

RECIENTE ADMISION DE LA PRUEBA BIOLOGICA Y GENETICA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

Manuel Jesús Miranda Canales

Profesor de Maestría de Derecho Civil y Doctorado
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Vocal de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima

I. INTRODUCCION

Después de largos años de reflexión crítica y debates en diversos congresos nacionales e internacionales, organizados por instituciones académicas, como las universidades, a través de sus Facultades de Derecho; o gremiales, como los Colegios de Abogados; los aportes de la Magistratura a través de la jurisprudencia; de las Escuelas de Post Grado a través de las Maestrías y Doctorados en Derecho, como el de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad Garcilaso de la Vega la cátedra universitaria; los Abogados, etc.; el Parlamento Nacional, ha expedido la Ley N° 27048 con fecha 28 de diciembre de 1998, promulgada por el Poder Ejecutivo el 31 del mismo mes y año y publicada en el diario oficial «EL PERUANO» el día 6 de enero de 1999, que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad, por los cuales se admite la prueba biológica, genética u otras de igual o mayor grado de certeza; se modifica los artículos 363, 402, 413 y 415 del Código Civil; se preceptúa la consecuencia de la aplicación de la prueba, así como los mecanismos para el acceso de las personas naturales a la prueba de ADN, el que será reglamentado por el Poder Ejecutivo; la responsabilidad por iniciar un proceso judicial de mala fe, valiéndose de la prueba del ADN y se derogan los artículos 403 y 416 del Código Civil.

II. ANTECEDENTES

Desde hace muchos años se ha debatido ampliamente el tema de la filiación, en los campos de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia; es así que, solamente por poner un ejemplo, se ha considerado en los temarios de los Congresos Mundiales de Derecho de Familia, como los realizados en Salta, Argentina, en 1983, Cáceres, España, 1987; Caracas, Venezuela, 1994; Pana-

má, 1996; Mendoza, Argentina, 1998; en algunos de los cuales hemos sido ponentes, y a nivel nacional en diversos eventos académicos organizados por las Universidades, como la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Universidad de Lima, la Universidad de San Martín de Porres, etc., así como las diversas conferencias organizadas por las Cortes Superiores de Justicia, Colegios de Abogados, Facultades de Derecho y otras instituciones, cuyos planteamientos han sido expuestos en nuestro último Libro Derecho de Familia y Derecho Genético fruto de un esfuerzo de casi 6 años por el que se planteaba pasar de la filiación por presunción, prescrita en el Código Civil de 1984 a la filiación biológica o genética, consagrada en la Ley 27048, de reciente promulgación.

III. LA FILIACION EN LA VERSION ORIGINAL DEL CODIGO CIVIL DE 1984

El Código Civil, vigente desde el 14 de noviembre de 1984, establece la filiación matrimonial como extramatrimonial por presunción al prescribir en su Artículo 361 la presunción *pater ist...*, cuando dice "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido."

Las presunciones de la paternidad extramatrimonial se encuentran establecidas en el Artículo 402, que analizaremos más adelante.

IV. LA PRUEBA GENÉTICA EN EL PROYECTO DE ENMIENDAS DEL CÓDIGO CIVIL Y EN LOS PROYECTOS DE LEY

Es de destacar que en el Proyecto de Enmiendas del Código Civil, aparece esta modificación cuando en su artículo 361, establece que «la filiación puede tener lugar por naturaleza (biológica) o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial» y mas precisamente en el art., 378 que preceptúa. «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».

Finalmente, sobre este aspecto, tenemos que decir que esta Ley recoge los planteamientos de los Proyectos de Leyes presentados en el Parlamento Nacional por los Congresistas Jorge Salazar Vargas, Lourdes Flores Nano e Ivone Susana Díaz Díaz.

V. BREVE ANALISIS Y COMENTARIO DE LA LEY N° 27048

1. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA BIOLÓGICA, GENÉTICA Y OTRAS DE IGUAL O MAYOR GRADO DE CERTEZA

La presente Ley, en su artículo 1, preceptua que «En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los artículos 363, 371 y 373 del Código Civil, es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza».

Es decir cuando el padre o la madre niegan la filiación con el presunto hijo que se le atribuye o cuando el presunto hijo solicite su filiación.

2. NORMA MODIFICATORIA

El artículo 2, modifica los artículos 363, 371, 413 y 415 del Código Civil, en términos generales, de la siguiente manera:

2.1.- Al Artículo 363, que se refiere a la impugnación de la paternidad matrimonial, se le agrega el inciso 5, que preceptúa: «El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: 5.-Cuando se demuestra través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no exista vínculo parental».

Cuando dice prueba del ADN, se refiere a la del ácido desoxirribonucleico, y cuando dice u otras de validez científica, se refiere a las pruebas de los grupos sanguíneos o hematológicas, del sistema de histocompatibilidad (humano leucocito antígeno HDL), de proteína sérica, de los polimorfismos cromosómicos, de dactiloscopia y pelmatocospia, odontograma, examen radiológico de la columna vertebral y otras que pueden existir en la actualidad o en el futuro.

Los anteriores incisos de este artículo se refiere a los siguientes presu-
puestos:

- 1.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
- 2.- Cuando se manifiestamente imposible dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

- 3.- Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2, salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.
- 4.- Cuando adolezca de impotencia absoluta.

En relación con estas presunciones, el inciso modificatorio en su última parte preceptúa que «El Juez desestimara las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza».

Cuando la ley prescribe una prueba genética, se refiere a la prueba de los marcadores genéticos, perfil del ADN, y cuando dice u otra de validez científica, se refiere a las demás que hemos indicado anteriormente.

2.2.- Al artículo 402 se le agrega el inciso 6, que preceptúa: «La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:..6.- «Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza».

Los presupuestos anteriores se refieren a los siguientes:

- 1.- Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
- 2.- Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante de estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
- 3.- Cuando el presunto padre hubiese vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción.
- 4.- En los casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
- 5.- En caso de seducción con promesa de matrimonio”.

Especial comentario merece, igualmente, la parte intermedia de este inciso modificatorio que prescribe que ante la negativa del demandado de someterse a algunas de las pruebas, luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento, hasta por dos veces, el juez, después de evaluar dicha negativa, las art. 415.

Continúa el inciso modificatorio preceptuando: «Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido

no hubiese negado la paternidad». Es decir, que lo prescrito en este inciso 6, no es aplicable al caso del hijo de mujer casada, y que en esta situación, primero, el marido tiene que negar o impugnar la paternidad; ello con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica de la filiación matrimonial.

Finalmente, este inciso prescribe que «El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza»; lo que no requiere mayor comentario, por ser obvio.

2.3.- El art. 413 es modificado de la siguiente manera:

En la primera parte perceptúa «En los proceso 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».

Previamente, digamos que hay un pequeño error material en la palabra proceso, que debe ser plural: procesos.

En primer lugar, ya no se habla de «juicios» sino de «procesos», conforme al nuevo concepto prescrito por el Código Procesal Civil, ya que juicio se refiere mas bien a una situación mental y para que no ocurra la anécdota que contó el Dr. Nelson Ramírez Jiménez, en una conferencia, de que un amigo le dijo a otro: he perdido el juicio y su amigo creyó que se había vuelto loco.

De otro lado, el Art. 413 en su versión original se refería a la prueba «negativa» de los grupos sanguíneos u otras de validez científica, mientras que el Artículo modificadorio, elimina esa palabra, con la finalidad de prescribir que se puede admitir estas pruebas para negar o afirmar la filiación extramatrimonial, ya sea paterna o materna y, abre el abanico de las pruebas, admitiendo la prueba biológica, genética u otras de validez científica de igual o mayor grado de certeza.

La segunda parte de este Artículo se mantiene en su conceptualización, excepto en la referencia plural a la admisibilidad de las pruebas, ya que en su versión original se refería sólo a la prueba de los grupos sanguíneos.

2.4.- Al Artículo 415, se le agrega el siguiente párrafo final: «El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica

con igual o mayor grado de certeza. Si estas dieran resultado negativo quedará exento de los dispuesto en este artículo».

Este artículo preceptúa "Fuera de los casos del artículo 402 el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental".

Con esta modificación se elimina la figura del hijo alimentista, considerando que esta situación aparte de tener en el vigente Código Civil, una errónea interpretación, puesto que no es realmente un hijo, sino un acreedor alimentista que surge en base a una presunción, resulta totalmente inadecuada dentro de un sistema abierto de investigación de paternidad, el que, mediante pruebas biológicas o genéticas es fácilmente establecer la certeza de una relación paterno-filial y, por tanto, status familiar.

V. CONSECUENCIA DE LA APLICACION DE LA PRUEBA: REINTEGRO DEL PAGO POR EL DEMANDADO

El artículo 3 de la Ley bajo comentario prescribe que «En los casos del art. 373, (cuando el hijo pide que se declare su filiación), o en el caso del art. 402 (declaración judicial de paternidad extramatrimonial) cuando se declare la paternidad o maternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza, el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada».

VI. MECANISMOS PARA EL ACCESO DE LAS PERSONAS A LA PRUEBA DE ADN

Teniendo en cuenta que la realización de la prueba del ADN, tiene un costo considerable, pues se hace en el extranjero y en nuestra patria, solamente hay un laboratorio que efectúa este tipo de pruebas: Bio Links y otro como Genética: Centro Médico Especializado que remite las muestras a Estados Unidos, a un costo de 950 a 1,000 dólares, el art. 4 de la ley 27048, establece que «El estado determinará los mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas

con igual o mayor grado de certeza. Para tal efecto el demandante deberá acogerse a los alcances del auxilio judicial establecido en los artículos 179 al 187 del Código Procesal Civil».

Se refiere a aquellas personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y de las que ellas dependan, para cuyo efecto existe un procedimiento y tiene el efecto de que el auxiliado sea exonerado de todos los gastos del proceso.

VII. RESPONSABILIDAD POR MALA FE

El Art. 5 de la Ley, recogiendo la teoría de la responsabilidad, por el cual aquel que por dolo cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo, establece, que «la persona que de mala fe inicia un proceso de declaración de paternidad valiéndose de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, ocasionando un daño moral o económico al demandado deberá pagar una indemnización, la cual será fijada a criterio del juez».

En la hipótesis de este artículo no está contemplado la responsabilidad por culpa (descuido o negligencia), así como el daño a la persona que es la frustración de un proyecto de vida libremente escogido, por que no son factibles.

VIII. NORMA DEROGATORIA

El artículo 6 de la Ley 27048, deroga los artículos 403 y 416 del Código Civil, que se refieren a la improcedencia de la acción, en la hipótesis del inc. 4 del Art. 402, ya referido, es decir, en caso de que la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo trato carnal con persona distinta del presunto padre o si en la misma época era manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre y, al caso del hijo alimentista regulado en el art. 415.

Ello se debe a que habiendo certeza con las pruebas biológicas, genéticas u otras de validez científica, ya no intereza la conducta personal de la madre ni la presunción de paternidad de aquel que ha declarado que ha mantenido relaciones sexuales con la madre en la época contemporánea a la concepción.

IX. REGLAMENTACION DEL ARTICULO 4 DE LA LEY

En su Primera y única Disposición Final la ley establece que «El Poder Ejecutivo reglamentará lo dispuesto en el Artículo 4 de la presente ley»; es decir, lo relativo a los mecanismos para el acceso de las personas a la prueba de ADN.

En cumplimiento de esta Disposición, por Resolución Ministerial Nro 092-JUS de fecha 23 de marzo de 1999 y publicada en el diario oficial el «El Peruano» el 26 de marzo del presente año, la Sra. Ministra de Justicia Dra. Carlota Valenzuela de Puelles, nombró la Comisión Especial responsable de elaborar el Proyecto de Reglamento, presidida por el autor de este comentario e integrada por los Drs. Enrique Varsi Rospigliosi, Alex Plácido Vilcachagua y Víctor Guevara Pezo, quienes durante 30 días hemos trabajado intensamente, consultando a expertos sobre el tema y hemos propuesto el Reglamento correspondiente, así como algunas sugerencias para ser incorporadas en el Código Procesal Civil y también para una eventual modificación de la propia ley 27048.

X. CONCLUSION: CODIGO CIVIL PERUANO SE PONE A LA ALTURA DE LOS CODIGOS MODERNOS DEL MUNDO

Con estas modificaciones a los principales artículos referidos a la filiación, nuestro Código Civil, se pone a la altura de los Códigos Civiles más modernos de Europa y América, como por ejemplo el Código Civil Español que en su Artículo 127, prescribe: que «En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas»; y en América, el Código de Familia de Panamá que en su Artículo 272 preceptúa: «El hijo o hija que no haya sido reconocido por su padre, tiene derecho a exigir judicialmente el reconocimiento de la paternidad.

Se permite la libre investigación de la paternidad desde la concepción»; el Código de Familia de Cuba, que en su Art., 78 en relación con la impugnación del reconocimiento, prescribe: «La impugnación sólo podrá fundarse en la imposibilidad de los cónyuges para haber procreado el hijo»; el Código de Familia de Bolivia, que en su artículo 180, preceptúa: «La filiación paterna de un hijo que puede atribuirse legalmente a dos maridos sucesivos de la madre, se establece en caso de controversia, por todos los medios de prueba, admitiéndose lo

que sea mas verosímil, con arreglo a los datos aportados y a las circunstancias particulares que apreciará el juez»; y el art. 187 que preceptúa: «El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser el padre del mismo»; el Código Civil de Venezuela, que en su artículo 230 preceptúa «Cuando no existe conformidad entre la partida de nacimiento y la posesión de estado, se puede reclamar una filiación distinta de la que se atribuye en la partida de nacimiento. Y aún cuando exista conformidad entre las actas de Registro Civil y la posesión de estado, se puede también reclamar una filiación distinta de la que atribuyen las actas de Registro Civil si se reclama y prueba judicialmente por cualquier medio, la suposición o sustitución de parto, o si el hijo fue inscrito bajo falsos apellidos o como nacido de padres inscritos» y el artículo 233, que prescribe: «Los Tribunales decidirán, en los conflictos de filiación, por todos los medios de prueba establecidos, la filiación que les parezca más verosímil, en atención a la posesión de estado» y el Código Civil Argentino, que en su artículo 258 preceptúa: «El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia, podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre».