



SENTENCIA

**CAS. 4585-2007.
ICA**

Lima, dieciséis de julio del dos mil ocho.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA; vista la causa número cuatro mil quinientos ochenta y cinco – dos mil siete; en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente conforme a ley, **en discordia;** con el voto del Vocal dirimente señor Vocal Supremo Pajares Paredes, emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y uno, su fecha diecisiete de julio del dos mil siete, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas trescientos cincuenta y cuatro, su fecha catorce de noviembre del dos mil seis, declara fundada la demanda interpuesta por doña [REDACTED]

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACION:

Mediante resolución de fecha diecinueve de octubre del dos mil siete, corriente a fojas treinta y cuatro del cuaderno de casación, se ha declarado procedente el recurso de casación propuesto por la codemandada doña [REDACTED] por las causales relativas a la interpretación errónea y contravención a las normas que garantizan el derecho al debido proceso.

3. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, debe analizarse en primer lugar la causal adjetiva, pues debido a su naturaleza y a los efectos que produce, si mereciera amparo carecía de objeto pronunciarse respecto a la causal sustantiva.

SENTENCIA

CAS. 4585-2007.

ICA

SEGUNDO.- Que, examinado el error in procedendo denunciado, es del caso señalar que en materia casatoria si es factible ejercer el control casatorio de las decisiones jurisdiccionales para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso; teniéndose en cuenta que éste supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio.

TERCERO.- Que, la impugnante en su escrito de casación denuncia la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, manifestando que la prueba del ADN no está prevista ni autorizada por el artículo 402 del Código Civil, denunciando también que dicha prueba no fue ofrecida por la demandante con respecto a doña [REDACTED] a quien oficiosamente se comprendió en el apercibimiento.

CUARTO.- Que, al respecto, cabe señalar que el artículo 402, inciso 6° del Código Civil determina que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada, cuando se acredita 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.

QUINTO.- Que, de otro lado, aparece de la audiencia de saneamiento y conciliación de fojas ciento sesenta y siete a ciento setenta que la prueba de ADN ofrecida por la demandante fue admitida por el A-quo disponiéndose su actuación; apareciendo también de la propia audiencia que se declaró infundada la oposición formulada por las demandadas respecto del citado medio de prueba, habiéndose asimismo declarado improcedente la apelación interpuesta por los fundamentos que aparecen del acta en cuestión.

SEXTO.- Que, en lo que se refiere a lo dispuesto por el juzgador de primera instancia para que la prueba del ADN comprenda a [REDACTED]



SENTENCIA

CAS. 4585-2007.

ICA

prueba del ADN esté referida específicamente a las huellas genéticas del presunto padre para compararlas con las huellas de quien reclama la paternidad; no existiendo dispositivo legal alguno que prohíba la comparación de las huellas genéticas de la actora con las demandadas, teniendo en cuenta que los restos mortales del presunto padre han sido cremados como es de verse del acta de fojas noventa y seis.

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, igualmente el artículo 406 del Código Civil, también denunciado por las demandadas, dispone con claridad que la acción de declaración de paternidad se interpone contra el padre o contra sus herederos si éste hubiera muerto, por lo que la causal denunciada resulta inamparable.

DÉCIMO TERCERO.- Que, este dispositivo señala que en caso de fallecimiento del padre se emplazará a los herederos, ya que la pretensión no se extingue con el fallecimiento del presunto padre.

DÉCIMO CUARTO.- Que, cabe mencionar también que existe reiterada y uniforme jurisprudencia que determina que si el presunto padre ha fallecido, se puede ordenar la exhumación del cadáver para realizar la prueba del ADN, diligencia que de ser imposible actuar por haber sido cremados los restos del padre presunto, podrá llevarse a cabo con sus herederos, tomándose en consideración que el ADN es transmitido de padres a hijos en los cromosomas del óvulo y del espermatozoide; todo el ADN que tiene una persona proviene de sus padres, la mitad del padre y la otra mitad de la madre.

DÉCIMO QUINTO.- Que, no habiendo prosperado ninguna de las causales esgrimidas por las emplazadas, el presente recurso deviene en infundado y estando a las conclusiones que preceden de conformidad con lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil,

4. DECISION:

Con lo expuesto en su dictamen por la señora Fiscal Supremo en lo Civil:



SENTENCIA

CAS. 4585-2007.

ICA

- a) Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas a cuatrocientos sesenta y seis por doña [REDACTED]
- b) En consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y uno a cuatrocientos sesenta y cuatro, de fecha diecisiete de Julio del dos mil siete, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica.
- c) **CONDENARON** a la parte recurrente a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del presente recurso.
- d) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.-

SS.

PAJARES PAREDES

CAROAJULCA BUSTAMANTE

MANSILLA NOVELLA

VALERIANO BAQUEDANO

EL SECRETARIO DE LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA QUE SUSCRIBE CERTIFICA: Que los señores Vocales Supremos Carojulca Bustamante, Mansilla Novella y Valeriano Baquedano, vuelven a suscribir su voto que fuera firmado con fecha once de marzo del año en curso, el mismo que corre de fojas ochenta a ochenta y siete; de lo que doy fe. Lima, dieciséis de julio del dos mil ocho.-

EL VOTO DE LOS SEÑORES SANCHEZ- PALACIOS PAIVA Y MIRANDA CANALES, ES COMO SIGUE: Y CONSIDERANDO:



SENTENCIA

CAS. 4585-2007.

ICA

PRIMERO: Según la copia certificada de la partida de nacimiento extendida por mandato judicial en el Registro del Estado Civil de la Municipalidad de Pisco, corriente a fojas tres y repetida a fojas cuatrocientos cincuenta, la demandante nació en dicha ciudad el dieciocho de enero de mil novecientos cincuentiseis, e interpuso su demanda de declaración judicial de paternidad el veintiocho de enero del dos mil cuatro, según el sello de Mesa de Partes de fojas dieciocho, treinta años después de haber adquirido la mayoría de edad y trece años después de la muerte del presunto padre, ocurrida el tres de marzo de mil novecientos noventa y uno, según resulta de los documentos de fojas noventa y tres a noventa y seis, los que acreditan la cremación de sus restos mortales. **SEGUNDO:** La sentencia de primera instancia ha declarado fundada la demanda considerando la declaración de la propia demandante (sexto considerando) [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] y el hecho que las demandadas, esposa e hijas del imputado padre no se han sometido al examen de ADN (décimo considerando), razonando a continuación que el ADN del padre puede ser reconstruido con muestras de sus parientes cercanos. La sentencia superior se sustenta en la libre valoración de la prueba, incide en la negativa de las demandadas de someterse a la prueba de ADN y confirma la apelada. **TERCERO:** En aplicación de las legislaciones civiles de mil ochocientos cincuenta y seis y en la de mil novecientos treinta y seis, los Tribunales, uniformemente, para declarar la paternidad extramatrimonial, exigían la presentación de prueba escrita indubitable emanada del presunto padre, siendo insuficientes las testimoniales. Ninguna otra prueba hacia mérito suficiente. **CUARTO:** Con la legislación civil actual y el reconocimiento de los avances científicos en materia de genética, se ha incorporado la prueba del ácido



SENTENCIA

CAS. 4585-2007.

ICA

desoxirribonucleico, denominada de ADN que es el elemento químico de que están compuestos los genes de la persona humana, prueba científica de valor determinante en la investigación de la paternidad, que en su aplicación ha dejado de lado el viejo aforismo romano “*pater semper incertus*”, y la negativa a su práctica por el presunto padre demandado, origina una presunción de la relación paterno filial. Esta, presunción es de aplicación cuando el emplazado es el presunto padre, y cuando quien se niega a someterse a la prueba es el presunto progenitor, pues en ese caso prima el derecho que tiene el actor a su identidad y a conocer su origen biológico. **QUINTO:** La primera cuestión bajo examen es si tal presunción también es aplicable a las hijas y a la esposa viuda del finado presunto padre, que no han concurrido a la diligencia de toma de muestras de sangre para la práctica de la prueba de ADN. Tratándose de personas distintas al presunto padre, frente al ya señalado derecho a la identidad que tiene la parte actora, surge en oposición el derecho de las demandadas a la intimidad personal y familiar y a la libertad, reconocidos en los incisos 7° y 24 a) del artículo 2 de la Carta Política, pues nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda. **SEXTO:** El inciso 6° del artículo 402 del Código Civil, agregado por la Ley 27048 publicada el seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, textualmente se refiere al presunto padre, de tal manera que por interpretación literal, es el obligado a someterse a dicha prueba en caso de ser emplazado de filiación y su reiterada negativa es evaluada por el Juez. La interpretación sistemática de dicha norma, que es la que busca el sentido que debe tener para armonizar orgánica y lógicamente con el resto del Ordenamiento Jurídico lleva a la misma conclusión, pues hoy en día, en virtud de la Ley 28457, se puede ocurrir a un Juez de Paz Letrado para que se declare la filiación en base a la prueba de ADN y la negativa del padre emplazado a someterse a dicho análisis, produce presunción *de jure* de la paternidad extramatrimonial. Esto es distinto de la acción, la que conforme al artículo

SENTENCIA

CAS. 4585-2007.

ICA

406, en caso de fallecimiento del presunto padre, se emplaza a sus herederos. **SETIMO:** Si bien [REDACTED] a fojas ciento ochenta y cuatro requirió se tome muestras a la madre de las hermanas [REDACTED], como se ha señalado, dicha petición no encuentra sustento en la ley, siendo de advertir que en dicho oficio se expresa que tal análisis “permitiría resolver dicha pregunta con mayor certeza”, lo que evidencia que no se trata de una prueba concluyente. **OCTAVO:** Con relación a la segunda causal casatoria, como ya se ha fundamentado, la prueba de ADN no corresponde con relación a la viuda del presunto padre, pues no está prevista en la ley y es un exceso ordenarla de oficio, y como se ha señalado se afecta la libertad y la intimidad de la persona emplazada. **NOVENO:** La sentencia de Primera Instancia, cuyos fundamentos recoge la de vista, establece la convivencia de la señora madre de la demandante y el presunto padre, en base a la respuesta dada por una sola testigo, (séptimo considerando), cuya edad no se consigna, con infracción del artículo 224 inciso 1° del Código Procesal Civil y quien declara sobre hechos que conoció cuando tuvo veinte años de edad, y expresa que “han convivido aunque no en la misma casa”, y si bien la apreciación probatoria es libre, esta debe efectuarse con sindéresis, respetando las reglas de la lógica y del buen pensar. Estos fundamentos han sido recogidos por la sentencia de vista la que subjetivamente, por la conducta procesal de una de las partes, ampara la pretensión. Por estos fundamentos, de conformidad en parte con el dictamen Fiscal Supremo, **NUESTRO VOTO es porque se declare FUNDADO** el recurso de casación de fojas cuatrocientos sesenta y seis, interpuesto por doña [REDACTED] [REDACTED], en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y uno a cuatrocientos sesenta y cuatro, de fecha diecisiete de julio del dos mil siete; **ORDENANDOSE** a la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, emita nuevo pronunciamiento. En los



SENTENCIA

**CAS. 4585-2007.
ICA**

seguidos por doña [REDACTED]
[REDACTED] y otros sobre filiación extramatrimonial.
Lima, once de marzo del dos mil ocho.

SS.

SANCHEZ- PALACIOS PAIVA

MIRANDA CANALES

EL SECRETARIO DE LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA QUE SUSCRIBE CERTIFICA: Que los señores Vocales Supremos Sánchez – Palacios Paiva y Miranda Canales, vuelven a suscribir su voto que fuera firmado con fecha once de marzo del año en curso, el mismo que corre de fojas sesentitres a sesenta y seis; de lo que doy fe. Lima, dieciséis de julio del dos mil ocho.-

LOS FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL VOTO DEL SEÑOR VOCAL SUPREMO MIRANDA CANALES SON LOS SIGUIENTES: Y CONSIDERANDO: PRIMERO: Concuero con el voto del señor Sánchez Palacios, pero además, agregó a dicha posición los siguientes argumentos. **SEGUNDO:** La filiación vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes y, más restringidamente, vincula a los padres con sus hijos, en ese sentido, desde el punto de vista del derecho es un vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre, y consiste en la relación de parentesco establecida por la Ley entre un ascendente y descendente de primer grado. Encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación. **TERCERO:** En la filiación se dan

SENTENCIA

CAS. 4585-2007.

ICA

tres clases de elementos, a saber: a) elemento biológico, es el presupuesto básico, significa que el hijo haya sido engendrado o concebido por quienes aparecen o figuran como sus padres; b) elemento psicológico, en la filiación matrimonial, es consecuencia de la voluntad anticipada del marido de aceptar como propios los hijos que tenga su mujer durante el matrimonio; en cambio, en la filiación extramatrimonial, la voluntad se patentiza en el momento del reconocimiento del hijo; c) elemento jurisdiccional, que se da con la intervención del funcionario público, ya sea el registrador –si el reconocimiento es voluntario- o el juez –en el emplazamiento forzado-. **CUARTO:** La filiación extramatrimonial, es el vínculo que existe entre el hijo y su madre o entre el hijo y su padre, cuando los padres no están casados ni para la época de la concepción del hijo, ni para la fecha de su nacimiento. No es un vínculo simultáneo. La prueba de la filiación se da de dos maneras: **el reconocimiento voluntario** que puede ser por inscripción en el registro de nacimiento, por escritura pública, por testamento o **por mandato judicial**, en éste caso, la investigación judicial de paternidad, se admite cuando se da algunos de los casos previstos en el artículo 402 del Código Civil, hechos que deben ser probados con pertinentes e idóneos medios probatorios, por tanto la filiación debe legalmente ser probada, jurídicamente no puede hablarse de filiación si no existe prueba de ella. **QUINTO:** En el caso que nos ocupa, se plantea la filiación extramatrimonial de una persona mayor de edad, que luego de más de cuarenta años de haber nacido reclama vínculo jurídico de paternidad de una persona fallecida, cuyos restos no existen, pretensión incoada contra la cónyuge y las hijas matrimoniales de la persona fallecida. **SEXTO:** De lo actuado en el proceso, se puede extraer tres características singulares que hacen que el presente caso sea diferente a los que generalmente se plantean sobre esta materia, a saber: a) la que reclama la paternidad es una persona mayor de edad; b) no se puede realizar la prueba del ADN sobre los restos del presunto padre,

SENTENCIA

**CAS. 4585-2007.
ICA**

pues, fueron incinerados; c) la negativa de los sucesores del presunto padre ha someterse a la prueba de ADN, amparados en su derecho a la libertad e intangibilidad de la persona. **SETIMO:** De lo expuesto, considero que no es razonable que una persona después de tanto tiempo –de adulto- pretenda atribuirse filiación con otra persona que ha fallecido, si bien, el Código Civil no ha establecido un plazo para iniciar esta acción, no debe perderse de vista el lapso de tiempo transcurrido, que cuanto más largo, la investigación de la filiación debe ser más rigurosa, debiendo recurrirse a medios de pruebas certeros e idóneos. **OCTAVO:** Que, finalmente, si bien la aplicación de pruebas biogenéticas, como el ADN, no transgreden derechos fundamentales (libertad, dignidad, intimidad, integridad, etc), por lo que nadie puede refugiarse en la Ley ni en sus derechos para negarse al sometimiento de una prueba, máxime si está de por medio un derecho superior como es el de la identidad de una persona; también debe tenerse en cuenta que la negativa a someterse a dichas pruebas solo tiene un valor indiciario que debe ser complementada con otras pruebas idóneas, certeras, concretas y directas a efectos de admitirse la filiación, en suma la negativa no es una confesión ficta. Por lo que **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación de fojas cuatrocientos sesenta y seis, interpuesto por [REDACTED]

S.

MIRANDA CANALES

EL SECRETARIO DE LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA QUE SUSCRIBE CERTIFICA: Que el señor Vocal Supremo Miranda Canales, vuelve a suscribir su voto que fuera firmado con fecha ocho



SENTENCIA

**CAS. 4585-2007.
ICA**

de abril del año en curso, el mismo que corre de fojas sesenta y siete a sesenta y nueve; de lo que doy fe. Lima, dieciséis de julio del dos mil ocho.-