

PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LA VERDAD BIOLÓGICA Y EL REGIMEN LEGAL DE FILIACIÓN.

SANTIAGO MAMERTO LLANCARI ILLANES

Abogado, Investigador, Miembro colaborador de la Unidad de
Investigación de la Facultad de Derecho de la U.N.M.S.M.

SUMARIO: I.-INTRODUCCIÓN, II.- DERECHO A LA IDENTIDAD, III.- EL PRINCIPIO DE LA VERDAD BIOLÓGICA, IV.- LA FILIACIÓN, V.- RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL, VI.- LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS DE LA FILIACIÓN, VII.-GENÉTICA, VIII LAS PRUEBAS BIOGENÉTICAS DE PATERNIDAD, IX.- EL BANCO GENÉTICO Y EL DERECHO DE IDENTIDAD, X.- SISTEMAS PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN, XI.- CONCLUSIONES, XII -BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

En los últimos años se iniciaron muchos procesos judiciales para que los padres reconozcan a sus hijos.

Aunque los procesos inicialmente fueron largos tramitados en vía de conocimiento hoy en día es vía sumarísima, cada vez más mujeres acuden a la Justicia estatal para lograr que sus hijos sean reconocidos por sus papás.

Muchas mujeres llegan al órgano jurisdiccional estatal en busca de conseguir una tutela jurisdiccional efectiva, generalmente derivada en un proceso de alimentos, pero no es el único motivo. También están las que persiguen un "reconocimiento" efectivo para sus hijos. Es decir la acción judicial de filiación extramatrimonial.

PALABRAS CLAVES:

VERDAD BIOLÓGICA / IDENTIDAD / PATERNIDAD RESPONSABLE.

I.-INTRODUCCIÓN

Hoy en día generalmente, el proceso judicial concluye con el examen de ADN, que en los

últimos años se ha vuelto una prueba implacable (tiene una certeza superior al 99,99%). "Cuando no había ADN, se llegaba a una verdad jurídica, ahora se obtiene una verdad biológica". No obstante, los propios expertos en genética advierten sobre los peligros que implica el manejo de esa información. "De nada sirven las técnicas "infalibles" sin el debido compromiso ético de los profesionales involucrados", es decir la existencia de poquísimos Centros de Investigaciones Biomoleculares, donde a diario se realizan esa clase de estudios. Debido a que se presume que existe corrupción al momento de emitir el resultado final del examen.

Los exámenes en nuestro país sólo son realizados, en centros privados, no existiendo hasta la actualidad centros públicos como hospitales públicos y/o un Cuerpo Médico Forense especializado del Poder Judicial peruano. Si se llevará a cabo de manera voluntaria, las partes pueden optar entre alguna de las dos opciones si existieran. La decisión entre un lugar u otro dependería de la economía de cada uno y de los tiempos que manejen.



Cuando el examen no es voluntario (llega a través de una orden judicial), derivando lamentablemente a alguno de los centros privados. "En esos casos lo termina pagando el que pierde el proceso, conforme así lo establece la norma vigente de la materia, explican los operadores judiciales. Pese a los costos, cada vez se inician más procesos por filiación. Por un lado, la mujer conoce más cuáles son sus derechos. Y por otro, el costo de los procesos se abrevio con la prueba de ADN", ya anteriormente había que recurrir a otros medios probatorios, como la prueba de sangre no tan efectiva, a fotografías o testimonios, se alargaban excesivamente los procesos y se gastaba mucho más dinero y se perdía demasiado tiempo.

Hoy en día con la norma vigente de la materia; ¿Qué sucede si el padre se niega a hacerse el ADN?. Para ley no hay ninguna duda: se presume que es su hijo. "Hay gente que prefiere la presunción de paternidad por una cuestión social", cuentan en los pasillos de Juzgados de Familia. El riesgo al que se exponen esos hombres, no en todos los casos, es una indemnización por daño moral, tanto del niño o niña como de la madre. Distinto es el caso cuando el padre ya falleció. Ahí los demandados son siempre los herederos y suelen cruzarse grandes intereses de por medio. La Justicia en nuestro país es demasiado lenta y requiere bastante paciencia, ya que pese a la existencia de la norma vigente aun es lenta.

II.- DERECHO A LA IDENTIDAD.

El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, 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 (Art. 6 del Código de los Niños y Adolescentes).

Identidad.

La identidad comporta siempre la referencia de "uno mismo" al entorno, al ambiente, ya sea como individuo o como grupo. Podemos decirlo de otra manera, planteado, que la identidad tiene dimensiones, tanto individual como grupal, que a la vez son niveles referenciales para un mismo proceso. Implica una autoimagen, es decir, percepciones, actitudes, opiniones y sentimientos respecto a las propias características potencialidades, estilo, necesidades, costumbres, ideas, intereses, impulsos, destrezas, historia, proyecto, futuro, sexualidad, inteligencia, vocación, lenguaje, cultura y competencia. Tal autoimagen se va configurando según la percepción e información externa que se obtiene de sí. Más el cumulo de experiencias pasadas. También se relaciona con los valores y creencias que con forman la propia movilidad, cosmovisión, ideología y patrones de enjuiciamiento a la norma; la identidad comporta llegar a saber "que quiero hacer", que me gusta" y "para que soy bueno", en resumen es la opción de vida¹.

La identidad individual o personal.

Desde el plano jurídico y dese una perspectiva individual diremos como German Bidart² que cada persona tiene derecho a presentarse en la convivencia societaria como "el que es", en la ya referida "mismidad" auténtica y, a que así se le reconozca, se le respete y se le tolere. Se comprende que en esta vertiente no aludimos los rasgos físicos, biológicos o estáticos de la persona identificada, sino a una multiplicidad

¹Sanabria Castillo, Patricia: Derecho a la Identidad en el Perú: Pag. 324

²Citado por Sanabria Castillo, Patricia: Ob. Cit: Pag 325



de caracteres dinámicos y manifestaciones concretas que componen un bagaje o patrimonio inmaterial: lo somático, lo espiritual, lo ideológico, lo profesional, lo religioso de cada uno. Con este acervo cada sujeto se distingue de cualquier otro ser humano: es una unidad irrepetible y única, diferente a todo otro prójimo; es lo que le individualiza y lo especifica como "el que es" en su "yo" y en su amistad". Por eso hablar de la imagen que la identidad personal proyecta, traslada y exhibe hacia afuera, ante los otros, haciendo que el sujeto sea "su uno mismo" y no "uno distinto" u "otro" que, en su verdad personal, no es "el que es".

Como señala Fernández Sessarego –citando a Roppo¹–, contrariamente a lo que acontece en otros derechos de la personalidad, el derecho a la identidad personal no se plantea como un límite en cuanto a la acción de los demás, es decir, en sentido negativo, sino más bien como un requerimiento de la "positiva expresión de la propia personalidad.

La identidad² significa "ser" este y no otro, es un derecho proclamado por la legislación peruana, no obstante ello, miles de peruanos no pueden acreditar su identidad debidamente, es decir, no cuentan con el documento nacional de "identidad". Unos por no haber sido inscritos oportunamente, otros, excluidos por el Código Civil, art. 21 y por el art. 37 del Reglamento de la Ley orgánica del Registro Nacional de Identidad y de estado Civil (RENIEC), situación que por iniciativa de los profesores de Derecho ha originado la Ley N° 28720 de 24 de abril de 2006³.

III.- PRINCIPIO DE LA VERDAD BIOLÓGICA.

La esencia original de la filiación es el vínculo biológico⁴. A través de él nos identificamos con nuestros descendientes por que, sin negar la importancia de la socialización y las bondades de la adopción, la capacidad de crear vida y las coincidencias genéticas que caracterizan a la parentalidad natural, tienen esa indudable trascendencia a que ya nos habíamos referido al hablar del significado psicosocial de la esterilidad humana.

Es por eso que el legislador, al fijar las precauciones que conducen al vínculo paterno-filial, o al reglamentar su investigación e impugnación, hace constantes referencia a fenómenos que suponen una identificación cromosómica entre padres e hijos. Es decir, a circunstancias que identifican entre sí a las personas que aportaron su material genético para la concepción y al producto resultante, una vez separado del seno materno.

Por esta razón el art. 106 del Cód. de Familia hondureño, "autoriza la investigación de la paternidad como el procedimiento apropiado para identificar y concretar la individualidad del padre, de la madre o de ambos, con relación a la persona de determinado hijo". Identificación que no puede ser otra que la genética. Este mismo Código dispone en su art. 117, al igual que el art. 81 del Código Cubano, que "la persona que se considere previamente por otra persona, en virtud de considerarse su verdadero progenitor, podrá en cualquier tiempo establecer la acción conducente a este fin".

¹ Citado por Sanabria Castillo, Patricia: Ob. Cit. Pag. 326

² Meza Ingar, Carmen: "Primer Derecho a la Identidad" Revista del Foro N° 2: Pag. 259

³ Soto Lamadrid, Miguel Ángel: Bioética, Filiación y delito: Pag. 46-47.



No resulta difícil suponer quien es el verdadero progenitor para el legislador, lo difícil había sido, hasta ahora, a causa de condicionamientos científicos, demostrar positivamente la vinculación biológica. Sin embargo, a través de la incompatibilidad sanguínea se logró, primero la prueba negativa de la paternidad, y, ahora, recientemente, por aplicación de un nuevo sistema denominado Complejo mayor de histocompatibilidad (HLA — Human Lymphocyte Antigen —), es ya posible afirmar de manera casi absoluta — con una certidumbre superior al 99% — que una persona determinada es el padre biológico de un cierto niño. Por eso el art. 188 del Código hondureño, citado dispone con toda modernidad que “en los juicios de investigación o de impugnación de la paternidad, son admisibles las pruebas de los grupos sanguíneos, marcadores genéticos o cualquier otro método de exclusión o confirmación de la paternidad, que pueda desarrollarse en el futuro. Los estudios mencionados deberán ser hechos por médicos con entrenamiento adecuado en inmunohematología”.

Esta apertura probatoria hacia el nexo biológico, sin necesidad de recurrir a presunciones, o haciendo que todas ellas admitan prueba en contrario, es una aportación invaluable de la ciencia, pero no significa un cambio en el criterio legislativo respecto de la fuente genética de la pateralidad. Hemos perfeccionado el sistema de transporte, pero el punto de partida y también nuestro destino, siguen siendo los mismos⁶.

IV.- LA FILIACION.

El parentesco vincula a personas diversas, sea por consanguinidad, por afinidad o civilmente o también espiritualmente. Las relaciones de parentesco son múltiples y de diversas naturalezas o intensidad; así, por ejemplo, hay

parentesco entre padres e hijos; hay relación parental entre abuelo y nieto; también entre hermanos o entre los hijos de estos hermanos; la hay entre el marido y los padres y hermanos de la esposa o el esposo; entre el bautizado y su padrino⁷.

Sin embargo de todas estas relaciones parentales, la más importante es el parentesco que se denomina filiación o la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados (padres y abuelos) o progenitores. Es la filiación en sentido amplio, general; pero hay también una filiación en sentido más restringido, se refiere a la relación parental entre los padres y los hijos, que es la relación parental más cercana. Esta relación parental que es la que más nos interesa se llama; relación paterno-filial, que vista del lado del hijo se denomina filiación y vista del lado del padre, se llama paternidad o maternidad.

Resultan entonces las grandes interrogantes: ¿Cómo acreditar el entroncamiento de una persona con su progenitor inmediato? (padre o madre), ¿qué medios nos brinda la ciencia para demostrar con certeza absoluta la paternidad de una persona? (en el caso de la maternidad requiere otro tratamiento? Como idea preliminar, debemos dejar establecido que las pruebas heredobiológicas, no son otra cosa que la utilización de aquellos métodos biológicos que permiten acreditar la herencia genética. También es importante señalar desde un principio, que hablaremos sobre el uso de estas pruebas en el establecimiento de la paternidad judicial, orientados a tres dimensiones muy concretas: en el caso de la acción declarativa (se solicita que una persona sea declarado padre), en la acción de reclamación (una persona solicita o reclama ser considerado padre), y en la acción de negación o impugnación de paternidad (se solicita se descarte como padre)⁸.

⁶Soto Lamadrid, Miguel Ángel: Ob. Cit: Pag. 47

⁷Palacio Pimentel, Gustavo: Manual de Derecho Civil T.II: Pag. 866

⁸Reyes Ríos, Nelson: “Las Pruebas Heredobiológicas en la Determinación Jurídica de la Paternidad: Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial 24,25,26 noviembre 1993: Pag 144



Como señala Jossierand⁹, se entiende por filiación el vínculo o lazo jurídico que une a una persona con sus padres o progenitores inmediatos; aunque en la actualidad se viene haciendo el distingo entre progenitor y paternidad, tema que se ha discutido en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, (1987) en Cáceres-España, en donde se llegó a mencionar que ser padre no es lo mismo que ser progenitor. Cuando hablamos de paternidad, propiamente, estamos refiriéndonos a la persona que asume con responsabilidad muy definida la tenencia de un hijo, en cambio, el progenitor, muchas veces sólo tiene la vinculación biológica con el hijo muchas veces sin asumir responsabilidades. En la mencionada relación o vínculo de un hijo con sus padres, se da en el campo jurídico, dos situaciones diferentes muy cercanas; en algunos casos los padres se encuentran en la situación de casados y en muchos otros no están en tal situación, de lo que resulta que la filiación en su origen, según el estado civil de los padres, será de matrimonial y extra-matrimonial, y en tal sentido, siempre habrán hijos de padres matrimoniados y otros de padres no matrimoniados. Esta distinción resulta necesaria, para establecer la vinculación o filiación, así se tiene, que respecto a la filiación matrimonial no requiere como regla prueba alguna, por cuanto se dice que dicha filiación es constitutiva y obligatoria (por ejemplo, un marido que no firmó la partida de nacimiento de su hijo habido en dicho matrimonio, no requiere que lo haga para acreditar que es padre, por cuanto el hecho del matrimonio basado en el deber de cohabitación de los cónyuges, se hace que se tenga por padre al marido).

V.- RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL.

1. Antecedentes

La fórmula adoptada por nuestro Código ha sido materia de profundas discusiones. Así, se cuestionaba si convenía permitir al padre que se diese a conocer sin que la madre confirmase su reconocimiento. En este sentido, "se temía que cualquier persona se atribuyera la paternidad de un hijo, cuya madre jamás hubiera tenido relación alguna con él. ¿No era escandalosa la posibilidad de que los diferentes hombres que hubieran tenido relaciones al mismo tiempo con la madre reconociesen como suyo al hijo de ésta?" (PLANIOL y RIPERT, p. 220)¹⁰.

A fin de resolver esta controversia, la legislación francesa propuso la fórmula según la cual "no producirá efectos el reconocimiento hecho por el padre cuando no sea confesado por la madre". No obstante, se reconoció que resultaría peligroso subordinar el reconocimiento del padre a la confesión de la madre. A fin de cuentas, ésta podría haber muerto, estar ausente o haber devenido incapaz, entre otras circunstancias que le impidan confesar su maternidad.

En atención a esta controversia, se propuso una nueva fórmula según la cual "el reconocimiento del padre, si es contradicho por la madre, no producirá ningún efecto". No obstante, se consideró también peligrosa en sí misma la facultad dejada a la mujer de destruir perentoriamente el reconocimiento del padre y se decidió que cada uno de los padres pudiese

⁹Citado por Reyes Ríos, Nelson: Ob. Cit: Pag. 144

¹⁰Santistevan De Noriega, Jorge: "Reconocimiento de Hijo Extramatrimonial" Código Civil comentado - tomo II. Derecho De Familia: Pag.531.



reconocer libremente al hijo a pesar del silencio y oposición del otro. Sobre la base de estas consideraciones, la nueva fórmula sería: "el reconocimiento de un hijo natural solo producirá efecto acto a la persona que lo haya hecho"¹¹.

Esta es la fórmula que ha recogido nuestro Código en el artículo bajo comentario. El reconocimiento, entonces, puede ser practicado por cualquiera de los padres de manera indistinta, estableciéndose que los efectos de este acto solo vinculan a la persona que lo hubiere efectuado. Se trata de un acto eminentemente unilateral.

Este precepto admite de manera implícita, además del reconocimiento practicado por cada progenitor, la posibilidad de que se efectúe un reconocimiento de ambos progenitores de manera conjunta. En este último supuesto no se destruye el carácter unilateral del reconocimiento, habida cuenta que se trata de una manifestación concurrente de dos voluntades coincidentes.

Al respecto, es preciso distinguir entre el reconocimiento conjunto, cuando concurren en un mismo acto las voluntades de los progenitores; del reconocimiento unilateral cuando lo efectúa solo uno de ellos. En este último supuesto, el progenitor que practica el reconocimiento está sujeto a la limitación de que no podrá revelar el nombre de la persona con quien se hubiera tenido el hijo, lo que ciertamente no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido (PERALTA ANDÍA, p. 327)¹².

VI.- LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS DE LA FILIACIÓN.

Pruebas biológicas. Pero, ¿Cuáles podrían ser, entonces, los medios para acreditar el vínculo paterno-filial o, en su caso, desplazarlo cuando ya estuviera formalmente constituido?

Hasta ahora, el matrimonio, el concubinato, la posesión de estado de hijo, la violación, el rapto o el estupro, ocurridos en la época probable de la concepción, han sido elementos de convicción de los que deriva un beneficio procesal, esencialmente probatorio: la presunción de filiación, a favor del nacido a raíz de estas circunstancias y a cargo de las personas involucradas. Insistimos, sin embargo, que la naturaleza de estas presunciones permite normalmente la prueba en contrario, es decir, presumen la paternidad liberando de la carga probatoria a la madre o al hijo siempre que demuestren el hecho base de la presunción, pero autorizan al afectado por esta "verdad provisional de la ley", a que justifique que, a pesar de la presunción, él no es el padre¹³.

En nuestro país, la exposición de las pruebas científicas relacionadas con la filiación tiene importancia no solo respecto de la acción de impugnación de la paternidad del marido sino también en la acción de reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial y en la impugnación de la maternidad matrimonial¹⁴.

Las primeras pruebas biológicas relativas a la filiación, se iniciaron con la identificación de los caracteres antropomórficos del padre y el hijo supuestos, y de los síntomas patológico-

¹¹Ob. Cit. Santistevan De Noriega, Jorge Ob. Cit.: Pag. 532

¹²Citado por Santistevan De Noriega, Jorge: Ob. Cit. Pag. 532

¹³Soto Lamadrid, Miguel Ángel: Ob. Cit. Pag. 61-62

¹⁴Plácido Vilcachagua, Alex F: Filiación y Patria Potestad: Pag. 207



hereditarios que pudieran apoyar o debilitar la presunción o la acción de emplazamiento¹⁵.

Entre las pruebas biológicas tenemos a los siguientes¹⁶:

a). Prueba hematológica.- Los hematíes de la sangre contienen en su superficie ciertas sustancias llamadas antígenos que permanecen inalteradas a lo largo de la vida del sujeto. Dichos antígenos o factores de grupo, presentes en el hijo, deben hallarse también en el padre o la madre.

Pondremos a continuación algunos ejemplos referentes a este concepto, y en relación a distintos sistemas sanguíneos, aclarando que, a fin de dejar establecida la paternidad o la maternidad, aumenta el valor de esta prueba hematológica en la medida en que se la hace combinando el análisis de los factores de los distintos sistemas que a continuación veremos.

- Sistema sanguíneo ABO. Dos antígenos diferentes denominados A y B pueden aparecer en los hematíes en forma separada o conjunta, o faltar ambos, determinando, respectivamente, los cuatro grupos sanguíneos denominados A, B, A/B y O.

En virtud de estos grupos, se han elaborado cuadros de paternidad posible o imposible. Por ejemplo: siendo el padre y la madre del grupo O, el hijo no puede ser del grupo A/B. en tal caso, como se advierte, el procedimiento científico destruirá incontestablemente la presunción de paternidad matrimonial.

También, como elemento corroborante, pero no concluyente, en un juicio en que se discuta la paternidad, podrá ocurrir que el hijo posea el factor O, siendo éste el mismo grupo del padre;

en tal caso la paternidad del marido resulta posible, aunque no sea ésta una prueba concluyente, dado que otros hombres poseen el mismo grupo de antígenos.

- Sistema Sanguíneo M y N. también se puede establecer la posibilidad o la imposibilidad de la paternidad del marido, en virtud de la presencia, en ambos esposos y el hijo, de los factores M y N, que permiten clasificar la sangre en tipo M, tipo N y tipo MN.

Dentro de este sistema, por ejemplo, contribuirá a afirmar la presunción de paternidad el hecho de que el hijo y el padre, y no la madre posean el antígeno Mg. Sumamente raro, al punto de que solo un individuo entre mil es portador de este factor.

- Sistema sanguíneo Rhesus. Mediante otra técnica nos es permitido establecer científicamente la posibilidad o imposibilidad de la paternidad del marido de la madre en virtud del factor Rh, constituido por tres caracteres; C, D y E, la presencia o ausencia del gen D determina, para la clasificación del factor Rh, que éste sea positivo o negativo.
- Sistema sanguíneo P. también es factible formar tablas de posibilidades de paternidad atendiendo a que los glóbulos rojos contengan ("tipo P positivo") o no ("tipo P negativo") el factor P.

El estudio de los sistemas presentes en el hijo y en cada uno de los presuntos padres no puede llevar por sí mismo a la definitiva conclusión acerca de que efectivamente existe el vínculo de filiación real. Puede, si, crear en el ánimo del

¹⁵Soto Lamadrid, Miguel Ángel: Ob. Cit: Pag. 62.

¹⁶Ob. Cit. Placido Vilcachagua, Alex F.: Pag. 207-208



Jueza una fuerte presunción, debido a la gran probabilidad que implica el hecho de que existan concordancias en los diversos sistemas estudiados; máxime cuando se trata de similitud entre sistemas o antígenos de rara aparición, como es el Mg, por ejemplo.

En cambio, puede determinar la imposibilidad del vínculo real de filiación por incompatibilidad entre los grupos,

Ha señalado Cecilia Grosman¹⁷, que se ha ocupado especialmente del tema, que "los diversos sistemas sanguíneos funcionan en forma independiente, o sea, no existe relación entre los mismo y se transmiten por genes distintos. Una persona, por ejemplo, que pertenece al grupo B en el sistema ABO, puede tener cualquier factor en el sistema M y N, y ser, a la vez, Rh positivo o negativo; esto permite concluir que cuanto mayor número de factores se utilice en una prueba hematológica, más elevada será la probabilidad de descartar a quien no es el padre. Se estima que si se emplea al sistema ABO, es posible la exclusión de un 16% de los casos; combinándolo con el sistema M y N tal posibilidad aumenta al 33% y si se adiciona el estudio del sistema Rhesus se eleva al 84%; es decir si tomamos 100 hombres al azar se pueden descartar 84 cuando no existe nexo biológico. Se calcula que actualmente la probabilidad de exclusión alcanza al 97.9% si se emplean los sistemas reconocidos, sosteniendo algunos autores, incluso, que tal porcentaje llega al 99.9% de los caso. La independencia de los sistemas sanguíneos significa, pues, que es suficiente encontrar incompatibilidad en una sola propiedad pese a que en las otras se manifieste concordancia, para que pueda desecharse la existencia de vínculo filial.

b). **Pruebas antropomórficas.** La comprobación entre las características físicas del marido de la madre y el hijo de ésta se suma como prueba en juicio de impugnación. Esto abarca tanto los parecidos o diferencias físicas externas, especialmente ciertas particularidades que pueden hallarse en la columna vertebral (prueba de KÜhne).

c). **Pruebas fisiológicas.** También pueden sumarse similitudes o diferencias de carácter fisiológico, entre el marido de la madre y el hijo de ésta. Entre ellas cabe citar la presencia de ciertas enfermedades hereditarias. Particularmente se descarta la prueba basada en una sustancia llamada fenilitiocarbamida, cuyo gusto es amargo para ciertas personas, en tanto que es insípida para otras. Esta sensibilidad gustativa, según se ha comprobado, se transmite por herencia.

d). **Sistema HLA (Human Lymphocyte Antigen) de histocompatibilidad.** Deriva de las investigaciones de Dauset, quien descubrió en las células leucocíticas de la sangre -leucocitos- ciertas proteínas antigénicas codificadas en el sexto par cromosómico y situado en la membrana citoplasmática de todas las células nucleadas en el organismo. Estas proteínas se transmiten siguiendo las leyes de Mendel. El estudio del sistema resultó sumamente eficaz para establecer la posibilidad de trasplantes de tejidos y de órganos entre seres humanos, pues la incompatibilidad inmunológica era detectable en razón de los antígenos nucleares en las células de donante y receptor. Pero más tarde, ha venido a servir para determinar positivamente la paternidad y la maternidad, en razón de que tales proteínas antigénicas de histocompatibilidad se heredan de padres a hijos a través de los genes que han codificado los antígenos.

¹⁷Citado por Placido Vilcachagua, Alex F.: Ob. Cit: Pag. 209



Las pruebas genéticas de la filiación.

Como se ha visto, las pruebas biológicas hasta el momento son exactas únicamente para excluir, más no para definir una relación paterno-filial. Todas ellas son efectivas, pero solo para determinar una imposibilidad o descarte de paternidad, "por el hecho de existir una incompatibilidad en los factores biológicos de los analizados susceptibles de haberse transmitido por medio de la leyes de la herencia.

Estas pruebas se sustentan en el análisis de los marcadores genéticos, conformados por los cromosomas, el ADN y los genes que determinan la formación y las características del ser humano desde el momento de su concepción.

Las pruebas positivas de paternidad son¹⁸:

a) **Prueba de los polimorfismos cromosómicos.** Se sustenta en el estudio de las características y conformación de algunos cromosomas, los cuales presentan regiones propias en individuales, identificando la transmisibilidad dominante del polimorfismo de padre a hijo.

b) **Prueba del perfil o dactiloscopia del ADN.** Se basa en la descomposición o hibridización de la molécula de ADN para obtener la huella genética o biodigital, conformada por la información genética de las células germinales de los progenitores al momento de la fecundación.

La dactiloscopia del ADN es una técnica bioquímica que se realiza en cualquier célula extraída del organismo (tejidos, sangre, saliva, pelos, líquido seminal o vaginal, etc.) o de

restos descompuestos, momificados y aun calcinados. Su investigación se basa en el fraccionamiento del ADN, mediante enzimas de restricción, obteniendo fragmentos característicos en cada persona.

El ADN se presenta como una estructura proteica ubicada en el núcleo celular. Es una sustancia básica que actúa como componente esencial otorgando las características y gobernando las funciones fisiológicas de todo ser viviente. La particularidad del ADN es que todas sus partículas tienen igual composición química pero encierran una clave genética que hace a cada individuo un ser único e irrepetible, distinto de los demás. Por ello su conformación permite diferenciar a las personas puesto que, como las huellas dactilares, la estructura del ADN es distinta en cada ser.

VII.- GENÉTICA.

Genética¹⁹. Es la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica, es decir, la transmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación.

Refiere NOËLE LENOIR²⁰, integrante del Consejo Constitucional de Francia y presidente del Comité Internacional de bioética de la UNESCO, que los progresos de la genética están marcados por el descubrimiento del ADN, la explicación del funcionamiento del ARN mensajero, las técnicas de reproducción humana asistida y la reciente cartografía física y genética.

Así tenemos a la genética es una ciencia que ha cambiado la forma de entender del mundo. Cualquier mal uso o falsa interpretación de la misma representaría un atentado contra la persona.

¹⁸Placido Vilcachagua, Alex F.: Ob. Cit. Pag. 209

¹⁹Varsi Rospigliosi, Enrique: Derecho y Manipulación Genética: Pag. 30.

²⁰Citado por Varsi Rospigliosi, Enrique: Ob. Cit. Pag. 94.



VIII.- LAS PRUEBAS BIOGENÉTICAS DE PATERNIDAD:

Las novedosas pruebas de paternidad (paternity test) se sustentan en el análisis de los marcadores genéticos, conformados por los cromosomas, el ADN y los genes que dirigirán la formación y ordenarán las características del futuro ser desde el momento de la fecundación.

El estudio de los materiales genéticos permite acreditar la relación bioparental entre el presunto padre y el hijo, según sea el caso, con una certeza absoluta, desechando así la prueba hematológica o de los grupos sanguíneos autosómicos amparada por el artículo 413 del Código Civil.

Al mismo tiempo descarta otras pruebas científicas, tales como las de las proteínas séricas y las del sistema de histocompatibilidad (HLA). Todas ellas son efectivas, pero sólo para determinar una imposibilidad o descarte de paternidad, por el hecho de existir una incompatibilidad en los factores biológicos de los analizados, susceptible de haberse transmitido por medio de las leyes de la herencia.

Las pruebas positivas de paternidad son la de los polimorfismos cromosómicos y el perfil de ADN.

La primera se sustenta en un estudio de las características y conformación de algunos cromosomas, los cuales presentan regiones propias e individuales, identificando la transmisibilidad dominante del polimorfismo de padre a hijo.

La segunda se basa en la descomposición o hibridación de la molécula de ADN para obtener la huella genética o biodigital, conformada por la información génica de las

cédulas germinales de los progenitores al momento de la fecundación.

IX.- EL BANCO GENÉTICO Y EL DERECHO DE IDENTIDAD.

Definición y aspectos generales.

Banco.

Es el establecimiento público de crédito y de depósito de valores que ejerciendo la tenencia y la custodia de los mismos, realiza, con arreglo a las normas legales vigentes, el tráfico²¹.

Algunos bancos se especializan en determinadas operaciones, lo que permite su designación como banco agropecuario, de crédito, de fomento hipotecario, industrial, etc. La idea de este ítem es generar la noción de banco genético.

Genes.

Son moléculas organizadas submicroscópicas cargadas de información, portadas por todas las células humanas, animales, vegetales, bacterianas y virus.

Son documentos representativos de los valores físico-químicos que constituyen el substructum material último de la vida.

De los genes depende la "creación" de individuos nuevos, su viabilidad, su tipo, su categoría y su individualidad bioquímica, base cierta, sólida o endeble de su individualidad final integrada, con los cuales los hombres transitan por el espacio y el tiempo, trascienden continentes y perduran por los siglos²².

A base de lo expuesto es concebible la necesidad de bancos, sobre los que habrá que legislar y cuya función central sea el depósito y la custodia de genes.

²¹Miranda Canales, Manuel: Derecho de Familia y Derecho Genético: Pag. 323-324

²²Miranda Canales, Manuel: Ob. Cit. Pag. 323-324.



Banco Genético.

Es el archivo del material biológico humano (o de procedencia Humana) y de su respectiva información médica que, bajo determinadas restricciones de alcance, acceso, duración en el tiempo y custodia, puede ser consultado y procesado por la autoridad competente, con fines precisos, sin interferir en los derechos constitucionales de la persona²³.

De los Principios a la Praxis: Derecho y Bioética en las fronteras de la vida²⁴.

Calados en la dimensión particular de la singular problemática de la bioética, los principios generales de los más conocidos sistemas jurídicos conducen, en razón de su diversidad, a proyectar soluciones aplicativas diferentes, a nivel teórico por parte de la doctrina, en la apreciación de casos concretos por la jurisprudencia, y, más raro, por vía legislativa, en consonancia con los modelos constitucionales de referencia.

En los diversos contextos en los cuales emergen cuestiones de bioética, y reglas específicas que no hayan sido formuladas, el recurso a los principios se revela fecundando, en la individualización de respuestas jurídicas coherentes; y, por el otro lado, en el encuentro con praxis, tales principios se enriquecen de nuevos matices.

Banco de prueba privilegiado para una verificación de la praxis en la indicada perspectiva son las cuestiones y los problemas que se ponen en las fronteras de la vida humana. A éstas se dedica una rápida exposición, que no tiene ninguna pretensión de exhaustividad.

X.- SISTEMAS PARA DETERMINAR LA FILIACION:

El vínculo paterno-filial constituye un estado civil, basado principalmente en el **nexo de reproducción biológica** y, excepcionalmente, en el vínculo consensual de la adopción. Es por eso que el Art. 349 del Cod. Civil ecuatoriano dice que el "estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto lo habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles", agregando en el artículo siguiente que "el estado civil de casado, divorciado, viudo, padre, hijo, se probará con las respectivas copias de las Actas del Registro Civil²⁵.

Por lo que toca exclusivamente al estado de familia basado en la conexión genética, el acta de nacimiento constata, en realidad la asunción expresa o tácita de la maternidad o paternidad, o transcribe, en su caso, la declaración judicial que impone u otorga a una persona el vínculo de referencia.

No siempre, sin embargo, la filiación registral se establece respecto de ambos padres, lo que ocurre normalmente en el caso de los hijos extramatrimoniales, produciéndose una contradicción entre la forma y la realidad, puesto que todo ser humano, hasta que la ciencia no disponga otra cosa, tiene necesariamente un padre y una madre. De aquí el establecimiento de las acciones de investigación de la paternidad.

Pero aún cuando la filiación aparezca registrada en los archivos oficiales o eclesiásticos, pudiera suceder que cualquiera de los miembros de la

²³Ibidem. Pag. 324

²⁴Busnelli, Francesco Donato: Bioética y derecho privado. Pag. 9

²⁵Soto Lamadrid, Migel Ángel: Ob. Cit. Pag. 58-59



relación considere que ésta no se ha producido verdaderamente y que recurra, por lo tanto, a las acciones de impugnación, en los términos y condiciones que imponga la ley.

Es útil aclarar, desde ahora, que las acciones para establecer el vínculo paterno-filial, son mucho más amplias que las que intentan desplazarlo, por lo que toca a los términos, condiciones y elementos probatorios admisibles. Esto es así, aunque la solución varíe profundamente según la posición legislativa que se adopte.

Si se piensa que todo ser humano tiene derecho a identificar y vincularse a sus padres genéticos, en todo momento de su vida y a través de cualquier medio de prueba, estaremos ante un sistema de filiación abierto. Si se considera, en cambio, que esta relación pierde trascendencia cuando el niño sin padre o madre registral llega la edad adulta, o se prefiere la estabilidad de los vínculos ya establecidos, aunque no respondan a la realidad, dando prioridad a la protección de la familia antes que al interés individual de quien no tiene filiación, entonces hablaremos de sistemas cerrados.

Los códigos latinoamericanos van de uno a otro extremo, pasando por puntos intermedios, aunque no es difícil identificar su posición. Por ejemplo, contra la presunción de paternidad matrimonial, el Código mexicano no admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento, ni tampoco podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, ano ser que el nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa (art. 325 y 326)²⁶.

A manera de a análisis del artículo 396 del Código civil peruano, diremos que es totalmente inexacto al establecer que "*El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable*", argumento legal que no regula ninguna excepción para el reconocimiento de un hijo extramatrimonial de mujer casada con pruebas genéticas como el ADN, situación que existe constantemente en la realidad peruana, vulnerando así el derecho a la identidad y el principio de la prevalencia de la verdad biológica.

La regulación establecida sin excepción alguna dispuesta en el art. 396 del C.C. peruano, es duramente criticada por la jurista Carmen Meza Ingar, al exponer que conforme se establecía tal articulado en el texto original del ante Proyecto una excepción en el reconocimiento de hijo(a) de mujer casada acreditadas con pruebas biológicas o genéticas, que establecía en su última parte "*salvo prueba en contrario*", es decir cuando un hijo o hija nace dentro del matrimonio, pero el mismo no es del marido, entonces el titular de la acción debe probar con pruebas genéticas o biológicas que es contrario.

Tomando como referencia al argumento de García Mendieta, citado por Soto Lamadrid, dice que "las normas sobre filiación –y en general, sobre el estado civil de las personas– son de orden público y de interpretación estricta, por lo que no es posible extenderlas por vía de interpretación –sostiene sin ningún rubor que aunque el esposo demostrara la existencia de una inseminación artificial sin su consentimiento y, más aunque produjese una prueba hematológica que pusiese de manifiesto la incompatibilidad de su grupo sanguíneo con el del hijo-supuesto, ello carecería de

²⁶Soto Lamadrid, Miguel Ángel: Ob. Cit. Pág. 59



relevancia jurídica: para la ley mexicana, ese hombre será el padre de tal hijo y estará sujeto a las obligaciones derivadas de su paternidad.

En este contexto se ubica también el Código Civil chileno, al disponer en su art. 284, que “no es admisible la indagación o presunción de la paternidad por otros medios que los indicados en los arts. 271 y 280” los que contienen una serie taxativa de hipótesis en relación a la filiación ilegítima.

Hay códigos, en cambio, como el de Paraguay²⁷, que admiten con aparente liberalidad, que “los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres, que esta acción es imprescriptible e irrenunciable, y que en la investigación de la paternidad se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos” (art. 234), pero luego prohíbe que dicha investigación se realice “cuando se pretenda atribuir el hijo a una mujer casada”, limitando la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio, exclusivamente al marido, de donde se advierte que la amplitud probatoria es proporcional a las hipótesis de investigación o impugnación de la filiación que cada código autorice, y que la calificación de un sistema filiatorio como cerrado o abierto, deriva no sólo de la amplitud de las pruebas permitidas, sino también de los plazos y condiciones impuestas para plantear las acciones relativas, así como de las personas legitimadas para ejercerlas.

Bien decían Zannoni y Bosert²⁸, refiriéndose a las reglas para impugnar la paternidad matrimonial, que no es una diferencia relativa a los medios de prueba que el marido puede producir, sino de los extremos objetos a probar. En base a ello se delinean fundamentalmente dos sistemas; **abierto**, que permite al marido

probar la inexistencia del nexo biológico, sin limitarlo a ciertos supuestos predeterminados y **el cerrado**, que fija ciertos presupuestos de la acción que, “si resultan acreditados, permiten al juez considerar probado el vínculo biológico, y a falta de los cuales no puede intentarse la prueba de este fenómeno.

XI.- CONCLUSIONES.

1. En el campo del Derecho Familiar moderno, conviene aclarar que, en el régimen de filiación y el ejercicio del Derecho a la Identidad, prevalece el principio de la verdad biológica.
2. Para los efectos del establecimiento de la filiación legal, debe tomarse en cuenta que existen dos formas de relación paterno filial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial.
- 3.- La utilización de pruebas biológicas originadas en el Derecho Genético como el ADN en la determinación de la paternidad o maternidad, deben estar orientados a buscar la verdad biológica del interesado.
4. En el establecimiento de la filiación extramatrimonial, debe tomarse en cuenta, el principio del máximo beneficio para el quien ejerce el derecho de acción y la menor afectación respecto de los hijos.
5. En la Filiación extramatrimonial, debe regir como primera opción el principio de la voluntad.
6. En el derecho moderno, cabe precisar la noción conceptual de paternidad y de progenitor biológico.

²⁷Ibidem. Pag. 60

²⁸Citado por Soto Lamadrid, Miguel Ángel: Ob. Cit. Pag. 60



XII.- BIBLIOGRAFIA.

BUSNELLI, Francesco Donato: *Bioética y Derecho Privado* Grijley. Lima-2003.

MEZA INGAR, Carmen, "Primer Derecho: La Identidad" En Revista del Colegio de Abogados de Lima-Revista del Foro N° 2, Lima-Perú 2007.

MIRANDA CANALES, Manuel: "Derecho de Familia y Derecho Genético" Ediciones Jurídicas, Lima-Perú 1998.

PALACIO PIMENTEL, Gustavo: "Manual de Derecho Civil" T.II Ediciones EHD Lima – Perú. 1987.

PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F: "Filiación y Patria Potestad" Gaceta Jurídica 2006.

REYES RIOS, Nelson: "Las Pruebas Heredobiológicas en la Determinación Jurídica de la paternidad" Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial 24,25,26 de noviembre de 1993, Ediciones

Facultad de Derecho y Ciencia Política de la U.N.M.S.M., Lima-Perú 1994.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge: "Reconocimiento de Hijo Extramatrimonial" Código Civil comentado - Tomo II – Derecho de Familia, Gaceta Jurídica- 2003.

SOTO LAMADRID, Miguel Ángel: "Biogenética, Filiación y delito" Editorial ASTREA, Buenos Aires 1990.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: "Derecho Genético" Editorial San Marcos, 1998.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: "Derecho y Manipulación Genética" Universidad de Lima Fondo de Desarrollo Editorial, 1996.

ZANABRIA CASTILLO, Patricia, "El Derecho a la Identidad en el Perú" I Convención Latinoamericana de Derecho-Modernas Tendencias del Derecho en América Latina, Grijley 1997.

Código de los Niños y Adolescentes, Edición Oficial.