normas Legales, Trujillo, Editorial Normas Legales S.A.,

tomo 145, año 1987, p. 356.

10. Filiación y el *iure novit curia*

Si el demandante no ha expresado en forma precisa en cuál de las causales previstas por el artículo 366 del Código Civil del año 1936 ampara su derecho, dicha omisión no puede subsanarse de oficio por el juez, por estar fuera de los alcances del artículo VII del título preliminar del Código Civil.

El juez puede hacer uso de la facultad conferida por el artículo VII del título preliminar del Código Civil en el caso de que la actora haya omitido citar los fundamentos pertinentes de derecho o éstos hayan sido citados erróneamente.

El Juez no debe dar trámite a una demanda en la cual se haya omitido los fundamentos de derecho y además no se haya expuesto los fundamentos de hecho en forma correcta o completa. (Art. 307 del C. de P.C.).

Exp. N° 1685-85/LIMA

MINISTERIO DE JUSTICIA: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), Lima, vol. 1, 1997.

Corresponde a los jueces la aplicación de la norma pertinente a la relación jurídica controvertida. "... el actor ha denominado su acción erróneamente como de impugnación de la paternidad, acción pertinente para la impugnación de la paternidad matrimonial, cuando en realidad lo que pretende es la exclusión de su nombre de la partida de nacimiento del menor Luis Antonio Presa Florian en la cual figura como padre sin haber prestado su consentimiento para ello; que en consecuencia, estamos ante una acción de exclusión de nombre y no de impug-

nación de la paternidad y en tal sentido debe meritarse el fondo”.

Exp. N° 1876-88/LIMA

*MINISTERIO DE JUSTICIA: Sistema Peruano de
Información Jurídica (SPIJ), Lima, vol. 1, 1997.*

JURISPRUDENCIA COMPARADA

1. Admisibilidad de la prueba

Estados Unidos

CASO 1

En el caso de *Spencer vs. Commonwealth*, la Corte Suprema de Virginia afirmó que la evidencia derivada del análisis del RFLP era suficientemente fiable para ser admitida. El tribunal escuchó el testimonio de los expertos en la investigación: biología molecular y genética, entendiendo que las técnicas eran fiables, aceptable generalmente en la comunidad científica, y que los tests en particular habían sido dirigidos de manera fiable. En otro procedimiento también la Corte Suprema de Virginia sostuvo que la evidencia basada en un análisis de una muestra, usando la tecnología PCR, era admisible.

CASO 2

En *State vs. Pennell*, si bien admitió la evidencia de ADN, sin embargo rechazó las probabilidades estadísticas.

Según datos ofrecidos por el comité *ad hoc* para el estudio de la tecnología del ADN en la técnica forense, en febrero de 1990, y de las apelaciones en los tribunales federales, admitieron la evidencia del ADN aprobando la teoría subyacente en el análisis del ADN; si bien algún tribunal federal rechazó la prueba en un caso por la poca fiabilidad del proceso en el laboratorio y otra en razón de la controversia de los datos estadísticos.

Las cortes supremas de Carolina del Sur, Georgia, Carolina del Norte y Massachusetts admitieron la evidencia del ADN. Así, en el caso *Kelly*, no recriminaba las conclusiones técnicas del ADN, sino la técnica procedimental del laboratorio y la experiencia estadística de los testigos.

CASO 3

En *Caldwel vs. Sate*, no se atacaban los principios científicos del ADN y su obtención en el laboratorio, sino en cómo éste ordenó la coincidencia entre las muestras y la validez de sus cálculos de probabilidad, según los cuales la posibilidad de que una persona seleccionada tuviera el mismo patrón de ADN que la muestra del acusado era de 1 entre 24.000,00.

CASO 4

En *Commonwealth vs. Curnin*, de la Corte Judicial Suprema de Massachussets, se rechazó la prueba del ADN en cuanto al problema de las muestras de control efectuadas en un laboratorio sin fijar 'estándares de actuación' generalmente admitidos en la comunidad científica.

En conclusión, en EE UU, desde 1987, la admisibilidad de las evidencias de ADN han sido reiteradamente planteadas en los tribunales, sobre todo utilizando el método Frye. Como hemos visto, en el *iter* de la jurisprudencia reciente, se discute fundamentalmente el criterio de la *admisibilidad* del test del ADN, sobre todo en su aportación a los datos estadísticos.

En ciertos estados, como Arkansas, Connecticut, Michigan, Montana y Nuevo México, admiten específicamente la evidencia del test del ADN para los casos de investigación de la paternidad, pero no para los casos penales; y, sin embargo, otros estados como Luisiana, Maryland, Minnesota, Virginia y Washington, aceptan y reconocen la validez de los test del ADN en la actualidad penal.

Vid. LLEDO YAGÜE, Francisco: "La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicancias jurídicas"; en El derecho ante el proyecto genoma humano. Madrid, Fundación BBV, 1994, vol. IV, pp. 51-52.

Francia

"La Ley del 12 de julio de 1955 añadió al Código Civil un artículo exigiendo que el juez desestimara la demanda de paternidad biológica si los análisis de sangre demostraban que el presunto padre no era tal. Desde 1976, el Tribunal de Apelaciones de París (París, 16 de diciembre de 1976. Dalloz 1977, p. 133, y Répertoire Defrénois artículo 31308 nota J. Massip) ha comenzado a admitir la prueba positiva de paternidad mediante el análisis biológico de la herencia genética. Actualmente, los tribunales franceses confían ampliamente en las pruebas genéticas, ordenando la realización de dichos análisis a petición de una de las partes e, incluso, de oficio. El Tribunal de Casación, en su Memoria anual de 1987, declaró que los jueces nunca deben dudar en recurrir a técnicas científicas modernas para

establecer la verdad en los casos de paternidad.”

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. “La identificación de la persona mediante pruebas genéticas: aspectos jurídicos”, en *El derecho ante el proyecto genoma humano*. Madrid, Fundación BBV, 1994, vol. IV, pp. 93-94.

Italia

“El cambio radical de postura se produjo con la sentencia ‘histórica’ Nº 6400/1980, del Tribunal Supremo (*Suprema Corte di Cassazione*) respecto de la admisión de la prueba hematológica o genética. Con esta sentencia, el Tribunal Supremo llenó la laguna que existía previamente en la práctica jurídica entre las sentencias legales y los progresos científicos, plasmando, finalmente, el espíritu de la reforma de la L.151/1975. Quedaba legitimado, por tanto, el uso con carácter general de la prueba hematológica y genética ‘positiva’ para la identificación del padre y de la madre, afirmando la admisibilidad de dicha prueba técnico-científica, aun cuando fuera contraria a otras pruebas obtenidas en la investigación preliminar. Al eliminar todas las limitaciones sobre la admisibilidad de la prueba hematológica o de la prueba genética, Italia se alineó con posiciones análogas mantenidas en las principales reformas de la legislación europea sobre la cuestión. En las últimas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo (Cass. civ. I. 19 de febrero de 1987, n. 1788; Cass. civ., I, 27 de febrero de 1989, n. 1064; Cass. civ., I. 16 de marzo de 1991, n. 2820) se afirma que debe dejarse al arbitrio del juez la decisión de utilizar dichas pruebas, el cual puede considerarlas superfluas (cuando existan suficientes elementos sobre los que basar la sentencia), o utilizarlas para comprobar la veracidad de las conclusiones que es posible extraer de los elementos obtenidos por medio del sistema probatorio habitual”.

GARGANI, Alberto. “La identificación mediante pruebas genéticas en el derecho italiano: problemas y perspectivas”, en *El derecho ante el proyecto genoma humano*. Madrid, Fundación BBV, 1994, vol. IV, p. 164.

2. Negativa al sometimiento

España

En las acciones de filiación prevalece “el interés social y de orden público, conatural a toda declaración de paternidad, y base fundamental de los demás dere-

chos correspondientes a la filiación, al proteger a ésta tanto dentro como fuera del matrimonio. Así, pues, la negativa del demandado que no vaya acompañada de unas justificaciones muy cualificadas, no puede conducir a la consagración de la impunidad, respecto a la aceptación de las cargas y deberes directamente derivados de unos posibles vínculos familiares”.

Anuario de Derecho Civil, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, tomo XLIX, fasc. II, p. 1027.

“(…) Segundo. Por la misma vía procesal del anterior, el segundo motivo denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial por cuanto la sentencia impugnada, según se alega, atribuyó al señor T.B. la paternidad del menor E.L., no obstante ‘la práctica inexistencia de prueba alguna que haya acreditado la paternidad de don J.T.’. A este respecto, la Sala de instancia se refiere a ‘la ausencia de tales pruebas, al menos de las verdaderamente relevantes, debida a la tenaz resistencia opuesta por el codemandado señor T.’, así como a ‘la actitud procesal mantenida por el codemandado señor L.R.’, aunque también hace referencia a la prueba testifical (declaración de doña I.R. que, según la Sala de instancia, reiteró ‘aunque con menor contundencia’, lo manifestado en el acta notarial de 13 de octubre de 1989) y, en definitiva, ‘vista la parquedad de la prueba practicada’, valoró la negativa del señor T.B. a someterse a las pruebas periciales propuestas por la actora, para concluir que ponderando la escasa prueba obrante en autos y ‘la actitud irrazonadamente negativa del señor T., así como la flagrante contradicción del padre registral’, no era ‘amparable jurídicamente dicha negativa’, pues ‘si existen posibilidades o presunciones de que alguna persona haya participado en la generación, lógico es que se someta a las pruebas encaminadas a acreditarla, y si no lo hubiera sido, no menos lógico será que contribuya a eliminar su participación en dicha cuestión, sin ampararse en una actitud negativa, de obstrucción, sin razonamiento o justificación alguna que no sea presumiblemente, el propio interés egoísta’, todo lo cual se atiende en líneas generales a la doctrina jurisprudencial expresiva de que la negativa a someterse a la prueba biológica, aún no constituyendo *ficta confessio*, ha de relacionarse con los restantes elementos probatorios y que es un dato de gran valor cuando va unida a otras pruebas o indicios que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa (S. de 28 de abril de 1993, con cita de otras anteriores), dado que ciertamente los hechos consignados en la sentencia recurrida sí permiten afirmar aquella posibilidad que, relacionada con la negativa a la práctica de la prueba biológica, es suficiente para afirmar la paternidad del señor T., a lo que debe añadirse que, en lo relativo al derecho constitucional a la intimidad e integridad física que invoca el recurrente, bastará recordar que ‘se está

debatiendo sobre el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación (S. de 15 de marzo de 1989), lo que afecta su dignidad y al desarrollo de la personalidad, derechos ambos fundamentales reconocidos en el artículo 10.1 de la Constitución' (S. de 26 de enero de 1993) y la doctrina antes expuesta sobre las consecuencias de la negativa a someterse a las pruebas biológicas 'en absoluto conduce a violación alguna de los derechos del recurrente, pues tales pruebas no afectan la integridad física y moral de la persona ni mucho menos implican intromisión en su intimidad u honor, sino que constituyen un medio de prueba legítimo en el proceso sobre investigación de la paternidad' (S. de 18 de mayo de 1994). Ha de decaer, el motivo estudiado”.

Sentencia del 6 de diciembre de 1994/ESPAÑA

Revista de Derecho Privado, diciembre 1995,

Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., pp. 1154-1155.

Uruguay

- *Efectos de la negativa al examen*

“... la Cámara de Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, revocó el pronunciamiento que admitía la demanda de filiación, sosteniendo que la sola negativa a pasar la prueba biológica, si bien es un indicio grave con un peso específico muy elevado, es insuficiente para constituir, por sí sola, el fundamento de una sentencia favorable al reclamo filiatorio, siendo necesario otros medios de prueba para formar convicción”.

Cámara de Concepción del Uruguay

Sala Civil y Comercial, 30-9-93

Revista de Derecho Privado y Comunitario,

Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 6, pp. 389-390.

Argentina

- *Efectos de la negativa al examen*

“El indicio previsto en el artículo 4 de la ley 23.511, se agregó, no es una presunción legal, sino una mera forma de razonamiento judicial, por lo que la negativa a la prueba biológica sin otra probanza no es definitiva...”

Cámara 1ª Civil y Comercial de San Nicolás, 22-12-94
Revista de Derecho Privado y Comunitario,
Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 11, p. 338.

“En tal sentido, entiendo que existe coincidencia entre la jurisprudencia argentina mayoritaria y el criterio del Tribunal Supremo español cuando afirma que si bien la negativa del demandado no comporta una ‘ficta confessio’, *es un indicio revelador de un afán obstruccionista y denota hasta un fraude a la ley y un ejercicio antisocial del derecho*” (Sentencias del 14/7/1988, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 18, 1988, p. 785, con comentario aprobatorio de Francisco Rivero Hernández; del 5/8/1988, Rev. de D. Pvd. de Madrid, oct. 1989, p. 869, comentada por José Luis de los Mozos y J.M. de la Cuesta, entre muchas), por lo que, aunque la ley española no establece los efectos de la negativa, debe dársele alguno, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de establecer un medio de prueba cuya omisión no tiene consecuencia alguna, afectando los derechos del hijo (Sentencia del 6/2/1991, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 25, p. 249, con comentario de Francisco Rivera Hernández y en Rev. de D. Pvd. de Madrid, oct. 1991, p. 880, comentada por José Luis de los Mozos y José M. de la Cuesta). En otros términos, “la negativa a la práctica de la prueba biológica merece ser seriamente ponderada en el conjunto de los elementos fácticos y probatorios del caso. No cabe soslayar que en los procesos de filiación, en que al interés privado se une la trascendencia social y pública de la filiación, al carácter dispositivo del proceso civil se impregna de tintes inquisitivos que exigen una profundización más aguda de las reglas procesales, tales como la buena fe de las partes o en deberes de rango constitucional, como prestar la colaboración requerida por los tribunales en el curso del proceso”. (Sentencia del 3/12/1991, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 28, p. 77, con comentario de Francisco Rivera Hernández; términos similares contiene la del 2/1/1991, en Rev. de D. Pvd. de Madrid, mayo de 1991, comentario de José Luis de los Mozos y José M. de la Cuesta).

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. “El valor de la prueba genética en el derecho argentino”, en *El derecho ante el proyecto genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV, p. 181.

“En esta oportunidad el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos resolvió, por mayoría, que no puede atribuirse el mismo efecto si el renuente a la prueba biológica es el pretenso padre, o si lo es un descendiente, colateral o ascendiente, en una acción de filiación *post mortem*”.

Cámara 1ª Civil y Comercial de San Nicolás, 22-12-94
Revista de Derecho Privado y Comunitario,

Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 11, p. 338.

“... la actitud renuente del demandado en el juicio de filiación a someterse a la prueba biológica es un elemento sustancial para presumir la paternidad que se indaga ya que, salvo supuestos excepcionales, cuando se discute el estado de familia de una persona no es admisible la actitud omisiva de esa índole, la que sólo puede responder al deseo de privar al Juez de un elemento de convicción sobre hechos sucedidos”.

Cámara Nacional Civil

Sala F, 24-8-92

Revista de Derecho Privado y Comunitario,

Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 3, p. 391.

“... la negativa a someterse a las pruebas biológicas debe ser evaluada caso por caso; pero de la negativa, en general, debe extraerse la presunción de lo afirmado por la otra parte”.

Cámara Nacional Civil

Sala M, 8-6-93

Revista de Derecho Privado y Comunitario,

Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 5, p. 378.

“... la negativa al sometimiento fue invocada como elemento coadyuvante para acoger la demanda de impugnación de la paternidad iniciada por el marido de la madre. En el caso, el hijo había nacido dos años después de la separación de hecho seguida de una declaración o manifestación efectuada ante una defensoría en que se dejó constancia de esa situación. La madre, demandada conjuntamente con el hijo, se opuso tenazmente a esta prueba, elemento que fue valorado por el tribunal para acoger la demanda de impugnación”.

Cámara Nacional Civil

Sala E, “B.F. c/P.R.A. y otro”, 29-8-91

Revista de Derecho Privado y Comunitario,

Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 2, p. 327.

“El Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos resolvió que si acepta que la mera negativa a someterse a las pruebas biológicas no es suficiente para tener por acreditada la paternidad, pero que es necesaria muy poca prueba más para ello, debe analizarse la restante para concluir si es o no procedente la demanda de filiación. Aplicado este principio al caso en examen, se concluyó que si la negati-

va a la prueba biológica del demandado, médico, que por ende conoce los avances científicos, se suma que se probaron encuentros entre las partes en con-
fiterías, paseos en autos, salidas, inexplicables en el contexto de las cerradas ne-
gativas del demandado a la existencia de toda relación no profesional, rumores
en el barrio sobre el noviazgo, y a ello se agrega la negativa del demandado a
presentar la historia clínica de la actora, su paciente, así como el notable pareci-
do físico del menor con el demandado, negar la procedencia de la filiación sería
arbitrario ante la afirmación de que la negativa es indicio y se requiere de muy
poca prueba más”.

Cámara de Concepción del Uruguay
Sala Civil y Comercial, 30-9-93
Revista de Derecho Privado y Comunitario,
Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 6, pp. 389-390.

En Argentina “... la jurisprudencia de los últimos treinta años y ahora la ley 23.511
dan como elementos suficientes para presumir la paternidad” de quien niega
someterse a las pruebas indagatorias del nexo filial.

Cámara Nacional Civil
Sala F, 24-8-92
Revista de Derecho Privado y Comunitario,
Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 7, p. 386.

• *Negativa justificada*

“Existen casos en que la negativa puede estar justificada, pero los argumentos que
se esgriman deben ser razonables y estar debidamente probados; por ej., razones
de salud (ser hemofílico, o padecer otra enfermedad) (Conf. Méndez Costa, María
J., Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la respon-
sabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente, LL 1989-E-563.
Rivero Hernández, Francisco, su comentario en Cuadernos Civitas de Juris-
prudencia Civil, N° 18, 1988, p. 789), motivos religiosos u otras causas relevantes
(En la sentencia del 3/12/1991, el Tribunal Supremo de España descartó la nega-
tiva fundada en razones religiosas, pero el rechazo estuvo motivado en que estas
razones esgrimieron por primera vez en la instancia de la casación y no estaban
probadas. Compulsar Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 28, p. 29, es-
pecialmente comentario a esta cuestión de Francisco Rivera Hernández. El autor
recuerda la sentencia del 14/11/1987 en la cual el Tribunal estimó irrelevante ser
miembro de la secta religiosa denominada Testigos de Jehová porque el repre-
sentante de la Asociación que los nuclea testimonió que esa religión no prohíbe

la extracción sanguínea con el fin de practicar un análisis); así, por ej., se ha resuelto, con razón, que no cabe extraer consecuencias de la negativa si el demandado es un anciano de ochenta y tres años, que padece de arterioesclerosis avanzada, con hipertensión y una esclerosis coronaria con un bronco enfisema pulmonar, edad y padecimientos que algunos meses después le produjeron la muerte (Tribunal Supremo de España, 14/11/1987, sentencia comentada por José Luis de los Mozos y José María de la Cuesta, Rev. de D. Pvd. de Madrid, dic 1991 p. 1057) ; no lo es, en cambio, afirmar que la actora no ha acreditado con ningún otro elemento probatorio que el demandado es el padre". (Cám. Nac. Civ. Sala F 12/11/1989, JA 1991-1825 y LL 1991-D-7).

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R.: "El valor de la prueba genética en el derecho argentino", en El derecho ante el proyecto genoma humano. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV, pp. 181-182.

- *Otros elementos para indagar la filiación*

"La Sala C de la Cámara Nacional Civil resolvió con acierto que ante la ausencia de estudios de laboratorio que permitan establecer la relación biológica con una certeza absoluta, no mediando reconocimiento ni posesión de estado, ni concubinato que la haga presumir, la filiación puede quedar acreditada a través de la prueba de los siguientes elementos: a) la relación íntima de las partes; b) que esas relaciones tuvieron lugar en el período legal de la concepción; c) que ocurrió el parto; d) que media identidad entre el nacido y quien demanda la filiación".

*Fallo del 24-9-91
Revista de Derecho Privado y Comunitario,
Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 2, pp. 327-328.*

- *Brasil*

La renuencia del padre a someterse al examen hematológico, al lado de otros elementos seguros de convicción existentes en autos, equivalen al verdadero reconocimiento de paternidad.

TJSP, 2ª. Cám. Civ., v.u., j.

18-8-1981, RT, 559:113

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Ação de investigação da paternidade*.
Coleção Saravia de prática do direito. São Paulo: Ed. Saraiva, 1986, p. 72.

3. Sometimiento a la prueba

Argentina

“... el sometimiento a las pruebas viene a constituir para el demandado no sólo un imperativo ético y legal, en cuanto le compete colaborar con lealtad al juzgador, sino –y aún más– una carga ineludible en su propio interés”.

Cámara 1ª Civil y Comercial de Bahía Blanca

Sala 1, 27-12-91

Revista de Derecho Privado y Comunitario,
Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Nº 5, p. 377.

España

“... las pruebas biológicas (...) constituyen un medio de prueba legítimo en el proceso sobre investigación de la paternidad. (STS de 18 de mayo de 1994)”.

Anuario de Derecho Civil. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior,
tomo XLIX, fasc. II, p. 1029.

4. Clases de pruebas

España

Existen “dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la llamada heredo-biológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum* (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia

con la madre en la época de la concepción), para conceder en su último inciso la facultad de poner en juego lo dispuesto en el art. 4.1 del mismo Código, en orden a permitir que se tomen en consideración ‘otros hechos de los que se infiera la filiación de manera análoga’ (STS de 8 de julio de 1986, 10 y 27 de junio y 14 de noviembre de 1987, 26 de mayo y 7 de diciembre de 1985, 5 de abril y 20 de julio de 1990, 5 de octubre de 1992, 29 de marzo y 20 de octubre de 1993, entre otras muchas)”.

*Anuario de Derecho Civil. Madrid, Ministerio de Justicia e Interior,
tomo XLIX, fasc. II, p. 1029.*

5. Derecho a la intimidad

España

“Por lo que la práctica de las pruebas genéticas en la identificación de la persona no puede decirse que ataque la intimidad de ésta, ya que si bien es cierto que es posible realizar intromisiones legítimas en la esfera de la intimidad y que puede admitirse una prueba, como la biológica, que afecte a tal derecho; sin embargo, con arreglo al principio de proporcionalidad de sacrificios, es preciso que existan otras pruebas e indicios que justifiquen una intromisión en la intimidad para obtener una prueba adicional. No se puede acordar una prueba que represente una intromisión en la intimidad como prueba única, tampoco se puede compeler a la práctica de dicha prueba, sino mediante la advertencia expresa de las consecuencias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta pueda hacerse con los indicios ya existentes (*vide* fundamentalmente auto Nº 103/1990 y auto Nº 22/1990 del Tribunal Constitucional)”.

*LLEDO YAGÜE, Francisco. “La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicancias jurídicas”, en
El derecho ante el proyecto genoma humano.
Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV, p. 37.*

6. Otras aplicaciones jurisprudenciales

Argentina

- *Valor probatorio en otros ascendientes*

“Algunas sentencias destacan que la prueba es relevante aunque se haya practicado en los presuntos abuelos y no en el padre, sobre todo si los primeros no tuvieron otros hijos varones y el niño acusa la posible herencia de antígenos presentes en la abuela, lo que descarta que sea hijo del abuelo”. (Voto de Zannoni, Cám. Nac. Civ. Sala A 25/11/1986, ED 123-107 o LL 1987-C-69 o JA 1987-IV-378).

- *Presunciones vs. prueba biológica*

“Zannoni ha señalado acertadamente que ‘el aporte de las nuevas pruebas y exámenes biológicos relativos a la determinación de la paternidad hacen perder relevancia a la prueba de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre en el período legal de la concepción. Esta prueba –tradicionalmente exigible– es hoy sustituible por la de las pruebas biológicas”. (Su voto en Cám. Nac. Civ. sala A 7/3/1985, ED 114-167).

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. “El valor de la prueba genética en el derecho argentino”, en El derecho ante el proyecto genoma humano. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV, p. 176.

- *Gemelidad y paternidad*

“En el caso se consideró acreditado que la madre del menor en la época de la concepción se desempeñaba como doméstica con cama adentro en el domicilio del presunto padre. A su vez, éste no había acreditado que la madre tuviera en aquel tiempo relaciones sexuales con otros hombres. Por otra parte, el demandado no concurrió a someterse a los estudios biológicos, declarando ante el juez que los mismos no dan seguridad y que era mellizo gemelo con otra persona. En relación a ello, el tribunal entendió que al contestar la demanda no se había dicho nada respecto del hermano, ni solicitado que se integrara la litis con él, ni acompañado oportunamente certificados de nacimiento, y mucho menos ofrecido la prueba biológica para acreditar la gemelidad. Finalmente se afirmó que cuando los presuntos padres son mellizos, pueden ser dicigótico o monocigótico”.

*Cámara Civil y Comercial de Morón
Sala I, 2-6-1992
Cit. Revista de Derecho Privado y Comunitario,
Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 8, p. 426.*

- *Exhumación y pruebas biológicas*

“El fallecimiento del presunto padre durante un proceso judicial dio motivo a una interesante decisión de un tribunal de provincia (...) ‘Ante la muerte del demandado, la oposición que había formulado a que se practicara la prueba pericial se torna irrelevante, pues desaparecieron con él los derechos personales vinculados con la libertad e inviolabilidad de su persona invocados y tenidos en cuenta por el juzgado para no admitir tal prueba. Consecuentemente, la eventual oposición de la esposa del fallecido a que se produzca la pericial, para la cual se requiere la exhumación del cadáver, no puede frustrar la diligencia, que se encuentra justificada en el interés de la sociedad que propende a la dilucidación del vínculo’. Sin embargo, a los efectos de determinar la real eficacia del medio probatorio sobre un cadáver, se dispuso, con carácter de previo, recabar la información correspondiente al Instituto Argentino de Inmunogenética”. (Cám. I. Civ. y Com. de San Nicolás 31/3/1992, JA 1992-III-400).

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. “El valor de la prueba genética en el derecho argentino”, en El derecho ante el proyecto genoma humano. Madrid, Fundación BBV, 1994, vol. IV, p. 183.

“El fallo del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 1 de Azul, suscripto por el doctor Jorge Mario Galdós, dispuso la exhumación del cadáver del presunto padre, para practicar estudios de ADN. Para ello se sostuvo que no puede desconocerse la eficacia y valor probatorio que en la actualidad tienen las pruebas científicas, las que revisten particular relevancia por la importancia de las investigaciones en que se apoyan y por la índole de los análisis que requieren. Es así, se agregó, que se entienda admisible la pretensión de la parte actora tendiente a la exhumación del cadáver del alegado padre, aunque los herederos de éste la consideren abusiva porque sostienen que las pruebas ya producidas son suficientes para elucidar la litis, y sin oponerse rotundamente, condicionan su admisión a la fijación de una caución suficiente para responder por los daños y perjuicios derivados del pedido y al previo careo entre la actora y un testigo. La tutela del derecho de la esposa e hija del presunto padre, se completó, a velar por el descanso de los restos mortales de aquél, debe ceder ante el interés social comprometido en el juicio de filiación y ante el derecho a la identidad personal. El pronunciamiento contiene importante acopio de jurisprudencia anterior sobre la temática resuelta (Juzg. 1ª Inst. Civ. y Com. de Azul, N° 1, 24-10-94, E.D. del 22-6-95, N° 8775, p. 6, fallo 46.505; L.L. Buenos Aires, Año 2, N° 4, mayo de 1995, p. 385)”.

*Revista de Derecho Privado y Comunitario,
Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 9, pp. 398-399.*

“La sala A de la Cámara Nacional en lo Civil (28-2-94, E.D., diario del 9-8-94, fallo Nº 45.832, p.7, con sendas notas de Germán J. Bidart Campos, Julio César Rivera y Carlos Diego Córdoba), en un interesante fallo, lleno de matices, reconoce prioridad al derecho a la identidad personal sobre el derecho a la intimidad. Se trataba de un juicio de filiación en el que el presunto hijo reclama se practique una pericia genética, para lo cual era necesario extraer una muestra de tejido del cadáver del presunto padre, a lo cual se oponen la viuda y una hija legítima del causante, en su calidad de custodias de los restos mortales de aquél. El Tribunal resolvió admitir la producción de la prueba, con lo que –como decíamos– priorizó el derecho a la identidad sobre la posible afección de la intimidad de los oponentes”.

*Revista de Derecho Privado y Comunitario,
Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 7, p. 322.*

“... una menor demandaba por el reconocimiento de filiación habiendo fallecido su presunto padre. Pretendida la producción de la prueba pericial, consistente en el análisis molecular de tipificación de ADN que puede hacerse mediante la extracción de muestras del cadáver del padre y de muestras de sangre de la menor y de su madre. A dicha pretensión se opusieron las dos hijas legítimas del causante, quienes invocan el derecho a velar por el descanso en paz de los restos de su padre. El tribunal hizo lugar a la pretensión, abriendo la causa a prueba en la alzada al solo efecto de producir la pericial solicitada por la accionante. Consideró que el derecho o prerrogativa de las hijas del difunto a oponerse a que se extraigan muestras del cadáver, debe ceder frente al derecho de la menor accionante que, a no dudarlo, involucra el orden público. Por lo tanto, se concluyó, las normas que lo rigen, de naturaleza imperativa, deben prevalecer frente a intereses familiares no menos respetables, pero operativos en el ámbito estrictamente privado de los individuos que lo esgrimen”.

*Cámara Nacional Civil
Sala A, 28-2-94, E.D. 158-462
Cit. Revista de Derecho Privado y Comunitario,
Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Nº 8, pp. 425-426.*

• *Paternidad legal (adopción) vs. paternidad biológica (prueba HLA)*

Hechos: Domingo G. Maggiotti recurre al tribunal por desestimación de su queja denegatoria de la apelación y nulidad interpuesta que impugnaba la decisión del juez de primera instancia quien le ordenó llevar a su hijo adoptivo a un servicio hospitalario a fin de extraer sangre y realizar un examen de histocompatibilidad

tendiente a establecer la existencia o no de correspondencia genética con personas que podrían ser abuelos del menor.

El recurrente señala que dicha medida representa un gravamen irreparable que causaría un daño psicológico y atentatorio contra la libre voluntad, generando una situación ansiógena y un desequilibrio emocional, lesionando el ámbito individual y privado del menor.

Resolución con votos en discordia:

- Procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada

Ricardo Levene, Mariano Augusto Cavagna Martínez, Carlos S. Fayt.

- La prueba admitida por el juez excede el objeto propio del proceso. Más allá de que la diligencia probatoria resulte inatingente a la investigación, admitirla implica conculcar normas esenciales que rigen la adopción.
- La diligencia en cuestión importa someter al menor, a quien no se le imputa acto antijurídico alguno, a una extracción compulsiva de sangre, que implica cierto grado de violencia sobre su cuerpo, invasión en su intimidad, restricción de su libertad a la disponibilidad del propio cuerpo, lesión en su integridad física.

Eduardo Moline O'Connor.

- La prueba excede el objeto propio del proceso en que fue dispuesta. La diligencia probatoria resulta inatingente a la investigación, admitirla implicaría conculcar las normas de la adopción. Afecta directamente los derechos del menor.
- Es una práctica compulsiva sobre un menor no imputado en el proceso.

- Admisible recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada

Carlos S. Fayt.

- La obtención de la prueba cuestionada no es traumatizante de por sí. Es evidente que sólo en el interés del menor tiende a la determinación de su identidad. Cabe afirmar que nada duradero parece poder fundarse a partir de la ignorancia consciente de la verdad, por lo que cabe valorar positivamente la producción de la prueba en cuestión que puede conducir, en el caso, a aquella.

Enrique Santiago Petracchi.

- El argumento central del recurrente se orienta a resaltar la improcedencia de la resolución judicial que ordena extraer sangre a un ser humano “contra su voluntad”. La postura obligada, como paso previo e insoslayable, es determinar si la exteriorizada negativa del representante legal (padre adoptivo) a la realización de la prueba

importa un adecuado ejercicio de la representación que ejerce, de modo tal que su voluntad pueda ser considerada vinculante para su representado (menor).

- Existen derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad; entre ellas debe incluirse –sin duda– el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. En efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano que, incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura.

El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuesta a esos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica ‘verdad personal’, es la cognición de aquello que es realmente lo que el sujeto anhela poseer, como vía que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad. Pues ésta resulta mancillada cuando el acceso a la verdad es obstruido. La capacidad para definir independientemente la propia identidad es central para cualquier concepto de libertad.

- Por el carácter medular de la aspiración del ser humano a conocer quiénes lo han engendrado, son tan devastadoras las consecuencias de las vallas puestas en el camino de acceso a esa verdad. Debe subrayarse la ‘capital importancia’ que reviste ‘la situación traumática que se genera en los procesos de ocultamiento del niño de su verdadera identidad’. ‘Por el contrario, conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo’.
- La identidad de la persona, clave en el presente proceso, representa la titularidad de un derecho que es propiamente el de ser ella misma, esto es, tener una propia verdad individual.
- La negativa del padre a que su hijo adoptivo sea sometido a una prueba de histocompatibilidad a fin de determinar una relación biológica con personas que podrían ser sus abuelos, es desviada de las finalidades de la representación. No puede reconocerse la negativa a la extracción –es innecesario destacar el carácter nimio de esta última– una virtualidad que comprometa al incapaz, pues nada autoriza a suponer que el titular del derecho a conocer su identidad de origen exteriorizaría una voluntad abdicativa. En tales condiciones, la representación deja de surtir efectos, pues lejos de resguardar los derechos para cuya tutela fue instruida, se desinteresa de ellos

desnaturalizando su razón de ser y causando grave detrimento al representado.

M.537 XXII

Recurso de queja por apelación denegada en causa:

“Muller, Jorge s/denuncia”

Buenos Aires, 13 de noviembre de 1990.

7. Daño moral por no reconocimiento

Argentina

“Configura un daño moral indemnizable el no reconocimiento del menor por el padre que lo ha engendrado, ya que se le priva de una pertenencia que es reclamada agudamente por el niño y que es condición de un crecimiento y desarrollo sin sobresaltos de su personalidad psicológica”.

Cámara 1ª Civil y Comercial de San Nicolás

22-12-94

Revista de Derecho Privado y Comunitario,

Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 11, p. 339.

“... el desconocimiento del padre y la negativa a someterse a pruebas biológicas generan un agravio moral, futuro y cierto en el niño, ya que la historiografía de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente, por lo que se constituye en un daño indemnizable”.

Cámara Nacional Civil y Comercial de Junín

22-9-95

Revista de Derecho Privado y Comunitario,

Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 12, p. 418.

“... en un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires (Ac. 46.097 del 17-3-94, en JUBA, sumario 21.952), se dijo que infringe los principios sentados en los artículos 1066 y 1068 del Código Civil el fallo que lo admite con fundamento en que la mera circunstancia de no realizar el reconocimiento espontáneo de filiación extramatrimonial constituye una ilicitud que ha generado en el menor un daño futuro y que debe resarcirse con independencia de su edad”.

Cámara 1ª Civil y Comercial de San Isidro

Glosario

ADN	(DNA en inglés). Es el ácido desoxirribonucleico de los cromosomas que contiene la información genética codificada.
ACROCÉNTRICO	Dícese de un fragmento cromosómico sin centrómero. Estos fragmentos se dividen a su vez en metacéntricos y subcéntricos.
AGLUTININAS	Sustancias del plasma sanguíneo que tienen la propiedad de aglutinar eritrocitos.
ALELO	Son alternativas de un gen que se hallan en el mismo <i>locus</i> de cromosomas homólogos. Los alelos se segregan durante la meiosis y el hijo recibe uno de cada par de alelos de cada progenitor. Es la pareja de un gen.
ANTÍGENO	Sustancia capaz de provocar la formación de anticuerpos por las células inmunocompetentes y de reaccionar con los mismos.
AUTOSOMA	Son los cromosomas no sexuales. El ser humano posee 22 pares de estos cromosomas.
BANDAS G	Bandas transversales oscuras y claras formadas en los cromosomas después del tratamiento de éstos con tripsina y de su tinción Giemsa.

BANDAS Q	Patrón de bandas transversales brillantes y mates que se observan en los cromosomas con luz fluorescente tras coloración con quinacrina.
CARIOTIPO	Serie de cromosomas de un individuo. Es la disposición ordenada de los cromosomas según tamaño y morfología.
CENTRÓMERO	Región heterocromática de un cromosoma por la que se mantienen unidos los cromátidos. Se le denomina también constricción primaria.
CODOMINANTE	Los genes se denominan codominantes cuando los dos alelos de un par se expresan totalmente en un heterocigoto.
CROMATIDE	Durante la profase y la metafase se pueden observar los cromosomas formados por dos filamentos paralelos unidos por el centrómero. Cada filamento es un cromátide.
CROMOSOMAS	Portadores de los genes.
CROMOSOMAS HOMÓLOGOS	Pareja igual de cromosomas, uno de cada progenitor, que muestran los mismos <i>loci</i> génicos en idéntico orden.
CROMOSOMAS SEXUALES	Cromosomas causantes de la determinación del sexo: XX en la mujer y XY en el hombre.
DIPLOIDE	Número de cromosomas de la mayoría de células somáticas y que es el doble del número de cromosomas de los gametos. En el ser humano el número diploide de cromosomas es 46.
ERITROCITO	Glóbulo rojo de la sangre.
FENOTIPO	Totalidad de la naturaleza física, bioquímica y fisiológica de un individuo, tal como viene determinada por su genotipo y el ambiente dentro del cual se desarrolla. En sentido más limitado, la expresión de algún gen o genes en particular clasificada de acuerdo a determinada norma.

GAMETO	Célula reproductora (óvulo o espermatozoide) con número haploide de cromosomas.
GEN	Porción de la molécula de ADN codificada por la síntesis de una determinada cadena de polipéptido. Unidad genética fundamental contenida en los cromosomas.
GENOMA	Todos los genes existentes en una serie haploide de cromosomas.
GENOTIPO	La constitución genética (genoma) o, más concretamente, los alelos presentes en un <i>locus</i> . Es la constitución fundamental hereditaria que resulta de una combinación particular de genes y no se expresa visiblemente en una característica física. Patrimonio hereditario del individuo.
GONOSOMA	Son los cromosomas sexuales. Existen dos XX: para la mujer y XY, para el hombre.
GRUPO SANGUÍNEO	Antígeno genéticamente determinado de la superficie de los hematíes. Los antígenos formados por un conjunto de genes alélicos constituyen un sistema de grupo sanguíneo.
HAPLOIDE	Número cromosómico de un gameto normal, con un solo miembro de cada par de cromosomas.
HAPLOTIPO	Grupo de alelos de <i>loci</i> íntimamente ligados, que suelen heredarse como unidad. Ejemplo: la herencia de los alelos de los <i>loci</i> que forman el complejo HLA.
HEMATÍE	Glóbulo rojo de la sangre, coloreado por la hemoglobina.
HETEROCIGOTO	Individuo que tiene dos alelos diferentes en un determinado <i>locus</i> de un par de cromosomas homólogos.
HISTO-COMPATIBILIDAD	Un huésped únicamente aceptará determinado injerto si éste es compatible con aquél, es decir, si no contiene antígenos de los que carezca el huésped.
HOMOCIGOTO	Individuo que posee un par de alelos idénticos en un determinado <i>locus</i> de un par de cromosomas homólogos.
INMUNIZACIÓN	Propiedad sanguínea de precaverse espontáneamente

- contra antígenos que no posee y de producir en su suero anticuerpos.
- ISOAGLUTINACIÓN** Anticuerpos contenidos en el plasma sanguíneo.
- LEUCOCITO** (del griego *leukos*, blanco y *kutos*, célula). Glóbulo blanco de la sangre y de la linfa que asegura la defensa contra los microbios.
- LIGADO AL SEXO** Herencia por genes situados en los cromosomas sexuales, especialmente en el cromosoma X.
- LINFOCITOS** Leucocitos de la linfa.
- LOCUS** Localización exacta de un gen en un cromosoma. Las diferentes formas del gen (alelos) ocupan siempre la misma posición en el cromosoma. También se le conoce como *loci*.
- MARCADOR GENÉTICO** Un rasgo puede emplearse como marcador genético en los estudios de líneas celulares, individuales, familiares y poblacionales, si está determinada genéticamente. Puede clasificarse con certeza, teniendo un patrón de herencia inequívoco, si presenta variaciones hereditarias lo suficientemente comunes que permitan su clasificación como un polimorfismo génico.
- MEIOSIS** Tipo especial de división celular que ocurre en las gónadas, en la cual a partir de las células diploides se forman los gametos que contiene el número haploide de cromosomas.
- METAFASE** Estadio de la mitosis o meiosis en que los cromosomas han logrado su máxima condensación y están alineados en el plano ecuatorial de la célula, es decir, unidos a las fibras del huso. Es el estadio en que se estudian los cromosomas con mayor facilidad.
- MITOSIS** División de las células somáticas de la que resulta la formación de dos células hijas, cada una de éstas posee el mismo complemento de cromosomas que la célula madre. Debe distinguirse de la meiosis.
- POLIMORFISMO** Aparición simultánea en una población de dos o más fenotipos alternativos determinados genéticamente, cada uno de ellos con frecuencia apreciable. El polimorfismo cromosómico (la presencia de al menos dos va-

riantes de un cromosoma determinado, ambas con frecuencia apreciable) existe también para diversos cromosomas del cariotipo humano.

REGIÓN**HIPERVARIABLE**

Zona propia e individualísima de cada persona que se ubica en la molécula del ADN.

UNIDADES**HEREDITARIAS**

Conservadoras de caracteres del grupo específico.

Bibliografía

- ACHAVAL, Alfredo *Manual de medicina legal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1978.
- ALCÁZAR UZÁTEGUI, Rafael J. “Régimen jurídico de los hijos alimentistas en el Código Civil de 1984”. Lima: Tesis para optar el grado académico de bachiller en derecho y ciencias políticas. Lima: Universidad de Lima, 1989.
- ALTERINI, Atilio Aníbal “Cuerpo humano, persona y familia”, en *Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa*. Santa Fe, 1990.
- ÁLVAREZ, José de Jesús “Valor jurídico de las pruebas sanguíneas para los fines de filiación”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Trujillo, 1968, N° 9.
- ANÓNIMO *Las mil y una noches*. Buenos Aires: Tor SRL, 1945.
- ARCE LARRETA, Jorge “Investigación biológica de la paternidad” (Aplicaciones prácticas de la serología constitucional), en *Boletín del Instituto Nacional del Niño*, enero 1934, Lima, N° 1.
- ARÉVALO, Jorge “Determinación de paternidad por la prueba del ADN”, en *Directorio de clínicas y servicios afines*. Lima: Acrópolis, 1998.
- BACA SILVA, Ricardo “Investigación de la paternidad”, en *Revista Técnica de la Policía*. Lima, año XXXVI, octubre-diciembre 1971, N° 382.
- . “Estudio de las frecuencias genéticas de los grupos sanguíneos ABO (en la población peruana)”, en *Revista Técnica de la Policía*. Lima, año XL, enero-marzo 1975, N° 395.

- BALDASARE, Pedro B. *Derecho civil*. Buenos Aires: El Ateneo, 1944, vol. III, tomo I.
- BARBARENA, Tomás G. “La investigación de la paternidad por el examen de los grupos sanguíneos y el canon 1.115”, en *Revista Española de Derecho Canónico*. Madrid, 1949, vol. IV.
- BARBERO, Doménico *Sistema del derecho privado*. Buenos Aires: EJE, 1967, tomo II.
- BELLUSCIO, Augusto C. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Depalma, 5a. edición, 1974.
- . “Aspectos jurídicos de la fecundación extracorporal”, en *La Ley*. Buenos Aires, del 14/8/1978.
- . *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado. Buenos Aires: Astrea, 1979.
- . *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Depalma, 3a. edición, 1981, tomo III.
- BENINGER SAMUEL
SALAZAR, Victorio “La prueba hematológica y otras pruebas de validez científica en la declaración judicial de la paternidad”. Tesis para optar el grado académico de bachiller en derecho. Lima: Universidad Particular San Martín de Porres, 1986.
- BERNALES BALLESTEROS,
Enrique *La Constitución de 1993: Análisis comparado*. Lima: Konrad Adenauer-Stiftung y CIDLA, 1996.
- BIDART CAMPOS, Germán J. “La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Revista de crítica y análisis jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1997, año III, Nº 5.
- BISCONTINI, Guido “Prove ematologiche e filiazione”, en *Rassegna di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, Nº 3.
- BLANCO, Alberto “Sobre reforma del Código Civil” (Filiación), en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1974, Nº 1.
- BOBROW, M. “Fertility in a Male with Trisomy 21”, en *Journal of*

- Medical Genetics*, mayo 1989, vol. 26, Nº 5.
- BONNIER, Eduardo *Tratado teórico y práctico de las pruebas en el derecho civil y en derecho penal*. Madrid: Hijo de Reus Editores, 1913.
- BORDA, Guillermo *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Perrot, 5a. edición, 1973, Familia.
- . *Tratado de derecho civil argentino*. Buenos Aires: Perrot, 1962, Familia III.
- BUENO RINCÓN, Fabio Enrique *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. Santafé de Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2a. edición, 1996.
- BUSSO, Eduardo *Código Civil anotado*. Buenos Aires: Ediar, 1958.
- BUSTAMANTE MONTORO, Juan Carlos “Estudio médico-legal de los marcadores genéticos empleados en la investigación de la paternidad y criminalística”. Tesis para optar el grado académico de doctor. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Medicina, Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria, 1993.
- CABANELLAS, Guillermo *Repertorio jurídico*. Buenos Aires: Editorial Helias-ta, 1976.
- . *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 15a. edición, 1981, tomos III, IV, VI.
- CALDERÓN, Álvaro R. Jr. “La filiación en Puerto Rico”, en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, febrero 1960, Nº 2.
- CAMPO ALLEN, José María; CORBAL FERNÁNDEZ, José y REBOLLO ÁLVAREZ, José Luis “Investigación de la paternidad en el campo del derecho comparado”, en *Anuario de la Escuela Judicial*. Madrid, 1970, Nº 8.
- CARBONNIER, Jean *Derecho civil*. Barcelona: Bosh, 1961.
- CARLOTA, Eugenio O. “Determinación de la paternidad por el sistema HLA, o complejo mayor de histocompatibilidad”, en *La Ley*. Buenos Aires, 1985-A-472.
- CARNELLI, Lorenzo *La investigación técnica de paternidad y su aplica-*

- ción en el derecho*. Buenos Aires: Antología Jurídica, 1938, tomo I.
- CARRACEDO, Ángel y
BARROS, Francisco “El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de paternidad”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, Nº 3.
- CASARAVILLA ESTRADA “Resistencia de la parte al examen de la sangre en el juicio de la investigación de la paternidad”, en *Revista de Jurisprudencia Argentina*, tomo 37.
- CASTELLANOS, Israel *La odontología legal en la investigación de la paternidad*. La Habana-Cuba: Cultural S.A., s/f.
- CICU, Antonio *La filiación*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1a. edición, 1930.
- CIFUENTES, Santos *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 2a. edición, 1995.
- . “Difícil y necesario equilibrio entre los intereses públicos y los derechos personalísimos (La *inspectio corporis* forzada)”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Revista de crítica y análisis jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1a. edición, 1997, año III, Nº 6.
- COLEGIO DE ABOGADOS
DE LIMA *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Editorial Cuzco, 1990.
- CONGRESO INTERNACIONAL
SOBRE EL CÓDIGO CIVIL
PERUANO *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Editorial Cuzco, 1986.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor “La declaración judicial de la paternidad extramatrimonial”, en *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Editorial Cuzco, 1985.
- . *Derecho familiar peruano*. Lima: Librería Studium, 6a. edición, 1987.
- . “Anteproyecto del Libro de Familia del nuevo Código Civil”, en *Código Civil peruano*, compilación de

- Delia Revoredo de Debaquey. Lima: Talleres Gráficos de Okura Editores S.A., 1985, parte III, tomo IV.
- CORRAL TALCIANI, Hernán “La configuración de un derecho a conocer la identidad del progenitor biológico”. Ponencia presentada en el VII Congreso Mundial de Derecho de Familia. San Salvador, 1992.
- COUTURE, E. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1964.
- CRUZ-COKE, Ricardo “Nueva nomenclatura familiar del genoma humano”, en *El derecho ante el proyecto de genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV.
- CRUZ CRUZ, Juan “La anulación de la paternidad”, en *Persona y Bio-ética*. Cundinamarca: Universidad de La Sabana, año 2, Nº 2, octubre-enero de 1998.
- CUNOW “El sistema de parentesco peruano y las comunidades gentilicias de los incas”, 1929: 33. Cit. OSIO, Juan: “La estructura social de las comunidades andinas”, en *Historia del Perú*. Lima: Mejía Baca, 1982, tomo III.
- DA COSTA PIMENTA, José *Filiação*, s/l, Coimbra, 1986.
- DE SANTO, Víctor *El proceso civil*. Buenos Aires: Universidad, 1987, tomo VI.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique “Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos”, en *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, julio 1947-III.
- . *Tratado de derecho de familia*. Buenos Aires: Tea, 1953.
- . “Las modernas técnicas biológicas y los principios clásicos sobre la determinación de la filiación”, en *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, marzo-octubre 1961-II.
- . “Las modificaciones del derecho de familia ante la realidad social y técnica moderna”, en *Jurispru-*

- dencia Argentina*. Buenos Aires, 1965-VI.
- DIEZ-PICAZO, Luis y
GULLÓN, Antonio *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, tomo IV, Derecho de Familia, 1992.
- DODD, Bárbara E. “DNA Fingerprinting in Matters of Families and Crime”, en *Nature*, December 12, 1985, vol. 318.
- DOMÍNGUEZ PLATAS, Jesús “Las acciones de filiación. Encuadramiento general y funciones de la posesión de estado”, en *Revista de Derecho Privado*. Madrid, enero-diciembre 1996, tomo LXXX.
- EGÚSQUIZA BALMASEDA,
María Ángeles “El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad” (I), en *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, Nº 2.
- . “El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad”, (II), en *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, Nº 3.
- ENGELS, Federico *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Lima: Perú Andino, 1988.
- ENNECERUS, Lewis *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1981.
- ESCRICHE, Joaquín *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. París: Lib. Rose y Bouret, 1863.
- ESPÍN CANOVAS, Diego *Manual de derecho civil español*. España: Revista de Derecho Privado, 7a. edición, 1982, Familia IV.
- FAIREN GUILLÉN, Víctor “La investigación biológica de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal”, en *Anuario de derecho civil*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, julio-setiembre 1950, tomo III, fasc. III.
- FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis *El derecho de familia en la legislación comparada*. México: Unión Tipográfica Editorial Hispanoameri-

- cana, 1947.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- . *Derecho de las personas*. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Lima: Grijley, 1996.
- FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, Guillermo “Implicancias jurídicas del conocimiento del genoma” (I), en *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, Nº 6.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio “La filiación y la paternidad”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, mayo-agosto 1978, Nº 110, tomo XXVIII.
- GALTON, Francisco *Finger Prints*, edición mimeografiada, s/f.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel “El derecho a la propia identidad”, en *El derecho ante el proyecto de genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV.
- GATTI, Hugo E. “Los grupos sanguíneos y la prueba de la filiación natural”, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Lima, año XII, julio 1954, Nº 126.
- GELSI BIDART, Adolfo “Medios de prueba no previstos especialmente en la legislación positiva”, en *Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, enero-diciembre 1964, Nº 23.
- GESCHE MULLER, Bernardo *Investigación de la paternidad ilegítima*. Concepción-Chile: Departamento de Divulgación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1967.
- GORAN, Morris *Biología experimental para todos*. Barcelona: Ramón Sopena S.A., 1967.
- GROSMAN, Cecilia *Acción de impugnación de la paternidad del marido*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1982.
- GROSMAN, Cecilia y ARIANNA, Carlos “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación pater-

- na extramatrimonial”, en *La Ley*. Buenos Aires, 1992-B-1193.
- GUITRÓN FUENTEVILLA,
Julián “La genética en el derecho de familia”, en *Tapia*. Publicación para el Mundo del Derecho. Madrid, octubre 1987, año VII, Nº 36.
- GUTIÉRREZ DUANY, María y
LAVARELLO ALVA, Gianella “Las biopruebas de identificación y el derecho a la intimidad”, en *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Normas Legales S.A., octubre-noviembre 1997, Nº 13.
- GUZMÁN ZAPATER, Mónica *El derecho a la investigación de la paternidad* (en el proceso con elemento extranjero). Madrid: Civitas S.A., 1996.
- HERÓDOTO “Los nueve libros de la historia” (traducción de María Rosa Lida de Malkiel), en *Clásicos Jackson*. Buenos Aires: W.M. Jackson, 1956, vol. XXII.
- ITZGSOHN DE FISHMAN,
María Eugenia “Medicina legal”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Driskill S.A., tomo XIX.
- JAROFF, León “The Gent Hunt”, en *Time*, marzo 20, 1989, vol. 133, Nº 12.
- JEFFREYS, A. “Positive Identification of an Immigration Testcase Human DNA Human Fingerprints”, en *Nature*, 1985, vol. 317.
- . “Individual Specific Fingerprints of Human DNA”, en *Nature*, 1985, vol. 316.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI,
Aída “El valor de la prueba genética en el derecho argentino”, en *El derecho ante el proyecto de genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV.
- . “El derecho constitucional del menor a ser oído”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (Derecho privado en la reforma constitucional). Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1996, Nº 7.
- . “Derechos humanos, derecho comunitario, dere-

- cho constitucional y familia”. Ponencia presentada en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil y Procesal Civil. Lima: Universidad de Lima, octubre de 1997.
- KOZICKI, Enrique “La filiación. El HLA, el DNA. La ciencia y el derecho”, en *La Ley*, tomo 1990-D.
- KUHN, Behn *Informe sobre los métodos de investigación de la paternidad en las ciencias biológicas*. Chile: Universidad de Concepción, 1967.
- LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís *Derecho de familia*. Barcelona: Bosch, 1982.
- LAFAILLE, Héctor *Derecho de familia*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1930.
- LANDER, E. “DNA Fingerprints on Trial”, en *Nature* 339.
- LAPIEZA SPOTA, Ángel Hernán “La real doctrina de la prueba del ADN en la jurisprudencia norteamericana”, en *La Ley*, tomo 1996-A.
- LATTES, Leone “La demostración biológica de la paternidad”, en *Policía Secreta Nacional*. La Habana, 1941, vol. VII, Nº 6.
- LEONARDI, Danilo A. “El ADN puede colaborar con la administración de justicia”, en *La Ley*, tomo 1990-A.
- LEWIS, Ricki “DNA Fingerprints Witness for the Prosecution”, en *Discover*. Washington, June 1988.
- LIESEN, Linda “Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: Una perspectiva europea”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1996, Nº 4.
- LOMBROSO, César *Medicina legal*. Madrid, tomo I.
- LLAMBIAS, Jorge *Código Civil anotado*. Buenos Aires: Abelado-Peñrot, 1978.
- LLEDO YAGÜE, Francisco “La identificación de las personas mediante pruebas genéticas y sus implicancias jurídicas”, en *El*

- derecho ante el proyecto de genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV.
- . “La paternidad forzada: A propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1994, Nº 1.
- LÓPEZ GÓMEZ, Leopoldo y
GISBERT CALABUIG,
Juan Antonio *Tratado de medicina legal*. España: Saber, 1962, tomo I.
- LORENZO SÁNCHEZ, Antonio de y
LORENZO Y MONTERO,
Ricardo de “Últimas innovaciones jurídicas y técnicas en la investigación biológica de la paternidad en España”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, noviembre-diciembre 1983, Nº 6.
- LUMBRERAS OLARTE, Jorge Luis;
ROJAS RUMRRILL, Elizabeth del Rosario y
BARBOZA MEJÍA, Orestes “El hijo adulterino de mujer casada”. Monografía para el curso Derecho Civil y Comercial Comparado de la maestría de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, diciembre de 1997.
- MARÍA RAMÍREZ, Eugenio *Jurisprudencia civil y comercial*. Lima: Grijley, 1997.
- MARIS BIOCA, Stella “Investigación de la paternidad y maternidad natural”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Driskill S.A., tomo XXI.
- MARTÍNEZ COCO, Elvira “La filiación biológica y el artículo 402 del Código Civil” en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Revista de crítica y análisis jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica Editores, enero-febrero 1998, año IV, Nº 8.
- MAZEAUD, Hnos. *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Jurídica Europa-América, 1959, parte I, vol. III.
- MÉNDEZ COSTA,
María Josefa *La filiación*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni, 1986.

- MESSINEO, Francesco *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Jurídica Europa-América, 1979, tomo III.
- MICHELMORE, Peter “Condenado por sus huellas genéticas”, en *Selecciones* de Reader’s Digest, noviembre 1989.
- MIRANDA ROMERO, Haydeé “Filiación: Hora de la verdad con la prueba de antígeno de las células blancas humanas”, en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 1986, vol. X , Nº 3.
- MIRÓ QUESADA, Antonio “La investigación de la paternidad”, en *Anales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima*. Lima: Imprenta Liberal, 1898, tomo XXV.
- MOISSET DE ESPANES, Luis “Prueba de la filiación de acuerdo a los progresos de las ciencias biológicas”, en *Cuadernos de los Institutos*. Córdoba, 1958, Nº 2-4.
- MORENO MURCIANO, Andrés “Pruebas no previstas por la ley”, en *Revista de Derecho Procesal*. Madrid: Instituto Español de Derecho Procesal, octubre-diciembre 1950, Nº 4.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara *Derecho y genoma humano*. Lima: San Marcos, 1997.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge “Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos?”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (Derecho privado en la reforma constitucional). Santa Fe: Rubinzal y Culzoni, 1996, Nº 7.
- MUÑOZ BARATTA, Carlos “Algunas consideraciones hematológicas de la anomalía de Pelger”, en *Revista de la Sanidad de Policía*. Lima, 1946.
- . “El Rh sanguíneo”, en *Revista de la Sanidad de Policía*. Lima, septiembre-octubre 1947, año VII, Nº 42.
- . “Los grupos sanguíneos y su importancia como prueba en los litigios sobre filiación” (Conferencia organizada por la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima, el 25 de octubre de 1950), en *Revista del Foro*. Lima, 1950, Nº 5.

- . “Estadística de los grupos sanguíneos en Lima y algunos consejos relacionados con la transfusión sanguínea”, en *Revista de la Sanidad de Policía*. Lima, 1959.
- NAYMARK, Lewis *Diccionario Jurídico Farm*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1948.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio *Ação de investigação da paternidade*. Coleção Saraiva de prática do direito. São Paulo: Saraiva, 1986.
- PAABO, Svante “Molecular Cloning of Ancient Egiptian Mummy DNA”, en *Nature*, April 1985, vol. 314: 18.
- PACHECO, Toribio *Tratado de derecho civil*. Lima: Imprenta del Estado, 2a. edición, 1872.
- PÉREZ LUÑO,
Antonio Enrique “Las generaciones de derechos humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1981, Nº 10.
- PERLA VELAOCHAGA,
Ernesto *Juicio ordinario*. Lima: Eddili, 7a. edición, 1987.
- PERLINGIERI, Pietro *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Schentifiche Italiane, 1984.
- PINO CARPIO, Remigio *Nociones de derecho procesal y comentario del Código de Procedimientos Civiles*. Lima: Artes Gráficas de Tipografía Peruana, 1961-66, 5 tomos.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA,
Alex “La imposibilidad jurídica de coexistencia de filiaciones incompatibles y la acción de reclamación de una filiación diferente a la anteriormente establecida”. Separata del curso de Derecho de Familia, período académico 1993-II. Lima: Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- . *Ensayos sobre derecho de familia*. Lima: Rodhas, 1997.
- QUESADA GONZÁLEZ,
María Corona “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, en *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, abril-junio,

- 1994, tomo XLVII, fasc. II.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA *Diccionario de la lengua española*. Madrid, 21a. edición, 1992.
- RÉBORA, Juan Carlos *Instituciones de la familia*. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda., tomo IV.
- REVOREDO de DEBAKEY, Delia *Código Civil peruano* (Exposición de motivos y comentarios). Lima: Talleres Gráficos de Okura Editores S.A., 1985.
- REYES RÍOS, Nelson “La acción de estado de filiación paterna extramatrimonial en el Código Civil de Venezuela y en el Código Civil del Perú”, en *Libro homenaje a Rómulo Lanatta Guillén*. Lima: Editorial Cuzco, 1986.
- . “Las pruebas heredobiológicas en la determinación jurídica de la paternidad”. Ponencia en el I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y el Instituto de Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, celebración del décimo aniversario del Código Civil, Lima, 1994.
- RÍOS, Héctor *Estudios sobre la paternidad natural*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, s/f.
- RIPERT, Georges *La filiación*. Montevideo: Claudio García, 1928.
- . *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: La Ley, 1965.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial”. Ponencia en el II Congreso Mundial Vasco: “La Filiación a Finales del Siglo XX”, s/f.
- ROCA i TRÍAS, Encarna “Adopción y datos biogenéticos: El proyecto genoma humano como auxiliar de las técnicas de desarrollo de la personalidad”, en *El derecho ante el proyecto de genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV.

- RODRÍGUEZ, Luis A. *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1987.
- ROJAS, Nerio *Medicina legal*. Buenos Aires: El Ateneo, 1979.
- RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline “La identificación mediante pruebas genéticas: aspectos jurídicos”, en *El derecho ante el proyecto de genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV.
- RUBIO CORREA, Marcial *Las reglas del amor en probetas de laboratorio. (Reproducción humana asistida y derecho)*. Biblioteca de Derecho Contemporáneo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1996, vol. 2.
- SANDOVAL SMART, Luis “Hematología forense”, en *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción*. Chile, 1943, año XI, julio-diciembre, Nº 45-46.
- SCHMITZ, Anthony “Homicidio en la campaña inglesa”, en *Selecciones de Reader's Digest*, marzo 1989.
- SENTIS MELENDO, Santiago *La prueba*. Buenos Aires: Jurídica Europa-América, 1985, p. 388,
- SILVA, Luiz *Identificação Odonto-Legal do 'Desconhecido de Collegno'. Perícia de Paternidade*. La Plata: Taller de Impresiones Especiales, 1937.
- . *Valor y estudio de las semejanzas en la investigación de la paternidad*. San Pablo, 1942.
- SILVA RUIZ, Pedro “El derecho de familia y la inseminación artificial ‘in vivo’ e ‘in vitro’”, en *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Ed. Derecho Reunidas, 1987, enero-diciembre, tomo LXXI.
- SIMONÍN, C. *Medicina legal judicial*. Barcelona: Jims, 1962.
- SOTO LAMADRID, Miguel Ángel *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires: Astrea, 1990.
- SPOTA, Alberto G. “La prueba de la filiación adulterina por el análisis

- de los grupos sanguíneos”, en *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires: octubre 1946, tomo IV.
- STEPHAN, Robert T. “Genética y culpabilidad: ¿Quién paga el precio?”, en *El derecho ante el proyecto de genoma humano*. Madrid: Fundación BBV, 1994, vol. IV.
- STRATTA, Oswaldo *Los grupos sanguíneos y el problema médico legal de la paternidad y la filiación*. Argentina-Santa Fe: Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1944.
- . “Alcance de la prueba hematológica”, en *La Ley*. Buenos Aires, octubre 1947, tomo 48.
- TAYLOR, A.S. *Tratado de medicina legal*. Madrid: Librería Editorial de Carlos Baily-Bailliere, 1890.
- TEJADA, José Francisco “Nuevos medios de prueba de la paternidad”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, enero-agosto, 1978, Nº 31-32.
- THEODORO JUNIOR, Humberto “Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil”, en *Revista Dos Tribunais*. São Paulo, año 79, diciembre 1990, vol. 662.
- THOMPSON J.S. *Genética humana*. Barcelona: Salvat, 3a. edición, 1985.
- TORRES, Olga María y YUNIS, Emilio “Heteromorfismo cromosómico: aplicación en los casos de disputa de paternidad”, en *Libro de resúmenes del IX Congreso Latinoamericano de Genética y II Congreso Peruano de Genética*. Lima-Perú, 1-5 de octubre de 1989.
- UNIVERSIDAD DE LIMA “Bases para una legislación sobre adecuación de sexo en casos de transexualismo y consiguiente modificación de nombre”, en *Cuadernos de Derecho*. Lima: Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1992, año 1, Nº 1.
- . *Tratado de derecho civil*. Tomo I, Título Preliminar. Lima, 1990.

- . *Los diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas*. Lim, 1a. edición, 1995.
- UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN “El impacto de la biotecnología en el derecho”, en *El derecho privado en la Argentina*. Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán, 2a. parte, 1993, II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros. Mar del Plata, diciembre 1992, comisión 1.
- URIBE CUALLA, Guillermo *Medicina legal, toxicología y siquiatria forense*. Colombia: Temis Librería, 1981.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique “Pater semper incertus”, en *El Informativo*. Lima: Universidad de Lima. Boletín estudiantil publicado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, junio 1987, Nº 30.
- . “Derecho de las personas”, en separata Nº 249. Lima: Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1987.
- . “Las pruebas heredobiológicas en la determinación jurídica de la paternidad”. Tesis para optar el grado académico de bachiller en derecho y ciencias políticas. Lima: Universidad de Lima, 1990.
- . “Pater est quem sanguis demostrant”, en *Advocatus*. Lima: Universidad de Lima. Revista de los alumnos y egresados de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, año II, tercera entrega, 1991.
- . “Insuficiencia pericial”, en *El Informativo*. Lima: Universidad de Lima. Boletín estudiantil publicado por los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Nº 47, semestre académico 1991-II.
- . “Una experticia infalible: El ADN y el derecho”, en diario oficial *El Peruano*. Cuerpo B, Lima, jueves 5 de agosto de 1993.
- . *Derecho genético: principios generales*. Trujillo, Servigraf S.A., 1995.
- . “Derecho genético: su influencia en el derecho de las personas y en el derecho de familia”, en *Diez*

- años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas. Lima: Universidad de Lima, 1a. edición 1995.
- . *Derecho y manipulación genética*. Lima: Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1a. edición, 1996.
- . “La manipulación genética frente al derecho”. Tesis para optar el grado académico de magíster en derecho. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Escuela de Post Grado, Unidad de Post Grado en Derecho, 1996.
- . *Derecho y manipulación genética*. Lima: Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2a. edición, 1997.
- . “Hacia una filiación biológica”, en *El Código Civil de 1984: Reformas o enmiendas. Nuevas corrientes en el derecho civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; *Themis*. Revista de derecho, mayo 1997.
- . “La filiación: nueva estructura legal”, en diario oficial *El Peruano*. Cuerpo B, Lima, 18 de febrero de 1997.
- . “Análisis constitucional de la investigación jurídica de la paternidad”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Revista de crítica y análisis jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1997, año III, Nº 6.
- . “Hacia una filiación biológica”, en *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Normas Legales S.A., abril-junio 1997, Nº 11.
- . “La Ley de las XII Tablas (su vigencia en el Código Civil peruano de 1984)”, en *Ratio Juris Internet* ([HTTP://WWW.ULIMA.EDU.PE/UL.DOC/IURISTEXTO/REV003/-VARSHTML](http://www.ulima.edu.pe/ul.doc/iuristexto/revoo03/-varshtml)), Lima, 1995 y *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Normas Legales S.A., 1997, año XLVII, Nº 12.
- . “Derecho Civil I”, en separata Nº 252. Lima: Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias

- Políticas, 1998.
- . “El proyecto de biopaternidad: Una mirada crítica”, en *El Comercio*, Opinión, 5 de mayo de 1998, A.2.
- VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores “Los límites de la bioética”, en *Biotecnología y futuro del hombre: La respuesta bioética* (Conversaciones en Madrid). Madrid: Eudema S.A, 1a. edición, diciembre 1992.
- . *Introducción a la biojurídica*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995.
- . *Huérfanos biológicos*. Madrid: San Pablo, 1997.
- VILLE, Laude A. *Biología*. México: Nueva Editorial Interamericana, 1977, 7a. edición, tomo II.
- WAGNER, Horacio y ABALLE, Rubén “Límites a la libre valoración de las pruebas científicas”, en *La Ley*, tomo 1996-A.
- YUNGANO, Arturo R. *Manual teórico-práctico de derecho de familia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1989.
- . “El sistema HLA en la investigación de la paternidad”, en *Tapia*. Publicación para el Mundo del Derecho. Madrid, octubre 1987, año VII, Nº 36.
- ZANELLI, Nicolás D. *Investigación de la paternidad*. Lima: Librería Francesa Científica Enosay, 1910.
- ZANNONI, Eduardo *Derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea, 2a. edición, 1989.
- . “Identidad personal y pruebas biológicas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Derecho privado en la reforma constitucional. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni, 1997, Nº 13.
- ZÁRATE POLO, Antonio M. “Consideraciones procesales en torno al examen de sangre como medio probatorio en los litigios sobre filiación”, en *Revista del Foro*. Órgano del Colegio de Abogados de Lima, 1950, Nº 5.
- ZICARELLI, Filho “La prueba en la acción de investigación de paternidad”, en *Revista Mexicana de Derecho Penal*.

México, 1970, mayo-junio, Nº 3.

ZOLEZZI IBÁRCENA,
Lorenzo

“Disposiciones de contenido procesal”, en *Para leer el Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, Nº 2.