

¿LA VERDAD OS HARÁ LIBRES?: ENTRE LA IRREVOCABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO Y EL ADN

ARTURO AZA RIVA¹⁾

Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Feminina del Sagrado Corazón – UNFE.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. La prueba del ADN en nuestra codificación civil.- III. La impugnación del reconocimiento del hijo extramatrimonial a partir de la prueba del ADN.- IV. El interés superior del niño.- V. Nuestra posición.

I. INTRODUCCIÓN

Una Ejecutoria dictada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República - CAS No. 2833-2003 HUANCAMELICA, publicada el 30 de marzo de 2005 en el diario oficial "El Peruano" es útil para referirnos a los retos y la delicada labor que le toca enfrentar al juzgador cuando, debiendo pronunciarse sobre controversias sustentadas en avances científicos y tecnológicos impensables décadas atrás, se topa con un ordenamiento legislativo que, a pesar de sus bondades, no se encuentra preparado para acomodarse con facilidad a los hechos que nos revelan dichas innovaciones, las que, por lo demás, se vienen suscitando con una rapidez que supera hasta los vaticinios más osados.

Uno de los aspectos en los que la ciencia ha avanzado de manera más avasalladora en los últimos veinte años, es aquel de la ingeniería genética, haciendo posible, en la actualidad, el manejo del material genético y, con ello, una multiplicidad de aplicaciones funcionales del mismo, a punto tal que, a pesar de las no pocas objeciones legales sustentadas en consideraciones de índole moral y/o religiosa que varios países han impuesto, existen investigaciones que persiguen lo que parece ser, por lo menos ahora, la meta principal de esta rama científica: la clonación humana.

Sin embargo, sin necesidad de tener que pensar en dichas –todavía alucinantes– fronteras del desarrollo científico, tenemos ya conviviendo con nosotros importantes contribuciones de dicha ciencia, siendo una de las más relevantes, por su impacto en la administración de justicia, la llamada prueba del ADN.

Como apunta la Dra. María Isabel Quiroga de Michelena "La prueba biológica del ADN se sustenta en las diferencias genéticas entre los seres humanos. Las características del ADN de una persona son únicas e inmutables y están determinadas desde el momento mismo de la concepción, por la dotación genética que recibe de sus padres y, a través de ellos, de sus demás ancestros. Esta dotación genética es el genoma, propio de cada persona e idéntica en cada una de las billones de células que forman un organismo".²

En ese sentido complementa que "El ADN es transmitido de padres a hijos en los cromosomas del óvulo y el espermatozoide en el momento de la concepción. Cada padre transmite a su hijo la mitad de su ADN. De modo que todo ADN que tiene una persona proviene de sus padres, y la comparación del ADN de dos personas permite determinar si hay un vínculo genético entre ambas".³

¹⁾ La inspiración para el presente artículo surgió en el debate que, respecto al tema abordado, promovió el Profesor Luciano Barchi Velasco en el curso de Teoría del Derecho Civil de la Maestría en Derecho con Mención en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú a su cargo.

²⁾ QUIROGA DE MICHELENA, María Isabel, *La prueba del ADN. Fundamentos biológicos de la determinación de paternidad y otras aplicaciones médico-legales*. En: *La Prueba del ADN – Cuadernos jurisprudenciales*, Editora Gaceta Jurídica, Lima 2004.

³⁾ Loc. Cit.

Comentando el influjo de dicha prueba en la Administración de Justicia de la Provincia de Córdoba, Argentina, los Drs. Rubén Antonio Simonetta y Roque O. Nielsen explicaban que: "El ADN es una sustancia química que se encuentra en el núcleo de todas las células del cuerpo y permanece invariable; por ello es muy usado en ciencia forense como una herramienta fundamental para comparar cualquier resto de material biológico dejado en la escena del crimen, con los glóbulos blancos de la sangre o cualquier otra célula de los sospechosos. Otra propiedad del ADN es que proviene el 50% del óvulo materno y el 50% restante, del espermatozoide paterno, razón por la cual es muy utilizado en la determinación del vínculo de filiación".¹

Queda claro, entonces, que con la aparición del referido avance, el sistema de administración de justicia de cualquier país del mundo se encuentra dotado con lo que resulta ser la llave maestra que le permite acceder no a una sino a dos de las más anheladas verdades de nuestras sociedades: la autoría de un crimen y la paternidad de un hijo extramatrimonial.

En efecto, quién alguna vez no ha seguido con expectativa, a través de noticias y periódicos, las pesquisas policiales destinadas a encontrar al autor de un sonado crimen; quién no ha mostrado simpatía por un menor que, con el parecido de sus facciones como única prueba, reclamaba el reconocimiento de paternidad de aquel ser que, indolente o suspicaz, pretendía negar su vínculo filial.

Recordemos entonces que, hace no muchos años, esas esforzadas cruzadas de la verdad tropezaban, a veces fatalmente, con la imprescindible exigencia probatoria del sistema judicial que, dejando de lado pareceres y apreciaciones subjetivas, requería la presentación de evidencia tangible que demostrara, sin lugar a dudas, que el imputado por dichos actos, era en realidad el responsable de los mismos.

Hoy, con la invaluable contribución del ADN, las pesquisas en mención podrán haber perdido algo de suspense para la audiencia, pero definitivamente han ganado en certidumbre y economía para el sistema y, con ello, han ganado en justicia para la víctima y sus familiares, cuya suerte ya no está más librada al análisis subjetivo del juzgador, que por mejor intencionado que sea, no está libre, de cometer errores.

Así, basta hoy que el delincuente deje inadvertidamente en la escena del crimen cualquier resto de material biológico o que quien rechaza ser padre provea de una muestra de su material genético para, vía comparación con el del sospechoso o el de aquel que reclama ser hijo, respectivamente, se pueda determinar, con un grado irrefragable de certeza, la verdad de lo que se busca averiguar.

Teniendo como punto de partida las ideas antes esbozadas, lo que se busca a través del presente trabajo es, en primer lugar, verificar si nuestra legislación, en lo que respecta a conflictos de intereses que hoy pueden ser resueltos de modo concluyente con la prueba del ADN, se encuentra preparada para acoger las bondades de la misma o si, por el contrario, se mantienen aún disposiciones que no se conciben con los resultados incontrastables que en la actualidad está en capacidad de proveer.

Dentro de estas situaciones, será objeto de especial atención el relativo al reconocimiento extramatrimonial, el mismo que, según dispone el artículo 395 del Código Civil, es irrevocable.

De acuerdo a ello y entrando ya al análisis de la ejecutoria en mención, pensemos en el caso del sujeto que luego de haber reconocido a otro como su hijo, descubre, a través de la prueba de

¹ SIMONETTA, Rubén Antonio y NIELSEN, Roque O., El Análisis de ADN y su utilización en la Administración de Justicia, www.abogadostecordoba.org.ar

ADN, que este en realidad no era tal. ¿Podría, en base a dichos resultados, dejar sin efecto el reconocimiento practicado?

II. LA PRUEBA DEL ADN EN NUESTRA CODIFICACIÓN CIVIL

Comenzaremos diciendo que, siendo la prueba del ADN una herramienta científica de reciente data, es lógico que no hubiera estado en la mente de nuestros codificadores, y eso explica el porqué no existía referencia alguna a la misma ni en el texto original del Código Civil, ni en el del Código Penal (a pesar de que este es ya de la década de los noventa), como tampoco en el Código Procesal Civil y el aún no completamente estrenado Código Procesal Penal (aun cuando ambos códigos adjetivos recogen la libertad en el ofrecimiento de pruebas).

Aun más, a pesar de la rápida propagación de las noticias llegadas de países desarrollados, e incluso países iberoamericanos, respecto de las bondades de la prueba de ADN en la administración de justicia, su incorporación a nuestro Sistema Judicial no alcanzó a institucionalizarse durante la década de los noventa, quizá por razones funcionales (falta de laboratorios), económicas (alta onerosidad de su costo), de falta de voluntad legislativa o, todas estas juntas.

Lo señalado puede apreciarse en sentencias como la dictada en el Expediente No. 3446-96, en la que se señaló que: *"Si bien es cierto que la prueba del ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al Juezador, pues se debe atribuir a dicha prueba la calidad ilustrativa con sujeción a las reglas de la crítica"*.

Sin embargo, sería injusto negarlo, también existieron jueces que, entendiendo la trascendencia de la referida prueba, no dudaron en señalar que: *"Siendo un cálculo de probabilidad el acontecimiento de la paternidad extramatrimonial, es de resaltar la prueba del ADN, lo mismo que viene a dar plena certeza respecto del padre biológico, con un nivel de aproximación científica del 99.86%. El carácter científico de la prueba genética del ADN da valores absolutos que encuadra perfectamente en la ratio legis del Código Civil y debe ser admitida por el Juzgado sin reserva ni limitaciones"* (Expediente No. 3114-96, Lima).

Por ello, dejando de lado la problemática de la implementación de la prueba del ADN en nuestro Sistema Judicial penal que, con la reserva de no conocer a profundidad, entendemos aún no utiliza dicha importante herramienta con la regularidad que las series televisivas norteamericanas sobre investigación forense nos han mal acostumbrado a concebir, queremos enfocarnos exclusivamente en la relación entre la misma y nuestro ordenamiento civil, específicamente como medio probatorio certero del vínculo paterno filial.

En ese aspecto, fue un innegable avance la promulgación de la Ley 27048, que aunque publicada recién en el ocaso de la década pasada, el 6 de enero de 1999, constituye la piedra angular para el reconocimiento oficial de la prueba de ADN como "prueba certera admisible" para 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. Mención aparte merece la implícita calificación de la mencionada prueba como una de "valor certero", eliminando así la posibilidad de que su valor probatorio sea mellado por alguna "regla crítica" no tan razonada.

Pues bien, como consecuencia de la referida norma, se amplían en primer lugar las causales previstas en el artículo 363 del Código Civil para que el marido pueda contestar la paternidad imputada a partir de la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*, permitiéndose que dicha pretensión tenga como sustento la demostración *"(...) 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 (...)"*.

Por otro lado, la misma norma también modifica el artículo 402 del indicado código, esta vez para incorporar la prueba de ADN como sustento de la pretensión de declaración judicial de paternidad

extramatrimonial, reconociéndole, nuevamente, la calidad de probar con certeza el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo. Es más, esta modificación viene acompañada de un apercibimiento según el cual "Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas y luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista (...)".

Por último, se introducen modificaciones a lo previsto en los artículos 413 y 415 del referido Código, previéndose la prueba de ADN como herramienta ya sea para determinar la paternidad o maternidad extramatrimonial, la paternidad en el supuesto previsto en el artículo 402 inciso 4, cuando fueren varios los autores del delito⁴ y para refutar la pretensión de declaración de hijo alimentista.

Esta norma constituye, sin lugar a dudas, un importante esfuerzo del legislador civil por adecuar la funcionalidad del ordenamiento al ritmo vertiginoso que imponen estos tiempos globalizados.

Sin embargo, sin ánimos de ser aguafiestas, debemos preguntarnos ¿fue suficiente?. Lamentablemente y como se verá en el siguiente acápite, la ejecutoria que citamos en la introducción del presente trabajo, nos responde con una rotunda negativa: las respuestas del ADN no se agotan en los supuestos previstos por la Ley 27048.

III. LA IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRA MATRIMONIAL A PARTIR DE LA PRUEBA DEL ADN

Como ha quedado señalado, la pretensión contenida en la demanda que diera origen a la Sentencia a la que se hizo referencia al iniciar el presente trabajo no estaba referida a ninguna de aquellas previstas en la Ley 27048, sino a una de "exclusión de nombre", promovida por quien, en virtud del acto de reconocimiento de hijo extramatrimonial, había declarado ser padre de un menor, solo para comprobar, años después, que dicha afirmación no se condecía con la descarnada realidad arrojada por la prueba del ADN.

No queriendo ni acercarnos al conflicto tanto personal como de pareja que puede acarrear el descubrimiento de dicha verdad, centrémonos únicamente en el plano jurídico de la historia, no por ello, exento también de aristas.

En efecto, la primera cuestión a dilucidar, es si quien ha reconocido voluntariamente ser padre puede, por acto posterior, dejar sin efecto dicha declaración en virtud de haberse comprobado la falsedad de la misma a partir de lo revelado por la prueba del ADN, cuya certeza probatoria, se ha indicado, está ya fuera de toda cuestión.

Sin embargo, pese a lo inquebrantable de la referida revelación, nos topamos con la norma contenida en el artículo 395 del Código Civil, en virtud del cual "El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable".

Para los fines del presente trabajo, interesa destacar la "irrevocabilidad" que señala la norma en mención, entendiéndose esta como la prohibición legal impuesta al celebrante de un acto jurídico, comúnmente uno de naturaleza unilateral, para que, con su sola declaración de voluntad, lo deje sin efecto.

⁴ Artículo 402 - La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

(...)

4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincide con la de la concepción".

Al respecto, cabe señalar que la aludida norma no cuenta con un comentario específico en la Exposición de Motivos del Código Civil, sin embargo, su ponente, el ilustre profesor Cornejo Chavez, ha señalado luego que "(...) el reconocimiento es un acto puro y simple significa, como lo preceptúan todas las legislaciones, que no puede sujetarse a plazo, condición ni cargo. Y es lógico que así sea, pues, por la propia índole de la figura, se es hijo o no se lo es de alguien (...)".⁵

Siguiendo esa misma lógica, añade que "(...) el reconocimiento se considera como un acto irrevocable tanto a consecuencia de su carácter declarativo o equiparable a la confesión, como quieren algunas, como porque lo contrario podría introducir subrepticamente la condición, el plazo o cargo a que se contrae el acápite anterior".⁶

En esa línea de pensamiento, podría inferirse que nuestro ordenamiento proscribiera la posibilidad de que quien ha reconocido ser padre de un hijo extramatrimonial, pueda luego, con su sola declaración unilateral, dejar sin efecto dicha manifestación anterior, básicamente atendiendo a la naturaleza declarativa y no patrimonial del referido acto.

Esta referencia tiene que ver con la discusión teórica en relación a si el acto de reconocimiento es un acto constitutivo de filiación o si es simplemente declarativo de la misma.

Así, los que defienden la tesis de la naturaleza constitutiva del reconocimiento, como Planiol y Ripert, postulan que es en virtud de su celebración que se entabla el vínculo paterno filial, al igual que, por ejemplo, es en virtud de la celebración del matrimonio que se establece un vínculo familiar entre marido y mujer.

Apoya esta posición el hecho según el cual, al menos desde un plano práctico, los efectos jurídicos de un lazo real de filiación no se dan sino a partir del reconocimiento, antes del mismo carece en realidad del status de hijo, al no tener padre alguno al cual exigirle el cumplimiento de los deberes que la ley impone.

La posición mayoritaria de la doctrina entiende, sin embargo, que el referido acto jurídico es uno de naturaleza meramente declarativa. De acuerdo a este sector de la doctrina "(...) el reconocimiento no crea el lazo de filiación, el cual preexiste desde que se produjo la procreación, sino que sólo lo comprueba, lo admite, lo declara".⁷

Es en ese sentido que se defiende la naturaleza irrevocable del reconocimiento, pues se asume que este no es más que la declaración de voluntad destinada a constatar un hecho jurídico ya existente, de suerte que la sola retractación de dicha declaración no alcanzaría para enervarlo, al no depender su existencia de la misma.

Sin embargo, como más adelante precisaremos, somos de la opinión que concebir un aspecto tan trascendental del reconocimiento como una mera consecuencia lógica de su naturaleza jurídica y sin un fundamento axiológico que justifique su asimilación, termina sembrando incertidumbre en su propia esencia, abriéndose así el paso a argumentos que pueden terminar incluso alejando al acto de su finalidad o causa socialmente relevante.

Además de lo antes dicho, es importante agregar que nuestro Código Civil endurece aún más la prohibición de revocar el reconocimiento con la disposición contenida en el artículo 399 de dicho cuerpo de leyes, pues al regular la negación de reconocimiento, concede legitimidad para incoar dicha pretensión al padre o la madre que no intervino en él, al propio hijo o a sus descendientes

⁵ CORNEJO CHAVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Tomo II, Gaceta Jurídica Editores, novena edición, Lima, 1998, p. 122.

⁶ *Loc. Cit.*

⁷ *Ibid.* p. 105.

si hubiera muerto y, en general, a todos "quienes tengan interés legítimo", pero "(...) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395".

Así, no solo queda absolutamente vedado que quien practica el reconocimiento de hijo extramatrimonial pueda luego dejar sin efecto dicha declaración con su sola manifestación de voluntad encaminada a dicho fin, sino, incluso parecería que, en virtud del artículo 399, también se prohíbe a dicho sujeto cuestionar la veracidad del contenido mismo del reconocimiento (el vínculo paterno filial).

En otras palabras, el legislador proscribió que aquel sujeto que luego de haber reconocido voluntariamente a un hijo como suyo y que descubre que su declaración se sustentó en una falsedad, pueda, al menos en principio, impugnar dicho acto, aun cuando este cuente con una prueba idónea e irrefragable como la del ADN que demuestre de modo concluyente que no es el padre biológico de su presunto descendiente.

Ahora bien, como quiera que el artículo 399 está explícitamente referido a la pretensión dirigida a la negación del reconocimiento, es factible interpretar que, comprendiéndose dentro de esta únicamente a la alegación que busca demostrar que quien reconoce no es padre, es decir, contradecir el supuesto de hecho del acto en mención, no queda duda de que sí será posible impugnar su validez por algunas de las causales previstas en los artículos 219 o 221 del Código Civil, es decir, cuando el mismo se encuentre incurso en algún supuesto de nulidad o anulabilidad.

De este modo, a efectos de conseguir la ineficacia del acto de reconocimiento, el reconociente no tendría que probar no ser el padre biológico, sino más bien alguno de los siguientes supuestos que consideramos pertinentes detallar:

- a) La falta de manifestación de voluntad del reconociente; supuesto que correspondería invocar, por ejemplo, cuando el reconocimiento es efectuado por persona distinta a aquella a quien se le atribuye la declaración (suplantación de identidad o falsificación de firma);
- b) La incapacidad absoluta del reconociente; pero con las restricciones previstas por los artículos 389 y 393 del Código Civil, es decir, por tener menos de catorce años o encontrarse comprendido en alguno de los supuestos contemplados en los numerales 2 y 3 del artículo 43 del Código Civil (privados de discernimiento o sordomudos, ciegosordos y ciegos mudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, respectivamente);
- c) Objeto físico o jurídicamente imposible o indeterminable; se trata de una causal que, en principio, no resultaría aplicable al acto de reconocimiento, en la medida que este es un acto cuyos efectos jurídicos vienen dados por la ley y no por la voluntad del celebrante, de donde no sería factible concebir un reconocimiento que, considerado como tal, pudiera generar una relación jurídica cuyo contenido de derechos y deberes fueran físico o jurídicamente imposibles. Lo que quizá sí podría presentarse sería un reconocimiento indeterminable, en el caso que, efectuado en escritura pública o testamento, no se precisara por parte del declarante la identidad de la persona respecto de la cual se reconoce el vínculo paterno filial;
- d) Fin ilícito; si únicamente se considera la finalidad objetiva, también llamada intención jurídica o causa del acto, es claro que estando frente a un acto jurídico nominado, la función socio-económica relevante asignada por el ordenamiento jamás podrá ser ilícita. Empero, si extendemos este concepto también a la denominada finalidad subjetiva o móvil, sí será posible invalidar el acto si se prueba que este último elemento, con prescindencia de la legalidad de la intención jurídica, resulta ilícito, como sería el caso, por ejemplo, de una persona que reconoce a un supuesto hijo, con el propósito de adquirir la

patria potestad sobre este a efectos de dedicarlo a trabajos forzados o explotarlo económicamente;

- e) Simulación absoluta; se trata, como es claro, de un supuesto inaplicable al reconocimiento, pues requiere del concierto simulatorio entre las partes celebrantes de un acto jurídico, acuerdo que no cabe en actos de naturaleza unilateral;
- f) Omisión a la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad; el artículo 390 del Código Civil prescribe que el reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento, sin precisar si la inobservancia de las formalidades antes descritas acarreará o no la nulidad del acto jurídico. Recurriendo nuevamente a la versada opinión del ponente del libro de Derecho de Familia, encontramos que, a pesar de la omisión antes anotada, el Dr. Cornejo Chávez considera que se está frente a formalidades de carácter solemne, es decir: "(...) que oparte del registro de nacimientos, la escritura pública y el testamento, no es posible entre nosotros practicar un reconocimiento válido".⁹

Si bien dicha aseveración no se condice con lo señalado en el artículo 144 del Código Civil, según el cual cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto, coincidimos con el citado autor en cuanto a que, dada la trascendencia del acto y el propio contexto dentro del que se enmarcan las disposiciones contenidas en el Capítulo Primero del Título II de la Sección Tercera del Libro de Derecho de Familia – Libro III, puede inferirse que estamos frente a formalidades *ad solemnitatem* y, por ende, su omisión o infracción generará la nulidad del reconocimiento;

- g) Cuando la ley lo declare nulo: otro supuesto que tampoco resulta aplicable al caso del reconocimiento, al no existir norma especial alguna que contenga causales de nulidad para el mismo, adicionales a las previstas en el régimen general contenido en el artículo 219;
- h) En el caso del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, salvo que la ley establezca sanción diversa; la última causal de nulidad prevista en el artículo 219 del Código Civil, constituye en realidad una remisión a lo previsto en el artículo V del Título Preliminar del Código sustantivo, según el cual "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

Al respecto, El Dr. Rubio Correa, en sus comentarios al Título Preliminar del Código Civil¹⁰, considera que el orden público está ligado a las normas imperativas, mientras que las buenas costumbres se refieren al escudriñamiento de una conciencia moral correspondiente a las ideas sociales predominantes.

Por su parte, el Dr. Vidal Ramírez define al orden público como "(...) el conglomerado de normas destinadas a regular las relaciones individuales y las de la sociedad en su conjunto, así como por la suma de principios religiosos, morales, políticos y económicos predominantes en una sociedad determinada y que son indispensables para la coexistencia social".¹¹ Este mismo autor conceptúa a las buenas costumbres como "(...) una moral objetivada, o aquella que el consenso social considera moral".¹²

⁹ *Ibid.*, p. 125.

¹⁰ RUBIO CORREA, Marcial, *Para leer el Código Civil III – Título Preliminar*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El Acto Jurídico*, Gaceta Jurídica Editores.

¹² VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*, Gaceta Jurídica Editores.

Descartando que el reconocimiento pueda ser considerado como un acto reñido con las buenas costumbres, queda analizar si existiría algún supuesto de reconocimiento contrario al orden público, entendiendo este, según se ha visto, como el conglomerado de normas imperativas recogidas por nuestro ordenamiento.

Así, con relación al reconocimiento habría que comenzar citando que, de acuerdo a lo previsto por el artículo 388 del Código Civil, "El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos".

Por su lado, el artículo 21 del mismo cuerpo de leyes determina que "Al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos lleva el primer apellido de los dos. Rige la misma regla en caso de filiación por declaración judicial".

Como se puede ver de los citados artículos, nuestro ordenamiento determina, con carácter imperativo, que el reconocimiento es un acto jurídico que únicamente puede ser practicado, conjuntamente o por separado, por los padres, debiendo entenderse por estos necesariamente a los padres biológicos.

En efecto, esta conclusión no solo se desprende nitidamente de una interpretación concordada del artículo 388 con lo previsto en el artículo 21 del Código Civil, que como se ha indicado hace referencia a "progenitores", sino también del hecho que el tantas veces mencionado artículo 388 alude al status jurídico de "padre" o "madre" como categorías jurídicas preexistentes al reconocimiento e incluso, con prescindencia del mismo.

Como consecuencia de ello, queda de manifiesto que nuestro ordenamiento jurídico admite que la paternidad y la maternidad de los hijos extramatrimoniales surgen del solo hecho de su concepción y que, por lo tanto, el reconocimiento no pasa de ser un acto jurídico declarativo, que únicamente va a servir a efectos de constatar y formalizar una situación jurídica preexistente, pero que en modo alguno podrá ser concebida como generadora del vínculo paterno o materno filial objeto de su declaración.

En este sentido, podría sostenerse que no obstante la irrevocabilidad del reconocimiento y la prohibición contenida en el artículo 399, el reconociente que luego de emitida su declaración descubre, con la ayuda de la prueba del ADN, que su supuesto hijo en realidad no era tal, podría solicitar la declaración de nulidad de dicho acto, por tratarse de uno contrario al orden público, específicamente a lo previsto por el artículo 388;

- i) Por incapacidad relativa del agente; pasando a las causales de anulación, podemos citar esta como la primera prevista por el artículo 221 del Código Civil, la que sin embargo, como ya señalamos en el literal b) precedente, deberá sujetarse, para el caso del reconocimiento, a las restricciones previstas en los artículos 389 y 393 de dicha norma, que restringen su aplicación a los casos de los menores de 14 años y a las causales previstas en los incisos 2 y 3 del artículo 44 (retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, respectivamente) y el artículo 47 (desaparecido);
- ii) Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación; en relación a los denominados vicios de voluntad, no existe duda respecto a que sería perfectamente viable solicitar la anulación de un reconocimiento celebrado bajo amenaza (intimidación) o bajo el influjo de una fuerza física irresistible que suplanta la declaración del reconociente (violencia física), aunque se trate de supuestos notoriamente distintos al que venimos comentando (sujeto que luego de reconocer a su supuesto hijo descubre que en realidad no lo es).

Este último caso parecería encajar más bien como un supuesto de error o de dolo, vicios en los que la falta de concordancia entre la voluntad interna y lo manifestado resulta inconsciente para el declarante.

Consideramos, sin embargo, que no podría invocarse el error como causal de anulación de un reconocimiento, en atención a que el artículo 201 del Código Civil dispone que, para dicho efecto, deberá probarse que el error sea esencial y conocible por la otra parte. Entendida la conocibilidad del error como la posibilidad que, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, la persona que celebra el negocio con el errante hubiese podido advertir, actuando con normal diligencia, la existencia del error, nos queda claro que, por la naturaleza unilateral del reconocimiento, no será posible imputar conocibilidad a la otra parte, más aún cuando el receptor de la declaración en mención normalmente es una persona incapaz por minoría de edad y, en todo caso, aun de ser mayor de edad, no resulta lógico que se le exija la posibilidad de conocer o no acerca de la verdad material del vínculo paterno filial que se reconoce.

Por lo mismo, nos parece igualmente difícil concebir la anulación de un reconocimiento por vicio resultante de dolo, si es que la persona favorecida con la constatación del vínculo paterno filial es un menor de edad, pues no podrá imputársele la autoría del engaño que ha inducido a error al reconociente, ni tampoco el conocimiento de ello en caso dicho autor haya sido un tercero. Evidentemente, si el reconocido es ya mayor de edad, consideramos que nada obstaría al reconociente a solicitar la anulación del acto de comprarse la inducción al error por parte del primero.

- k) Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero; reiterando lo señalado en el acápite e), se trata de un supuesto inaplicable para el caso del reconocimiento, pues requiere del concierto simulatorio entre las partes celebrantes de un acto jurídico, acuerdo que no cabe en actos de naturaleza unilateral;
- l) Cuando la ley lo declare anulable; reiterando lo señalado en el acápite g) precedente, se trata de un supuesto inaplicable para el caso del reconocimiento, al no existir ninguna norma especial que determine causales de anulación para dicho acto, distintas a las previstas en el artículo 221 del Código Civil.

Como ha podido verse, entonces, frente a la irrevocabilidad prevista en el artículo 395 del Código Civil y la prohibición al reconociente de recurrir ante el órgano jurisdiccional para pretender negar su reconocimiento por haberse probado la inexactitud del vínculo paterno filial declarado, el ordenamiento franquea a este la posibilidad de solicitar la nulidad de dicho acto, invocando para ello la causal prevista en el literal B del artículo 219 del indicado cuerpo de leyes y teniendo como fundamento que su artículo 388 únicamente permite que sean los progenitores los que practiquen el reconocimiento.

Precisamente es este el razonamiento seguido por la Sala Civil de la Corte Suprema, que en su Ejecutoria CAS No. 2833-2003 HUANCVELICA, materia de comentario, ha indicado que *"Cuando el Artículo 21 del Código Civil señala que al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido se entiende, y así debe interpretarse, que el hijo debe llevar los apellidos de quien lo haya engendrado, de quien lo haya procreado, no así de quien no lo haya engendrado, no obstante que al inscribirse la partida, como es el caso de autos, se haya hecho figura a alguien que no lo haya procreado (...)* Es más, aún cuando en el caso de autos, al sentarse la partida, el citado menor ha sido reconocido expresamente como hijo del referido demandante, tal reconocimiento se ha producido por quien no es el verdadero progenitor, por lo que no es de observancia en el presente caso la previsión contenida en el Artículo 395 del Código Civil que señala que el reconocimiento es irrevocable, si a ello se

agrega que la aparente legalidad del reconocimiento no puede tener carácter inmutable ante la existencia de la anotada evidencia de carácter científico, que indudablemente conduce a determinar que quien practicó el reconocimiento del citado menor no es el progenitor”.

Aunque el pronunciamiento no cite lo previsto en el artículo 388 ni tampoco declare expresamente la nulidad del reconocimiento, en aplicación del inciso 8 del artículo 219 del Código Civil, de su decisión de “inobservar” la previsión contenida en el artículo 395 (sobre la irrevocabilidad del reconocimiento), así como de objetar la legalidad del citado acto jurídico frente a la evidencia en contrario proporcionada por la prueba del ADN, trasunta que en realidad está considerando que se trata de un acto ineficaz por inválido, como consecuencia de haber sido practicado por quien no era el progenitor del reconocido.

Esta decisión marca una interesante posición que modifica anteriores pronunciamientos que, precisamente en aplicación del artículo 395, negaban toda posibilidad de impugnar la paternidad cuando mediaba reconocimiento previo. En efecto, una Sentencia dictada el 11 de octubre de 1999 por la Sala de Familia en el Expediente No. 1267-98, indicaba que “Si el artículo 395 del Código Civil prevé que el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable y si se constata del acta de nacimiento de fojas cuatro que el reconocimiento del referido menor lo ha practicado el propio demandante, como lo expone en su escrito de fojas ocho, la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad y de ineficacia de partida es improcedente, no obstante las conclusiones de la prueba del ADN a que se refieren los documentos de fojas cinco y setenta que concluyen que el actor no es padre del menor”.

En todo caso, quedando señalado que hoy la Corte Suprema, en consonancia con la doctrina, admite que, sin perjuicio de la irrevocabilidad del reconocimiento, es factible que quien habiendo practicado el reconocimiento de un presunto hijo extramatrimonial, solicite la declaración de nulidad de dicho acto de verificarse, con la respectiva prueba del ADN, que él no es su progenitor. Cabe mencionar que dicha declaración no importará la exclusión del apellido que ya había sido atribuido al reconocido en virtud del reconocimiento, pues, como se señala en la Ejecutoria antes citada “(...) la exclusión del nombre de una persona que figura como padre en la partida de nacimiento no importa privación alguna del apellido con el que se le conoce a su titular, del menor, en el presente caso, pues, además de que el nombre de una persona es un atributo de su personalidad, conforme al Artículo 19 del Código Civil toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, por lo que el menor citado seguirá ostentando como apellido paterno el de Tavor (apellido del reconociente)” (lo que se señala entre paréntesis es nuestro).

Lo que parece desprenderse del fallo antes mencionado, es que si bien la Corte Suprema ha considerado que no es jurídicamente viable la subsistencia de un vínculo paterno filial que se ha probado no corresponde a la realidad de los hechos, ello no supone que se tenga que retirar el apellido del reconociente del nombre del reconocido, entendemos en protección de los derechos fundamentales de este último.

Sin embargo, ¿es esto efectivamente así?

IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Para poder contestar la pregunta antes indicada, debemos analizar, previamente, si puede considerarse que por el solo hecho de mantener el apellido del reconociente, a pesar de la exclusión de su nombre en la partida de nacimiento del reconocido, se está garantizando la defensa de los derechos fundamentales de este último, como parecería ser la creencia de la Corte Suprema en la ejecutoria bajo comentario.

Para dicho efecto, cabe también dejar en claro que el siguiente desarrollo está limitado al reconocimiento de un niño o adolescente, pues es solo en este escenario en donde dicho acto

adquiere real trascendencia, por los importantes derechos y deberes que se generan y que resultan gravitantes en el desarrollo de la personalidad de estos menores. Es claro que el reconocimiento de los mayores de edad tiene otras características que lo distinguen del supuesto tratado, más allá de la potestad del reconocido de impugnar directamente dicho acto.

Pues bien, como punto de partida a nuestra respuesta, resulta imprescindible recordar que, como se señala en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes – Ley 27337, “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Por otro lado, y ya haciendo referencia concreta a la materia en discusión, el mencionado Código, desarrollando el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política, declara en su artículo 6 que “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación legal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos idóneos”.

El reconocimiento del derecho de los niños y adolescentes a la identidad, como puede verse, no acaba en el mero nombre que posean, sino que se extiende también a su nacionalidad y, principalmente, a su vínculo paterno filial, el que incluso termina influenciando decisivamente el primero.

Esta conclusión guarda perfecta concordancia con lo sancionado en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, suscrita por nuestro país el 26 de enero de 1990 y aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa No. 25278, norma según la cual “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas” (el resaltado es nuestro).

De lo señalado, debe entenderse que si bien el nombre de una persona constituye un derecho fundamental que, además, cumple un rol vital en la organización de la sociedad al permitir la individualización de los sujetos, igual interés y prioridad debe darse al reconocimiento y preservación del vínculo paterno filial de las personas, pues este representa la sustancia de aquella identidad que termina siendo exteriorizada con el nombre.

En efecto, el saberse hijo de personas determinadas proporciona al individuo un anclaje hereditario que, más allá de la efectiva relación que pueda antablar con sus progenitores, lo dota de arraigo y una tradición específica, que le van a servir como punto de partida en el desenvolvimiento de su personalidad.

En ese sentido, consideramos que el preservar el apellido de un menor, aun cuando se autorice a quien se lo dio a excluir su nombre de la partida de nacimiento a pesar de haberlo reconocido anteriormente, como concluye la ejecutoria bajo comentario, no se condice con la protección y el deber que el Estado, se ha visto, debe brindar a los menores en defensa de su identidad.

Lo antes señalado se sustenta en que autorizada la supresión del vínculo paterno filial, el nombre queda como un rezago, ora vacío, ora doloroso, de un hecho que ha sido revelado como falso, pudiendo pasar entonces a quedar perennizado como un lastre en la personalidad del individuo, recordándole a diario del rechazo del que ha sido objeto.

Ahora bien, con lo antes señalado no pretendemos estigmatizar al reconociente. Nos queda claro que en el escenario que venimos describiendo, existe un conflicto que afecta a dos personas, el menor cuya identidad es afectada por el descubrimiento aportado por el ADN, pero también aquella persona que, creyendo ser padre del reconocido, lo reconoció como su hijo para luego, ante la indicada evidencia, presender retractarse.

Sin embargo, ante estas dos posiciones, nuestro ordenamiento jurídico, recogiendo el Principio del Interés Superior del Niño contemplado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, debería privilegiar y considerar prioritaria la defensa del menor.

Esto en atención a que, como se ha visto, todos los órganos jurisdiccionales están en la obligación de resolver los conflictos y controversias que llegan a su conocimiento en base a lo que sea mejor para el menor y, por esta razón es que discrepamos con lo resuelto por la Corte Suprema, toda vez que existiendo un reconocimiento libremente declarado por el supuesto padre y habiéndose entablado como consecuencia de la misma una vinculación paterno filial respecto del menor, consideramos que no es lo mejor para este que, unos años después y esgrimiendo como fundamento la prevalencia de la verdad material que proporciona el ADN, se afecte la identidad del menor autorizando, en la práctica, la extinción del referido vínculo, máxime si no se conoce de otra persona que hubiera pretendido impugnarlo para sustituirse en el mismo.

V. NUESTRA POSICIÓN

Conforme a lo desarrollado, podemos señalar, a manera de conclusión, que nuestro ordenamiento no se encontraba preparado para la irrupción de una prueba tan conduyente como la del ADN, que trayendo la verdad irrefutable bajo su brazo, resuelve incertidumbres antes condenadas al eterno misterio, situación que, paradójicamente, puede a veces promover el surgimiento de conflictos ahí donde antes no existían.

Y es que, en realidad, la prueba del ADN resuelve lo que hasta hace poco era aún materia de debate jurídico: si la paternidad, aun en el caso de los hijos extramatrimoniales, únicamente podía ser asignada a quien aportó el material genético, es decir, viene constituida no por acto jurídico alguno sino por el hecho de la concepción.

Una respuesta afirmativa a la señalada premisa, corroboraría que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial no puede ser más que un acto declarativo y, por ende, la fórmula prevista por el artículo 388 del Código Civil, que únicamente faculta a los progenitores a realizar el reconocimiento, resultaría una regla acertada.

No obstante ello, consideramos que dicha posición no guarda coherencia con las demás reglas relativas a la paternidad, pues al regularse la filiación matrimonial, el artículo 361 del Código Civil consagra la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*, según la cual el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido. A ello añade el artículo 362 que "El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera". Esta presunción solo cabe ser enervada por el marido, de donde si un tercero, premunido de la prueba del ADN, pretende cuestionarla para ser considerado él como padre, dicha pretensión será declarada improcedente.

Lo mismo sucede, también, respecto de la filiación matrimonial cuando se reúnan a favor de la misma la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, circunstancia en la que, señala el artículo 376 del Código Civil, no se permite su impugnación ni siquiera por parte del propio hijo.

En los supuestos antes citados, vemos cómo el legislador, teniendo en consideración no tanto el principio del Interés superior del Niño sino más bien la protección de la familia por su calidad de "sociedad natural e institución fundamental de la Nación" (artículo 5 de la Constitución Política de 1979, vigente al momento de promulgarse el Código Civil), buscaba preservar su integridad y cohesión a partir de reglas en las que se pone, por encima de la verdad material, la seguridad jurídica y el bienestar que supone el mantener unida a una familia.

Creemos entonces, como una conclusión del presente trabajo, que si va a predominar la línea de pensamiento que se desprende de la ejecutoria bajo comentario, se deberían también, en aras de la coherencia, eliminar las presunciones antes referidas, permitiéndose que "ante la anotada evidencia de carácter científico" que constituye el ADN, quien prueba ser padre pueda romper la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant...* o una filiación matrimonial sustentada en las circunstancias previstas en el artículo 376.

Evidentemente, y con esto concluimos, no estamos con la posición a la que nos termina llevando la prevalencia del criterio señalado por la Corte Suprema en su Ejecutoria CAS No. 2833-2003 HUANCVELICA. Consideramos que si bien la trascendencia e importancia de la prueba del ADN resulta fundamental para probar vínculos paterno filiales que pretenden ser negados o para que el marido conteste la paternidad imputada a partir del principio *pater is est quem nuptiae demonstrant*, y en ese sentido hemos saludado las modificaciones introducidas por la Ley 27048, estamos convencidos de que dicha prueba no puede superponerse a consideraciones de índole axiológicas que resultan fundamentales no solo para la sociedad sino también garantía de los derechos fundamentales de los individuos, especialmente, de los niños y adolescentes, respecto de los cuales la Constitución consagra, en su artículo 4, el compromiso del Estado a brindarles, conjuntamente a las madres y los ancianos en situación de abandono, una protección especial.

En efecto, si la justificación legal que trasunta las presunciones de filiación matrimonial antes descritas pasa por la protección de la familia, con mucho mayor razón se justificarán también presunciones o medidas similares que tengan como destino garantizar el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, máxime cuando, como se ha dicho, el Estado ha asumido un compromiso internacional de velar, siempre, en toda medida, por el interés superior de estos.

Es por ello que, como hemos adelantado, discrepamos de lo resuelto por la Corte Suprema. El reconocimiento del vínculo paterno filial es un acto voluntario, pero que una vez efectuado, entabla, con prescindencia o no de que el declarante sea progenitor del reconocido, una relación que provee no solo de un nombre, sino también, lo que es más importante, de una cabal identidad al menor.

Actualmente, quien practica un reconocimiento sin premunirse previamente de los resultados de la prueba del ADN, está asumiendo voluntariamente el riesgo de no ser el padre biológico del reconocido, pudiendo inferirse de esa conducta que, aún sin dicha prueba, estamos frente a un individuo que considera, se siente o pretende constituirse en el padre del menor. Es dentro de este contenido y contexto que consideramos que la aludida declaración de voluntad resulta irrevocable, calidad que impedirá al declarante no solo retractarse, sino también pretender su ineficacia por cualquier tipo de circunstancias que dependan de él o que hubiera estado en capacidad de prever al

momento de emitir dicha declaración (y, con la prueba del ADN a su alcance, la condición real de padre biológico es una de estas).

En ese sentido, nos permitimos sugerir la modificación de lo previsto en los artículos 21 y 388 del Código Civil, de manera tal que no pueda efectuarse la construcción jurídica referida en el literal h) del acápite III precedente, es decir, pretender la nulidad del reconocimiento practicado por persona distinta al progenitor por contravenir dicho acto lo previsto en los artículos antes referidos.

Para ello, proponemos que el artículo 21 quede redactado conforme al siguiente texto: *"Al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos de quien lo haya reconocido. Si el reconocimiento es tanto paterno como materno, llevará el primer apellido de cada uno de los reconocientes. Rige la misma regla para el caso de filiación por declaración judicial"*. Se elimina así la posibilidad de que pueda considerarse que únicamente los progenitores biológicos pueden efectuar el reconocimiento.

En relación al artículo 388, sugerimos que dicha norma quede redactada conforme al siguiente texto: *"El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por quienes afirmen ser su padre y madre, conjuntamente o por uno solo de ellos"*. De esta manera, quien practicó el reconocimiento no podrá posteriormente solicitar que se invalide el mismo aduciendo no ser "padre" o "madre" del reconocido.

Finalmente y solo para fines aclaratorios, podría mejorarse la redacción del artículo 395 del Código Civil, añadiéndose como segundo párrafo el siguiente: *"El reconociente no podrá tampoco impugnar la validez del reconocimiento invocando como sustento hechos que hubiera conocido o pudiera haber conocido al momento de practicarlo"*. Con la adición de este párrafo y la posibilidad de acceso que hoy se tiene a la prueba del ADN, se entenderá que quien practica un reconocimiento y no desea corroborar su convicción con los resultados de la misma, no podrá posteriormente invocar estos para pretender invalidar su declaración.

Es claro que la propuesta antes referida, que refuerza la irrevocabilidad del reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, en nada enerva la posibilidad del reconociente de invocar la nulidad o anulación de dicho acto por alguna de las otras causales aplicables, que no le son imputables, ni la posibilidad de terceros de impugnarlo, conforme lo franquea el artículo 399 del Código Civil.