

LA VERDAD BIOLÓGICA Y LA LEY

Por. Dra. Carmen MEZA INGAR (*) (1)

SUMARIO. INTRODUCCIÓN. I.- LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE FILIACIÓN EXTRA MATRIMONIAL. II.- ALCANCES DEL ART.: 400 DEL CODIGO CIVIL PERUANO. III.- CASUÍSTICA. IV.- REFORMAS NECESARIAS. PROPUESTAS. COCLUSIONES. NOTAS. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION.-

Cuando se estudia los temas de la desigualdad o de la "discriminación" de la mujer, aparecen varios problemas de la sociedad o de la vida cotidiana, que no han tenido la debida atención legal por el parlamento o por la legislación peruana, en general. Entre esas situaciones de postergación se encuentran miles de casos de indocumentación de niños, a veces por negligencia de padres campesinos o no muy instruídos en la validez de los documentos.

En otras naciones se habla de diferentes dimensiones del tráfico de niños, como en Argentina, que en las décadas de los 70 no solo persiguieron a la población de ciertas ideologías, sino que les quitaron a sus hijos recién nacidos, en los hospitales y cárceles, desapareciendo muchas veces a los progenitores y dando origen a reclamaciones de las abuelas de los infantes referidos. Después de varias décadas, existen en la fecha

diversas organizaciones, como la denominada "¿Quiénes somos?" que agrupa, según su presidenta, Sra. Palma (2) a tres millones de adultos que están investigando su identidad.

El Perú también tiene niños que han sido víctimas de tráfico, pero en diferente escala. De ahí la importancia del ejercicio cabal del derecho a la identidad.

Sensiblemente, en este estudio se debe considerar diversas formas de violación de derechos, algunos de orden delictivo y otros ilícitos civiles. Como quiera que hoy los "derechos privados" tienen cierto acercamiento con los denominados "derechos públicos", hay -también- abandono paterno de niños, hijos de mujeres seducidas o violadas, algunas de ellas adolescentes o niñas. Allí surge la interrogante ¿cuál es la verdad biológica? Porque en los últimos supuestos la realidad nos dice que los niños son inscritos por la

(*) Directora de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política UNMSM.



madre, o por los padres de la madre niña, y figura con apellidos de hermano y no de hijo. Es cierto que la dificultad legal que imponían los arts 21 y concordantes del Código Civil de 1984, en su texto primigenio, han quedado superados por la novísima Ley de 25 de abril de 2006, N° 28720, que autoriza la inscripción en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC, de los hijos extra matrimoniales, aún cuando no asista uno de los progenitores, sin originar vínculo o entroncamiento familiar del niño o niña inscrito con el apellido del progenitor ausente.

De todos modos hay numerosos problemas que se presentan en los tribunales, y lo más grave es que cuando un niño o niña no está debidamente inscrito como recién nacido, es posible víctima de tráfico de personas, de secuestros, de diferentes delitos que se perpetran tanto en el área nacional como en el ámbito internacional.

De ahí que nos ha interesado en su auténtica dimensión una sentencia que ilustra sobre el valor de la "verdad biológica" para la vida de cada ser humano, especialmente de los niños y niñas del Perú.

Nótese que en el sistema jurídico peruano, de fuentes romanas y latinas, formales, la ley es la principal fuente del derecho y los jueces son los agentes instrumentales, cuya función consiste en aplicar la ley de manera objetiva, imparcial, diríamos neutral a cada caso concreto.

I.-LEGISLACION PERUANA SOBRE LA FILIACIÓN EXTRA MATRIMONIAL.-

La Constitución Peruana de 1993 en su art. 2 inc. 1 proclama que "toda persona tiene derecho a la vida, a la identidad....."; y, en el art. 6, tercer párrafo, in fine, dice que: "Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza

de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad".

No obstante la validez de dichos preceptos constitucionales, el Código Civil legisla con diferente criterio.

De ahí las diferentes reformas al articulado primigenio el Código Civil, que siguiendo el criterio de números clausus y no apertus, limita las formas de acceder al ejercicio del derecho a la identidad.

El art. 386 dice textualmente: "Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio". No obstante, este Título II de la Sección Tercera, Sociedad Paterno Filial, sobre Filiación Extramatrimonial, contiene variedad de preceptos, algunos modificados.

Veamos algunas recientes reformas al código sustantivo:

La Ley 27048 de 6 de enero de 1999, en su art.2 faculta al juez a desestimar las presunciones de negación de paternidad que contiene el art. 363 cuando se hubiere realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza, que demuestre el vínculo.

La Primera Disposición Complementaria de la Ley 28457, de 8 de enero de 2005, en su inciso 6 párrafo segundo reitera el contenido del art. 396. Sin embargo, sin mencionar dicho numeral en su siguiente párrafo, adiciona: "El juez desestimarás 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".

Nótese que el art. 396 –correspondiente al título sobre filiación extramatrimonial- contiene distinta posibilidad de maternidad. Se refiere a que "el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. Quiere decir que la primera opción del nacimiento es la de carácter matrimonial, aunque otra fuera la realidad.



Carmen Meza Ingar

Analizando dicho numeral se presume el niño nacido de matrimonio, pero en la fecha –por distintas razones- hay matrimonios no unidos, muchas veces por abandono del marido. En esos casos, si la mujer casada tiene un hijo ¿tendrá que esperar la negación referida? ¿no es un imposible jurídico?

¿No se piensa en el derecho a la identidad del recién nacido? ¿o también en el derecho del padre biológico?

Podría darse el caso, que al amparo de la filiación matrimonial, el niño fuera inscrito como dice la ley, hijo matrimonial, sin ser tal, de acuerdo a la verdad biológica.

También es posible que un marido, no quiera asumir la paternidad del niño –cuyo origen es matrimonial. Pero la redacción se encuentra inconclusa, el art. 396 debe estar redactado según los casos que se presentan en la vida social.

Las presunciones que contiene el art. 402 del Código Civil sobre declaración de paternidad extramatrimonial serán desestimadas por el juez cuando se sometan a la prueba genética u otra de validez científica según la Primera Disposición Complementaria de la Ley 28457, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad, cuando hubiere dado resultado negativo.

Pero la modificación más importante de la Ley N° 28457 es la contenida en el art. 2° referido a la oposición en el proceso de filiación. El tercer párrafo del art. 2° dice literalmente: “Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”.

Como vemos, la reforma que esperaba la comunidad jurídica es un logro a favor de derechos del niño. Sin embargo, se trata de una enmienda conflictiva, en la que se debe estudiar los intereses de todas las partes que

se encuentran involucradas en cada caso.

La Ley 27048, pre citada, adiciona un párrafo al conocido art. 415 sobre hijos alimentistas. Generalmente, la falta de defensa o el caso de las defensas débiles de los niños o sus representantes legales da como resultado el “hijo probable”, el que es declarado alimentista hasta los 18 años, pese a no haber logrado la filiación. En estos casos, se admite por Ley 27048 la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, el supuesto hijo, quedará exento al derecho de ser alimentista.

En mérito de la misma Ley N° 27048, se derogan los arts. 403 y 416, del Código Civil, referidos a la conducta deshonrosa de la madre, pues las pruebas genéticas acreditarán el derecho a filiación, independientemente de tal situación. Y, en cuanto a la posibilidad de someter a la prueba de grupos sanguíneos la paternidad o maternidad

Extramatrimonial, se puntualiza que, “la obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas”, (art. 2 Ley 27048).

Podríamos decir que existe discriminación contra la mujer, contra la madre, que no tiene facultad, para declarar el origen de su hijo, como consta al estudiar algunos numerales, particularmente, el art. 396 del C. C. referido.

A propósito de “discriminación”, conviene tener presente que dicho concepto tiene varias dimensiones, siendo las principales, las siguientes:

-Es considerada una distinción, lo que equivale a decir, un tratamiento distinto.

Es considerada una exclusión, en el sentido en que no se autorice o se permita, en el caso de las mujeres, lo que sí se permite en el varón.



-Es considerada una restricción, lo que equivale a decir que la mujer puede compartir con el varón, ciertas condiciones, situaciones atribuciones o derechos, pero de manera menos plena.

Estas dimensiones en hombre - mujer son contrarias a la igualdad, a la Constitución Política Peruana y a los Tratados Internacionales. Entre éstos, cobra especial importancia la Convención para eliminar todas las formas de discriminación de la Mujer, adoptada por la ONU, en 1979.

II.- ALCANCES DEL ARTICULO 400 DEL CODIGO CIVIL PERUANO.-

Dicho precepto señala el plazo para la impugnación de la paternidad. A la letra dice:

“Art. 400.-El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquél en se tuvo conocimiento del acto”.

Este plazo limitativo, contraviene a lo dispuesto en la Convención sobre los derechos del Niño, que en su art. 7 dispone que el niño tiene derecho de conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En nuestro país, con tantas diferencias geográficas, es difícil cumplir un plazo riguroso, por falta de comunicación. Nótese que se trata de la protección de derechos personales, en este caso, del hijo o hija y de sus progenitores. Se trata de un derecho fundamental de la persona humana. Máxime si la Convención de los Derechos del Niño es ley de la República Peruana, por cuanto ha sido ratificada mediante Resolución Legislativa 25278.

III.-CASUISTICA.-

Ha surgido un nuevo concepto en la tendencia jurisprudencial, con la sentencia de fecha 6 de agosto de 2002, en la Sala Especializada de Familia de Lima, en el exp. N° 860-2002, referida a los alcances jurídicos del artículo 400 del Código Civil Peruano de 1984.

Se trata de un caso de impugnación de reconocimiento, regulados por los arts. 399 y 400 del Código Civil Peruano.

Art. 399.-“El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes, si hubiere muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 395”.

Art. 400.-“El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquél en que se tuvo conocimiento del acto”.

La Sala especializada de Familia de Lima el 6 de agosto de 2002 declaró nulo el auto de fojas trece, se fecha veintiuno de enero del año dos mil, que declara improcedente la demanda interpuesta por O E C S y renovando el acto procesal al estado que le corresponde, ORDENARON que la aquo proceda a calificar nuevamente la demanda teniendo en cuenta las precedentes consideraciones y habiéndose dejado de aplicar el art. 400 del Código Civil por los argumentos precedentes y de conformidad a lo dispuesto por los arts. 408 inciso 3 del Código Procesal Civil, concordante con el art. 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, DISPUSIERON, se eleve los autos en consulta a la Sala Social y Constitucional de la Corte Suprema.

El demandante había recurrido al órgano jurisdiccional para impugnar el reconocimiento de paternidad al menor G J L P, con partida de nacimiento inscrita en el Concejo Provincial de Lima Metropolitana en el libro 179 folios sesentidós del año 2001.

Que el plazo de 90 días se había contado desde la fecha del nacimiento del niño, lo que no es posible admitir a trámite.

Que entre los considerando debe tenerse presente que en la filiación son afectados derechos fundamentales.

Que los numerales 399 y 400 del Código Civil se enmarcan en el sistema cerrado de filiación.



Que establecida la trascendencia de la litis el juez tiene el deber de resolver el conflicto de intereses o eliminar su incertidumbre, haciendo efectivos derechos sustanciales para lograr la paz social conforme lo dispone el art. III del Título Preliminar del Código Procesal Civil

Que el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que 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. Asimismo, conceptúa que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a establecer rápidamente su identidad.

Que la identidad de un niño no es solo cuestión de filiación y de origen cultural. El niño al crecer va asimilando la identidad de la familia y cultura en que vive por lo que la decisión en torno a la definición de su paternidad por su propio interés deben ser tomadas lo más pronto posible en su etapa de desarrollo vital, a efectos de no provocar una afectación mayor con una segunda privación de identidad, lesionando su propia biografía y singularidad.

Que las normas legales reguladoras del derecho de familia, deben interpretarse y aplicarse a la luz de una perspectiva constitucional y de derechos humanos que desde esta no es comprensible dar fuerza legal a una situación controvertida que afecta los derechos del niño.

El estudio y análisis de la sentencia referida, obliga al estudio de la resolución que aprueba la anterior, por la Sala de Derecho Constitucional y Social, Consulta 2858-2002, fechada en Lima el 23 de octubre de 2002.

En efecto, dichas resoluciones declaran inaplicable al caso de autos el art. 400 del Código Civil, sin afectar su vigencia para salvaguardar los derechos elementales de un

niño, en armonía con "el interés superior del niño", recogido por el artículo noveno del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes.

La sentencia se basa en el art. 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, referente a la supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución, que indica que cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa de acuerdo con la primera, debiendo además, elevarlas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, sino fueran impugnadas, en todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Es de interés destacar que el referido control difuso siempre recae en casos concretos, presentados por los litigantes y ante la situación de hechos controvertibles.

El control difuso es un poder y además un deber consubstancial a la función jurisdiccional. En este caso se atiende, incluso a las pruebas de oficio.

En efecto, el mandato de la Sala al juez de la causa, para que, en aplicación del artículo 194 del Código Procesal Civil proceda a actuar uno de los medios probatorios, de oficio, es decir, que se practique la prueba del denominado ADN a las partes de la litis y al menor, cuya paternidad se discute.

Sobre este tema, el de las pruebas de oficio, es necesario recordar que se trata de una facultad del juez y no de una obligación o deber profesional. Esta facultad la ejercen los magistrados cuando consideran necesario, según lo actuado, clarificar la controversia, objeto de la litis.



Sobre el particular no está demás argüir que los magistrados y jueces peruanos son independientes en el ejercicio de sus funciones, si leemos el art. 138 de la Constitución y en concordancia el art. 16 del Texto Unico Ordenado o TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ningún funcionario, ni ningún superior jerárquico puede interferir en su actuación jurisprudencial, dentro de su competencia.

IV.-REFORMAS NECESARIAS

1.- Urge para garantizar el derecho de los infantes en el Perú, propiciar la elaboración de un Código de Familia que contenga preceptos claros y definidos sobre el derecho fundamental de la identidad de todos los peruanos.

2.-La Corte Suprema podría dar directivas a los juzgados de todo el territorio de la República, para que esta sentencia y similares, que protegen –efectivamente- los derechos elementales de la identidad, sean divulgados y estudiados con fines pedagógicos.

PROPUESTAS

1.-Reconocer la validez de los Códigos de Familia en distintos sistemas jurídicos, especialmente en Francia, donde el Código –separado del texto del corpus iuris civilis,– contiene reglamentos detallados sobre “tutela” y “curatela” con el fin de proteger a los miembros débiles de la familia.

2.-Estudiar y prevenir casos que afecten al derecho a la identidad y a la verdad biológica de los ciudadanos y connacionales, especialmente en localidades rurales del interior del país.

CONCLUSIONES

1.-Conocer y difundir situaciones de postergación que viven los peruanos cuya identidad verdadera no se respeta.

2.- Estudiar las formas de solucionar conflictos familiares, problemas surgidos en el ejercicio de derechos fundamentales.

3.-Continuar la campaña de prevención contra toda forma de violencia, no solo física, sino institucional, como el caso de los que carecen de documento de identidad

4.-Elaborar cartillas de orientación para que todos los peruanos puedan ostentar su documento de identidad, oportunamente

NOTAS.

1.- La Dra. Carmen Meza Ingar, Profesora Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, fue nombrada por la Asamblea Nacional de Rectores Representante Titular de la Universidad Peruana ante la Comisión Especial Revisora del Código de los Niños y Adolescentes, instalada en el Congreso de la República el 3 de mayo de 2007

2.-En audición de Radio Santa Rosa, su fecha 10 de julio de 2007 se presenta la Sra. Rosa Palma, argentina, Presidenta de la Asociación: “¿Quiénes Somos?”

BIBLIOGRAFÍA:

Asociación de Mujeres Juristas THEMIS : “ La Violencia Familiar en el ámbito Judicial”, Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, Madrid, 2003

Centro Legal para Derechos y Políticas Públicas: “Cuerpo y Derecho”, Editorial Temis S. A., Bogotá, 2001

Código Civil Peruano de 1984, Edición Oficial, Lima, 2007

Código de los Niños y Adolescentes Peruano, texto Oficial, Lima, 2000

Comisión de la Mujer del Congreso de la República: “La Mujer Peruana en la Legislación del Siglo XX”, Edición del



Carmen Meza Ingar

- Congreso, Lima, 1997
- Constitución Política del Perú. Edición Oficial, Lima, 2001
- Convención sobre los Derechos del Niño, ONU, 1989
- Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ONU, 1979
- DEMUS: "Los Derechos de la Mujer" Tomo I Compilación Normativa, Editora: María Isabel Rosas Ballinas, Lima, 1997
- Garrido Melero, Martín: "Derecho de Familia", Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992
- Imbiriba Hesketh, María Avelina y otras:
- Koffi Anam, Secretario General de la ONU: "Estudio Mundial sobre el Papel de la Mujer en el Desarrollo", Informe del Secretario General al Quincuagésimo noveno período de sesiones, Tema 89 b) del Programa Erradicación de la pobreza y otras cuestiones de desarrollo: la mujer en el desarrollo, 30 de setiembre de 2004
- Maritain, Jacques: "El Humanismo", Editorial Herder, 1969
- Meza Ingar, Carmen, Hampe Martínez, Teodoro, Compiladores: "La Mujer en la Historia del Perú", Siglos XIV al XX, Editor Congreso de la República, Lima, 2007
- Meza Ingar, Carmen: "El derecho a la Información", Lima, 2001
- Meza Ingar, Carmen: "Ideas para un Código de Familia", CONCYTEC, Lima, 1990
- Meza Ingar, Carmen: "Más allá de la Igualdad. Los Derechos de la Mujer al Año 2000", Amaru Editores, Lima, 1986
- Meza Ingar, Carmen: "Reflexiones de Fin de Siglo", Lima, 1999
- Mizrahi, Mauricio Luis: "Familia, Matrimonio y Divorcio", Buenos Aires, 1998
- Mosquera Vásquez, Clara Celinda: "La Verdad Biológica en los Tribunales", en Gaceta Jurídica, Diálogo con la Jurisprudencia N° 89, Febrero 2006, Año 11, Editorial El Buho, Lima, 2006
- Padilla, Miguel M.: "La Constitución de la ciudad de Buenos Aires" en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, XII, 1996, Tomo 56
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer, ONU, 1999
- Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social, Consulta 2858 - 2002 de 23 de octubre de 2002