

**Universidad Católica de Santa María**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**  
**Escuela Profesional de Derecho**



**LA FIGURA DEL HIJO ALIMENTISTA UN FÓSIL JURÍDICO FRENTE A  
LA FILIACIÓN BIOLÓGICA, AREQUIPA– 2018**

**Tesis presentada por la Bachiller:**  
**Díaz Acevedo, Elena del Rocío**

**Para optar el título Profesional de:**  
**Abogada**

**Asesor:**  
**Chirinos Pacheco de Rivero, Claudia Pía**

**Arequipa – Perú**  
**2018**

**Informe N° 001 – 2018**

De: Claudia Pia Chirinos – Pacheco De Rivero  
Asesora de Tesis

A: Dr. Gabriel Torreblanca Lazo  
Decano de la Facultad de Derecho de la UCSM

Asunto: Dictamen de Tesis

Fecha: 16 de Agosto de 2018.

---

Que, la Srta. Bachiller en Derecho ELENA DEL ROCÍO DÍAZ ACEVEDO, ha presentado el Borrador de Tesis cuyo enunciado es el siguiente:  
"LA FIGURA DEL HIJO ALIMENTISTA UN FOSIL JURIDICO FRENTE A LA FILIACION BIOLOGICA".  
Arequipa 2018

Que, procediéndose a la revisión del Borrador de tesis, este tiene la siguiente estructura:

Capitulo I:  
Filiación extramatrimonial y pruebas biológicas

Capitulo II:  
Hijos alimentistas

Capitulo III:  
Contiene:

Conclusiones: Se presentan 8 conclusiones

Aporte:  
Proyecto de ley "Propuesta del Proyecto de Ley que deroga el artículo 415º del Código Civil de 1984"  
Bibliografía

Habiendo revisado el Borrador de Tesis soy de la opinión como asesora de Tesis, que esta ha cumplido con los requisitos de relevancia jurídica, los requisitos formales, y está lista para ser elevada a la Comisión Revisora. Salvo mejor opinión.

Sin otro particular, quedo de Ud. Hago propicia la ocasión de expresarle mis saludos de estima personal.

Atte

  
PROFESORA PIA CHIRINOS – PACHECO DE RIVERO  
CODIGO 2109

Arequipa, 25 de agosto del 2018

Señor:

Doctor Gabriel Torreblanca Lazo

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas

Presente

ASUNTO: Dictamen de evaluación de tesis.

REF.: Oficio N°006-FCJYP/CD/T-2018

Tengo el agrado de dirigirme a usted a efecto de informar que evaluado el Borrador de Tesis LA FIGURA DEL HIJO ALIMENTISTA UN FOCIL JURIDICO FRENTE A LA FILIACION BIOLOGICA AREQUIPA-2018, presentado por el señor Bachiller ELENA DEL ROCIO DIAZ ACEVEDO, concluyo lo siguiente:

-La tesis resulta consistente con el proyecto que se adjunta, en relación a las hipótesis y a los objetivos.

-Con respecto a las conclusiones podemos señalar que corresponden lógico-jurídicamente a la investigación efectuada.

-Habiéndose aprobado el proyecto con anterioridad a este dictamen de evaluación de tesis y no teniendo autoridad para evaluar dicho proyecto, nos corresponde señalar que en cuanto dicha tesis se ha hecho un excelente alegato, debidamente fundamentado con respecto a la relevancia de la filiación biológica frente al artículo 415 del Código Civil.

Por tanto, considero que la presente investigación esta apta para pasar a la fase de la sustentación.

Es todo cuanto cumplo con informar a usted para los fines que correspondan.

Hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi mayor consideración.

Atentamente,



JUAN CARLOS VALDIVIA CANO

Cod.1141

Arequipa, 29 de Octubre del 2018.

Señor:

**Doctor Gabriel Torreblanca Lazo**

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas.

Presente.-

**ASUNTO : Dictamen de evaluación de tesis.**

**REF. : Oficio N° 006-FCJYP/CD/T-2018.**

Tengo el agrado de dirigirme a usted a efecto de informar que evaluado el Borrador de Tesis **LA FIGURA DEL HIJO ALIMENTISTA UN FÓSIL JURÍDICO FRENTE A LA FILIACIÓN BIOLÓGICA AREQUIPA - 2018**, presentado por el señor Bachiller ELENA DEL ROCÍO DÍAZ ACEVEDO, concluyo en lo siguiente:

- El borrador de Tesis presentado a mi análisis tiene mérito para ser sustentado en grado.
- La tesis elaborada por el Bachiller es coherente con su hipótesis, los objetivos planteados en el Plan y sus conclusiones, de igual modo, el tema es innovador y pertinente.

Es todo cuanto cumplo con informar a usted para los fines que correspondan.

Hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi mayor consideración.

Atentamente,



**Patricio Fajardo Passano**

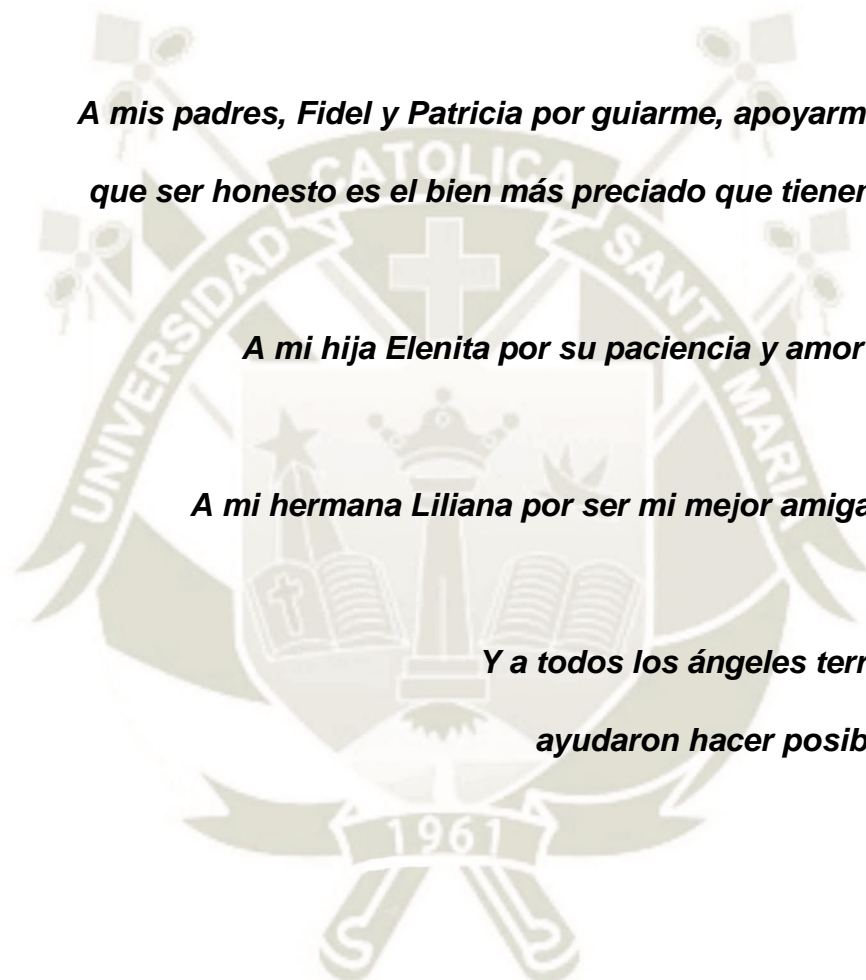
*A Dios por acompañarme en este camino,*

*A mis padres, Fidel y Patricia por guiarme, apoyarme y enseñarme  
que ser honesto es el bien máspreciado que tienen las personas,*

*A mi hija Elenita por su paciencia y amor incondicional,*

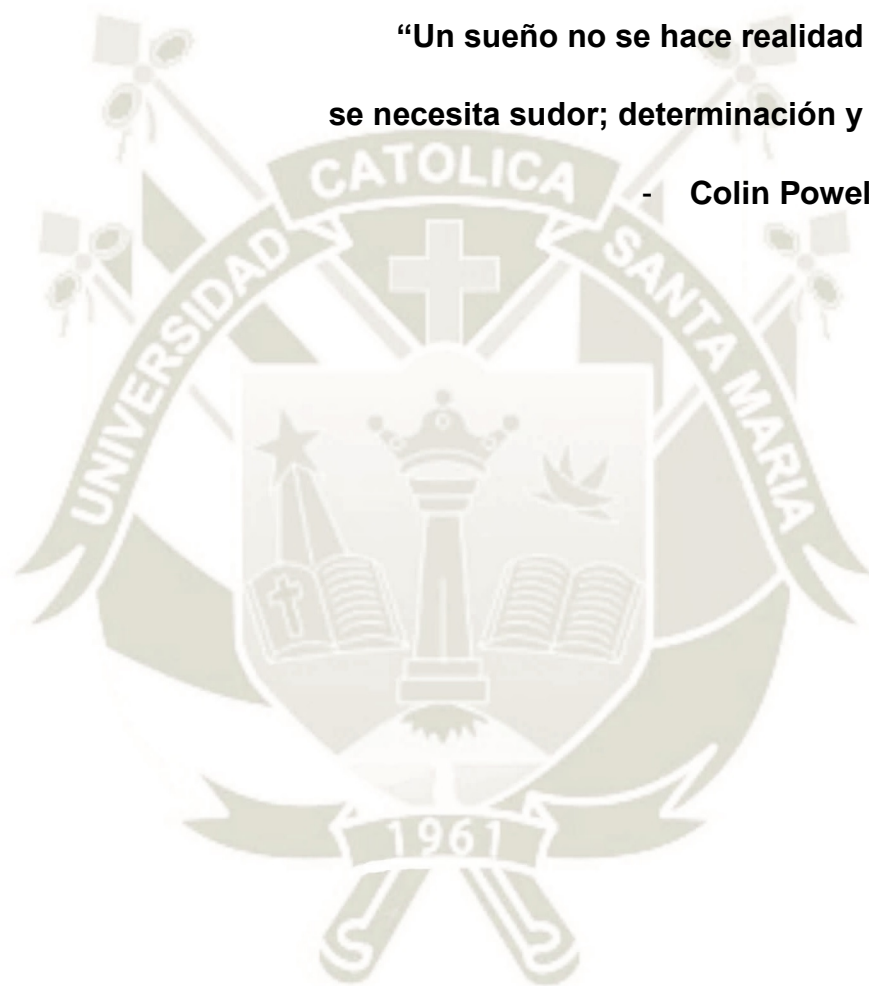
*A mi hermana Liliana por ser mi mejor amiga y compañera,*

*Y a todos los ángeles terrenales que me  
ayudaron hacer posible este anhelo.*



**“Un sueño no se hace realidad mágicamente;  
se necesita sudor; determinación y trabajo duro.”**

**- Colin Powell**



## INTRODUCCION

El tema central de la presente investigación es la actualización del estudio del sistema jurídico mixto es reivindicar los derechos del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado y lo que se evidencia es que el sistema, que ha quedado desfasado en el tiempo frente a los avances científicos para la acreditación del vínculo parental entre padre e hijo quedando eliminada toda presunción, que posibilita situaciones de injusticia.

El hijo alimentista es aquel que no ha sido reconocido en forma voluntaria ni declarado judicialmente y por ello no lleva el apellido de su presunto padre ni goza de derechos de la patria potestad pero la ley no ha querido dejar en desamparo al **NOMEN IURIS** protegiendo para ello su derecho a subsistir, pero que goza de la presunción de ser hijo del que ha tenido relaciones coitales con su madre durante la concepción, como hijo alimentista.

Sobre este punto, se puede decir que “la previsión del legislador” es siempre más pobre que la realidad, ya que existen numerosos casos marginados que no han sido acogidos por la ley y menos pueden ser encajados en la misma, como el de la empleada del hogar vejada y embarazada por el patrón o por los hijos de éste, la mujer que accedió al trato sexual bajo la falsa promesa de matrimonio, el de la enamorada embarazada y abandonada por el presunto padre, las relaciones extramatrimoniales que mantiene el casado con su amante, etc.; Todos estos casos, no encuentran una respuesta en la ley para la determinación de la filiación. Sin embargo y siguiendo los sistemas legislativos que combinan los criterios prohibidos y permisivos para la investigación de la paternidad extramatrimonial, para los casos indicados.

El citado sistema jurídico que permite que la investigación que permite la investigación de manera amplia y por otro lado restringida pues se circunscribe a casos taxativamente enumerados en el art. 402, que encuentra su base en la Constitución Política de 1993 para de ahí, encontrar su desarrollo constitucional en las normas sobre filiación extramatrimonial ubicadas en el Código Civil de 1984, que adopta un sistema ecléptico como lo señala Cornejo Chávez, al franquear la posibilidad de la investigación con amplitud considerable si se trata de la madre y severas restricciones si se trata del padre.

La figura del hijo alimentista colisiona en nuestro país con el ejercicio del derecho a la identidad, frente esta situación la Convención de los Derechos del Niño en los artículos 7 y 8 prefiere el derecho a la identidad Además, ante las situaciones de conflicto de derecho debe buscar una interpretación armónica y conciliadora de diversos preceptos para que estas respuestas estén inspiradas en pautas de compatibilización y no de oposición En este contexto la Convención sobre los Derechos del Niño establece el “Principio del Interés Superior del Niño”; y es la que articula el régimen de protección a favor de la infancia. En consecuencia, el fundamento de la doctrina del Interés Superior del Niño es la protección especial, motivo por el cual el tema de investigación abarca múltiples áreas del Derecho, entre ellas el Derecho Constitucional, Derecho Civil, y Derecho de Familia.

Los citados avances científicos, al sistema de tutela del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido, introducidas por las Leyes N° 27048 (1999) y N° 28485 (2005) y ahora la Ley N° 1377 (2018) implican la entrada en escena de un sistema de investigación de paternidad extramatrimonial basado en la certeza del resultado de la prueba genética de ADN para establecer la paternidad, sin embargo, estas normas no desplazaron al anterior sistema de investigación de paternidad basado en presunciones y pruebas de escasa certeza en la investigación de paternidad. Por estos motivos, el artículo 415 del código civil ha quedado como un fósil jurídico.

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como título: LA FIGURA DEL HIJO ALIMENTISTA UN FÓSIL JURÍDICO FRENTE A LA FILIACIÓN BIOLÓGICA, AREQUIPA 2018, tiene por objeto realizar un análisis sobre la legislación de la filiación de paternidad, el derecho de los hijos alimentistas del artículo 415 de reclamar una pensión de alimentos, y en el Art. 402° procedencia de la declaración judicial de la paternidad.

A la par del análisis documental de la legislación nacional y comparada, de las opiniones de distintos autores sobre la materia, hemos comprobado que, el hijo alimentista como es notorio, se trata de una presunción de paternidad, está determinada por la inmediata asistencia material que requiere un menor para su subsistencia hasta la mayoría de edad, la ley hace recaer en quien, no pudiendo ser señalado ciertamente como padre, pero pudiendo ser verosímilmente: mediante la prueba biológica de ADN.

El avance tecnológico permite que pueden acceder a la prueba genética con mayor facilidad que hace 30 años; y en el marco de los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes, es deber del Estado debe garantizar la subsistencia material del menor, amparar su derecho a la identidad genética, a la patria potestad y a la herencia, entre otros.

Finalmente, el presente trabajo tiene relevancia humana, debido a que involucra a un sector de la sociedad como son las familias, contiene relevancia jurídica esencialmente en la identidad del niño, así como en la impugnación de la paternidad.

**Palabras Claves:** Filiación, Derecho alimentario, Derecho a la identidad, ADN.

## ABSTRACT

The present research work has as its title: THE FIGURE OF THE FOOD CHILD A LEGAL FOSSIL AGAINST THE BIOLOGICAL FILIATION, AREQUIPA 2018, has as its object to carry out an analysis on the legislation of filiation of paternity, the right of the alimentary children to demand a food pension, and in Art. 402 ° origin of the judicial declaration of paternity.

Also, along with the documentary analysis of national and comparative legislation, and opinions of different authors on the matter, we have found that, the child food as it is notorious, it is a presumption of paternity, is determined by the immediate material assistance that requires a minor for his subsistence until I can fend for himself, the law falls back on who, not being able to be identified as a father, but can be credibly: through the biological DNA test.

The technological advance allows that the subjects can access the genetic test more easily than 30 years ago; likewise, within the framework of the rights of children and adolescents, the State must guarantee the material subsistence of the minor, protect their right to genetic identity, parental authority and inheritance, among others.

Finally, the present work has human relevance, because it involves a sector of society such as families, since this work has legal implications essentially on the identity of the child, as well as on the challenge of paternity.

**Key Words:** Affiliation, Food law, Right to identity, DNA.

## INDICE GENERAL

### INTRODUCCION

### RESUMEN

### ABSTRACT

CAPÍTULO I.....	1
FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y PRUEBAS BIOLÓGICAS.....	1
1. NOCIÓN DE FAMILIA .....	2
2. NOCIÓN DE FILIACIÓN.....	3
3. DEFINICIÓN DE FILIACIÓN .....	5
4. TIPOS DE FILIACIÓN .....	7
4.1. FILIACIÓN BIOLÓGICA.....	7
4.2. FILIACIÓN JURÍDICA.....	9
5. CLASIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN .....	10
5.1. FILIACIÓN MATRIMONIAL.....	11
5.1.1. TEORIAS: .....	11
5.2. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	12
5.2.1. NOCION DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL .....	12
5.2.2. NATURALEZA JURÍDICA .....	13
6. PRUEBAS BIOLÓGICAS .....	14
6.1. PRUEBA DE ADN.....	16
6.2. FILIACIÓN Y PRUEBA DE ADN .....	18
7. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	21
7.1. NOCIONES PRELIMINARES .....	21
7.2. Características del Principio del Interés Superior del Niño: .....	24
8. DERECHO A LA IDENTIDAD.....	25
8.1. DERECHO A LA IDENTIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL ...	25
9. DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD .....	27
9.1. IDENTIDAD PERSONAL .....	27
9.2. IDENTIDAD DINÁMICA .....	29
9.3. IDENTIDAD ESTÁTICA .....	29
CAPITULO II HIJOS ALIMENTISTAS.....	30
1. ANTECEDENTES .....	30

2.	NOCIONES PRELIMINARES .....	31
3.	HIJO ALIMENTISTA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA .....	32
4.	FILICIACIÓN EN EL PERÚ .....	36
4.1.	ANTECEDENTES.....	36
4.2.	LEGISLACIÓN NACIONAL.....	37
4.2.1.	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ .....	37
4.2.2.	CÓDIGO CIVIL PERUANO .....	38
5.	INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD .....	43
5.1.	ANTECEDENTES.....	43
5.1.1.	LEY N° 27048.....	45
5.1.2.	LEY 28457 .....	46
5.1.3.	LEY 1377 .....	48
6.	VINCULO JURIDICO NACIONAL.....	48
7.	DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....	50
7.1.	EL DERECHO AL NOMBRE.....	50
7.1.1.	TEORÍAS QUE CONSIDERAN EL NOMBRE COMO UN DERECHO PRIVADO .....	50
7.1.2.	CARACTERES DEL NOMBRE.....	52
8.	INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	52
8.1.	LEGISLACIÓN INTERNACIONAL .....	53
8.1.1.	Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959) .....	53
8.1.2.	CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	55
8.1.3.	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS .....	56
8.1.4.	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.....	57
9.	ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL ...	59
9.1.	ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EN EL EXPEDIENTE Exp. 3088-97, 06 de abril de 1998, 6ta Sala Civil .....	60
9.2.	Casación N°2466-2003 - Apurímac. Sala Civil Transitoria. ....	61
10.	ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL PROCESO DE AMPARO N° 4167-2011-CALLAO.....	64
10.1.	ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 864-2014-ICA.....	66
10.2.	ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 3797-2012-AREQUIPA .....	67
	CONCLUSIONES .....	69

APORTE.....	71
PROYECTO DE LEY.....	71
BIBLIOGRAFÍA.....	76
BIBLIOGRAFÍA.....	86
ANEXOS.....	87



## CAPÍTULO I

### FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y PRUEBAS BIOLÓGICAS

En un inicio la corriente del sistema prohibitivo reconoce el carácter absoluto de la familia restringiendo su paternidad y limitando su indagación.

Hasta hace algunos años, legislaciones como la inglesa, la española y la francesa imposibilitaban el reconocimiento de los hijos naturales; hoy en día se puede afirmar que todas permiten que se reconozcan los hijos extramatrimoniales, al establecer, por una parte, la posibilidad de que se investigue la paternidad o la maternidad y, por otra, el que se pueda impugnar la una o la otra, cuando se establece que a quien se le imputó un hijo como fecundado por él, no es realmente quien lo engendró.

El derecho a conocer la verdadera filiación es el derecho a la identidad de la persona humana; en la actualidad y gracias a la ciencia el concepto jurídico de *filiación legítima*, ya sea matrimonial o extramatrimonial, se encuentra ligado y al alcance de la verdadera y única realidad biológica.

El establecimiento con certeza de una paternidad o de una maternidad, ante las instancias judiciales, reclama la existencia de normas que permitan que todo individuo sea tenido como hijo de quien biológicamente lo procreó o fecundó. En este orden de ideas, todo ordenamiento legal que obstruya el derecho a la verdad en los asuntos de filiación, atenta contra los derechos constitucionales. Conocer la verdad biológica frente a una supuesta paternidad o maternidad es un derecho y para ello se debe acudir al estudio científico que permite despejar toda duda con certeza absoluta.

Por ser la familia la institución base de nuestra sociedad, los asuntos de filiación (como son la investigación de paternidad o de maternidad y su impugnación) sólo pueden ventilarse y fallarse en aras a la verdad biológica, excepción de aquellos actos de voluntad se escapan a esa realidad biológica, como es el caso de los procesos de adopción. Hoy en día, el derecho a conocer la verdadera identidad personal reclama normas que permitan y agilicen este tipo de procesos.

## 1. NOCIÓN DE FAMILIA

Desde tiempos remotos, como una respuesta para la satisfacción de las necesidades y hacer frente a la naturaleza hostil, el hombre ha tenido que agruparse, socializar entre ellos, formalizar un trabajo colectivo y reparto de responsabilidades, dándose cuenta de la valía de compartir espacios mutuos. Así vemos, que en las primeras agrupaciones históricas, los grupos familiares no estaban constituidos de forma individual, sino que las relaciones sexuales que existían eran de manera indiscriminada entre todos los hombres y mujeres de la tribu, por lo que a este tipo de agrupación se le llamó promiscuidad absoluta.

La primera manifestación que constituyó un intento por configurar una familia, y con ello la necesidad de normar las relaciones sexuales entre sus miembros fue la llamada Familia Consanguínea, en cuyas primeras formaciones de convivencia no se distinguían: padres, hijos, hermanos, tíos, abuelos, primos, etc. (Engles, 1988). En estas uniones grupales, un primer avance lo constituyó la prohibición del matrimonio entre ascendientes y descendientes, bajo pena de castigo por el grupo; siendo un segundo gran progreso la exclusión matrimonial entre hermanos, el cual seguramente se inició por los hermanos uterinos, siguiendo por los colaterales en general (Morgan, 1935).

Estos avances permitieron el progreso de las tribus hasta constituirse en las primeras Gens, la misma que formó parte de la mayoría sino de todos los pueblos bárbaros de la tierra y de ella pasamos en Grecia y en Roma, sin transiciones, a la civilización.

La definición en un sentido amplio: " Es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de alguno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado y a los afines hasta el cuarto; y que, en un sentido más restringido, es el núcleo paterno filial o agrupación formada por el padre, la madre, y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad. (Borda, 1997).

Sin que quepa desconocer un concepto intermedio, en el cual la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella. Esta última definición es la que corresponde a la familia romana y que fue aceptada por las Leyes de Partidas, en que el grupo familiar estaba integrado incluso por los sirvientes" La familia es un grupo complejo en constante evolución, que comprende miembros en distintas fases de desarrollo, unidos entre ellos por roles y funciones interrelacionados y diversificados. (Perez Luño, 2003)

Se define la familia como "la agrupación de personas que unidas por vínculos de sangre o que siendo esposos viven bajo un mismo techo y obedecen a una misma autoridad; quien es el padre de familia". (Real Academia Española, 22° edición, 2005).

Se afirma que la familia es "el grupo de personas formado por el padre, la madre y los hijos que viven en comunidad doméstica". (Valencia Zea)

En el Derecho Romano el término familia, se designaba al grupo de personas sujetas de hecho y de derecho a la autoridad actual y soberana de un jefe, en cambio que en el Derecho Contemporáneo y en sentido restringido, la familia está constituida por los cónyuges y sus hijos, además que en este derecho contemporáneo también, integra la sociedad familiar otros parientes". (Iglesias, 1994)

La familia es una institución que se encuentra en todas las sociedades, constituyéndose como la célula de la sociedad y la principal forma de organización de la vida personal, la cual se inicia con la unión matrimonial y el vínculo de parentesco; por lo tanto, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (Varsi Rospigliosi, 2005).

## **2. NOCIÓN DE FILIACIÓN**

El origen de la palabra filiación viene del latín filius, el cual quiere decir "hijos".

Las relaciones de parentesco son, según se ha visto, múltiples y de diversa naturaleza e intensidad. Hay una relación parental entre padre y el hijo, entre

el abuelo y el nieto. La hay también, entre hermanos o entre estos y los hermanos de su padre y de su madre (Varsi Rospigliosi, 2005).

Pero de todas estas relaciones la más importante es, sin duda, la de la filiación, esto es lo que vincula a una persona con todos sus antepasados descendientes (filiación en el sentido genérico) y, más restringidamente, la que vincula al padre con los hijos (filiación en el sentido estricto) la relación parental se denomina paterno – filial, pues si desde el ángulo del hijo se llama filiación, desde el punto de vista del progenitor se llama paternidad o maternidad (Hinostroza N. Alberto, 1999)

En consecuencia, la filiación existe por el simple hecho de la procreación, hecho productor de vínculos jurídicos en los distintos ordenamientos jurídicos de las sociedades. Esta figura, específicamente la paternidad, implica tanto un hecho biológico como uno jurídico. Sin embargo, dicha correspondencia puede no llegar a darse, pues el estado de filiación no siempre es correlativo a la paternidad real, denominada biológica (Mella, A. 2013)

Nos referimos a filiación al hablar del vínculo entre padres e hijos. Cuando los hijos son reconocidos o declarados judicialmente como tales por sus padres, este vínculo tiene consecuencias legales, un claro ejemplo lo vemos en la patria potestad que es el conjunto de deberes y derechos de los padres hacia sus hijos (velar por desarrollo integral, proveer sostenimiento y educación, dirigir su proceso educativo, etc.).

La filiación también puede ser originada por adopción, generándose las mismas consecuencias que la filiación por reconocimiento voluntario o declaración judicial.

Por mucho tiempo se distinguió en la filiación dos variedades básicas: la matrimonial generalmente llamada legítima, es decir, la que corresponde al hijo tenido por padres casados entre sí; y la extramatrimonial apellidada ordinariamente ilegítima, originada en relación de un varón y una mujer no casados entre sí.

El reconocimiento no admite modalidad (es decir, no admite condiciones, plazos o modos), es facultativo (es decir, voluntario, toda vez que nadie puede ser obligado a manifestar libremente su voluntad de declararse padre o madre de un determinado hijo) e irrevocable (una vez realizado no es posible que su autor vaya contra sus propios actos y renuncie a sus consecuencias jurídicas).

### 3. DEFINICIÓN DE FILIACIÓN

La filiación es una figura jurídica que se caracteriza por ser un hecho natural establecido en el ordenamiento jurídico y se inspira esencialmente en la protección del interés del hijo.

La filiación suele ser definida como "la relación entre dos personas que consiste en que una es padre o madre de la otra" (Corral Hernán, 1998), y en un sentido amplio, la filiación incluiría el hecho de la mera procreación biológica, aunque no haya trascendido el campo jurídico como también los otros casos en que el derecho configura el emplazamiento paterno filial, así sea como resultado de las diferentes técnicas de procreación artificial cuando se acude a la figura adoptiva, en la que está ausente por completo la base biológica en las líneas maternas y paternas. (Diez Picazo, 2006) De esta manera podemos afirmar que la filiación es aquel vínculo que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes; uniendo a los hijos con sus padres en base a una relación de sangre y derecho entre ellos.

Por otra parte, la filiación es el nombre jurídico que recibe la relación natural de generación, y está al traducirse al campo del derecho, produce consecuencias jurídicas, de tal manera que esa traducción no es una mera tautología o solo un cambio de palabras, sino que se origina una verdadera investigación, un estado, que conlleve al cumplimiento de derechos y obligaciones". (Puig Peña, 2006)

También se define la filiación como "el conjunto de relaciones jurídicas que determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia" (Zannoni, 1999). Esto evidencia que se trata de

una relación, tanto biológica como jurídica, que une a quienes incurren en el acto de la procreación de un hijo, producto de dicho acto.

Se señala que: “la filiación establece el estado jurídico de ciertas personas, determinando las relaciones de familia”. (Mendoza Costa, 1963)

El carácter biológico legal al que llamamos filiación, cobra su importancia en que toda persona tiene derecho a saber quién es su padre, no sólo desde el punto de vista biológico, sino también desde el punto de vista legal. Todas las personas tenemos un padre biológico, más no todos tienen un padre ante el Derecho. (Indacochea Mostajo Alberto, 2002)

La filiación constituye una de las instituciones fundamentales de todo ordenamiento jurídico, quizá la más importante, pues “afecta a las personas en sus raíces más íntimas”.

La filiación en sentido estricto puede definirse como aquella relación parental que vincula a padres e hijos. Sin embargo, desde el punto de vista del Doctor Héctor Cornejo Chávez, (1999) es la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos, desde este punto de vista, que es el que particularmente nos interesa, la relación parental la que se denomina más propiamente paterno filial, pues si desde el ángulo del hijo se llama filiación, desde el punto de vista de los progenitores se llama paternidad o maternidad.

La filiación es uno de los elementos fundamentales del estado civil de las personas. Surge de un lazo natural, que traducida al plano jurídico, da lugar a un instituto que delimita con los particulares las relaciones entre procreantes y procreados.

Se entiende ésta como la relación jurídica parental existente entre el padre y su hijo. Consustancialmente del ser humano, la filiación forma parte del derecho a la identidad. De ahí han ido surgiendo nuevos derechos que tienden a su protección y determinación, como el derecho a la individualidad biológica y el derecho a conocer el propio origen biológico, prerrogativas ambas que son innatas en el hombre *juse minis naturae*. (Varsi Rospigliosi, 2006)

#### 4. TIPOS DE FILIACIÓN

Hemos pasado por etapas donde jurídicamente se ignoraba la filiación paterna, momentos donde se le reconocía sólo en ciertos supuestos y con efectos discriminatorios o etapas donde se le veía sólo desde el punto de vista del progenitor y su entorno matrimonial. Las motivaciones no sólo fueron por el desconocimiento, la imposibilidad o dificultad probatoria, sino en algunos casos también lo eran por conveniencias sociales que privilegiaban algunas figuras jurídicas o derechos en desmedro de otros.

En principio, debemos partir de la idea que la filiación en general es un hecho natural causado por la reproducción humana, en este contexto, todo ser humano tiene una filiación determinada, ya que toda persona es hijo de alguien, cuenta con un padre y una madre. (Mesía Carlos, 2004)

No obstante, la certeza de lo antes indicado, la Filiación Biológica, como el hecho natural, originado por la reproducción no se refleja en la realidad a través de la regulación jurídica, así vemos que la Filiación Jurídica es diferente y han seguido caminos paralelos que recién parecen coincidir, veamos:

##### 4.1. FILIACIÓN BIOLÓGICA

Una visión anterior a la filiación biológica nos describe la tesis reinante en el Siglo XIV, nos referimos por un lado a la Teoría Ovista, que sustentaba que el niño es exclusivamente "producido" por la madre; el varón solo deposita el esperma, no tiene ningún otro rol específico provocando un acontecimiento en el que, valgan verdades, no participa; paralelamente encontramos la Teoría Espermista, con su homúnculo — "pequeño hombrecito"— contenido dentro de cada esperma; quienes sostuvieron que la única contribución de la hembra era proveer el 'ambiente' para el desarrollo del espermatozoide; afirmaban que era el hombre el que manda en la generación de la vida (Platon).

Como vemos la procreación de la vida estuvo llena de interrogantes e incertidumbre repercutiendo en la definición del parentesco, por obvias razones.

Ya en el siglo XVIII las tesis de los ovistas y espermistas eran insostenibles, habían cumplido su función de ilustración, surgiendo la Teoría de la Pangénesis (Cordova), planteando, que cada progenitor colabora en la descendencia, sosteniendo la idea que machos y hembras forman "pangenes" (material germinal) en cada órgano. Estos "pangenes" se movían a través de la sangre a los genitales y luego a los recién nacidos. Esta idea que podemos ubicarla nacida en los griegos influenció a la biología hasta dicha época, así vemos que los términos "sangre azul", "consanguíneo", "hermano de sangre", "mezcla de sangre", "sangre gitana" y otros similares surgen de estos conceptos.

Durante el siglo XIX, la hipótesis más aceptada fue la Teoría de la Mezcla, que suplantó definitivamente a la de los espermistas y ovistas (Varsi Rospigliosi, 2006).

La unión tanto del óvulo como del espermatozoide daban como resultado la progenie que era una "mezcla" ("blend") de las características de los padres; Las células sexuales se conocían colectivamente como gametos. De acuerdo con la teoría de la mezcla, cuando un animal de color negro se cruzaba con uno blanco la progenie debía ser gris y, a menudo, este no era el resultado. La teoría de la mezcla obviaba, entre otras, explicar el salto de generación de algunas características. Es de hacer notar que esta teoría era incompatible con los estudios sostenidos por Darwin sobre la selección natural y las variaciones hereditarias. Sin embargo, fue también durante la primera mitad del siglo XIX, cuando se realizaron los primeros estudios de la transmisión de los caracteres biológicos en plantas.

Gregor Mendel, a quien se le atribuye ser el autor de esta teoría, se le considera el verdadero "fundador de la genética" y sus experimentos de hibridación, realizados en el jardín de un monasterio del que llegó a ser abad, llevaron a una nueva comprensión del mecanismo de la herencia biológica y al nacimiento de la genética como ciencia. Publicó sus resultados en 1866, pero éstos pasaron desapercibidos durante 35 años,

hasta que en 1900 su trabajo fue redescubierto independientemente por tres científicos a la vez (De Vries, Correns y Tschermak).

A partir de entonces, fue también comprobada por otros investigadores mediante experimentos realizados tanto en plantas como en animales. Gracias a los avances en microscopía, en algunas disciplinas como la citología, se realizaron grandes progresos; de tal forma que, durante este periodo, se descubrieron los cromosomas y también se observaron sus primeros movimientos durante la mitosis celular, así como el proceso por el cual se forman los gametos, que son los portadores de la información genética que se trasmite a la siguiente generación.

Posteriormente, se aceptó que los genes son los responsables de la síntesis de proteínas, sosteniendo la teoría un gen-una enzima, y por tanto, al alterar la secuencia de nucleótidos de un gen faltaría una enzima determinada.

Finalmente, Watson y Crick (1954), descubren la estructura del ADN, que representa el soporte del material hereditario. A partir de este momento se realizan numerosos estudios sobre replicación, biosíntesis de proteínas, biosíntesis de ARN, etc.

En esta línea evolutiva, podemos advertir que con la aportación de los conocimientos genéticos combinados con los de otras ciencias, como bioquímica, fisiología, etc., han supuesto decisivos avances para la comprensión del fenómeno de la vida y la evolución de los seres vivos que tenemos hasta nuestros días, en los cuales la determinación de la herencia y con ello de la paternidad, científicamente podemos decir, que está comprobado.

#### **4.2. FILIACIÓN JURÍDICA**

La evolución histórica del derecho sobre filiación nos demuestra que su regulación jurídica se ha basado en un ocultamiento de la búsqueda de la paternidad y después de manera discriminatoria se impuso una jerarquía de la filiación (Alex, 2008), se caracteriza por los permanentes cambios frente a 2 variables sociales y biotecnológica.

La Determinación de la Filiación, es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta; no acreditada es la *conditio iuris*.

La filiación, tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo o nexo biológico entre hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede ser acreditado, la paternidad o la maternidad quedan jurídicamente determinadas. Las formas de acreditar la Filiación son las siguientes (Bossert y Zannoni, 2004):

- a) **Determinación Voluntaria.-** También llamada Determinación Negocial. Esta forma está expresamente reconocida en nuestra legislación en el Artículo 390 del C.C.61, pero sólo para la filiación extramatrimonial, donde es necesario un reconocimiento expreso o tácito del hijo para que produzca su eficacia.
- b) **Determinación Legal.-** Se produce cuando es la propia ley, la que la establece, ello en base a ciertos supuestos señalados normativamente, como ocurre en el caso peruano con las presunciones de los artículos 361 y 362 62 de la Filiación Matrimonial.
- c) **Determinación Judicial.-** Se da únicamente cuando se permite la búsqueda de la paternidad, es así que ocurre cuando la determinación resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida, en base a pruebas relativas al nexo biológico, está regulada en las presunciones del Artículo 402 de nuestro Código Civil, las mismas que se tienen que probar.

## 5. CLASIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN

Se dice que existen dos tipos de filiaciones, por naturaleza (matrimonial y extramatrimonial) y por adopción. Pero en general la filiación matrimonial y extramatrimonial son consideradas las dos clases que existen tradicionalmente, las que tienen sus antecedentes y deben su origen al Derecho Romano, porque una característica del mismo, fue distinguir a los hijos dentro del matrimonio y los que se consideraban fuera del mismo, criterio que aún sigue usándose hasta nuestros días, para los efectos de la

determinación de la clase de filiación, pero ya no para la Jerarquía de la Filiación (Laurent, 1997).

Enfocándonos en el tema sustancial de la presente investigación nos centraremos en la filiación extramatrimonial que es la matriz de la figura jurídica del hijo alimentista, que a lo largo de la evolución de nuestro ordenamiento jurídico, ha originado la desigualdad y colisión entre derechos fundamentales de la persona.

## 5.1. FILIACIÓN MATRIMONIAL

### 5.1.1. TEORIAS:

- **TEORIA DE LA CONCEPCIÓN**, Considera hijos matrimoniales aquellos concebidos por los padres casados, sea que nazcan dentro del matrimonio, o sean nacidos después de disuelto o anulado el vínculo; es decir los concebidos antes del matrimonio serán extramatrimoniales, aun cuando su nacimiento ocurra después del casamiento (Mendez Costa).
- **TEORÍA DEL NACIMIENTO**, Son hijos matrimoniales los nacidos en el momento en que sus padres estén casados, no importando el momento en que hayan sido concebidos. Por ello los concebidos antes de la celebración de las nupcias, serán matrimoniales, si nacen cuando ya han sido contraídas; “contrario sensu”, no lo serán los nacidos después de la disolución del casamiento, a pesar de que la procreación se realizó durante su vigencia. Considerando que la filiación se basa en tres hechos, la celebración del matrimonio, luego el parto y posteriormente la disolución o anulación del mismo matrimonio. (Peralta Andía, 1995)
- **TEORÍA MIXTA**, También denominada del nacimiento-concepción, es adoptada por el Código Civil Peruano en los Artículos 1, 243 inc.3, 361 y 363 incs. 1 y 2, la misma que tiene los siguientes afirmaciones.-
  - La vida humana se inicia con la concepción.

- El marido de la mujer se presume padre del hijo de ésta.
- La no permisibilidad del matrimonio de la viuda en tanto no trascurra 300 días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz, disposición que se amplía para la mujer divorciada.
- La facultad del marido de impugnar la paternidad del hijo de su mujer.
- Atribuir la paternidad matrimonial tanto al hecho propio de la concepción, como del nacimiento, siempre que se respeten los plazos legales, es decir, 180 días antes del matrimonio o que nazca antes de los 300 días desde su disolución.

## **5.2. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

### **5.2.1. NOCIÓN DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

Con referencia a la filiación extramatrimonial debemos decir que no existe las facilidades y presunciones que privilegia a la filiación matrimonial, porque si bien ha dejado de ser considerada como una filiación inferior, se aprecia que su verificación o constatación no ha dejado de ser compleja, estando sujeta a dos alternativas concretas, que son las establecidas en el artículo 387 del Código Civil, que dispone el reconocimiento de los progenitores y la sentencia declaratoria de la paternidad como los únicos medios que posibilitan acreditar la filiación extramatrimonial.

Es aquel vínculo jurídico que surge entre un hijo y sus padres quienes no se encontraban casados ni al momento de la concepción ni en el nacimiento de la criatura; la cual se determina por el reconocimiento expreso de los padres y por sentencia judicial. En cuanto a las relaciones de orden personal entre el hijo extramatrimonial y sus padres estas se rigen por las mismas normas aplicables a los hijos matrimoniales, de tal manera que son considerados como iguales, regla que también es aplicable a los hijos adoptivos. (Gaceta Jurídica, 2003).

Esta igualdad impera en todas las legislaciones de los países de tal manera que se busca una protección para todos los hijos, cualquiera

que sea su calidad sin discriminarlos, esta ha sido la tendencia que han adoptado la mayoría de los países por no decir que todos. Podemos afirmar que, si bien no hay norma expresa en todas las legislaciones, la filiación extramatrimonial en cada una de estas se presenta en el evento en que el hijo haya sido concebido y nacido fuera del matrimonio.

### 5.2.2. NATURALEZA JURÍDICA

Las doctrinas actuales consideran que el reconocimiento es un acto jurídico que consagra la aceptación voluntaria del hijo como tal por uno o ambos padres. El problema que se presenta es el hecho de establecer si este acto es constitutivo o meramente declarativo. Pero la doctrina tradicional considera el reconocimiento como una confesión y es que el hecho de reconocer a un menor habido fuera del matrimonio, implicaba pues el aceptar que se fue infiel, lo que podía acarrear serias consecuencias, como el divorcio.

Teorías sobre la Naturaleza del reconocimiento:

- **Carácter Constitutivo.-** El reconocimiento es un supuesto de excepción en el que el ordenamiento legal atribuye a la voluntad individual (del reconocedor) el poder de crear el vínculo de la filiación. (Peralta Andia, 2008)
- **Carácter Declarativo.-** Encarnan la tesis de que el reconocimiento no crea el lazo de filiación, el cual pre-existe desde que se produjo la procreación, sino que solo lo comprueba, lo admite, lo declara. El nombre mismo de la figura “reconocimiento” revela su carácter declarativo, porque no se puede reconocer, sino solo lo que ya existe: así vemos que no se es padre o hijo porque aquel haya reconocido a este, se es tal o cual por el hecho de la procreación (Cornejo Chávez, 1987).
- **Criterio Ecléctico.-** Que sostiene que el reconocimiento es declarativo para el padre y constitutivo para la madre. Sin embargo, nos damos cuenta que no se puede hacer este tipo de diferenciación entre los progenitores de un menor, puesto que a

ambos les corresponden los mismos efectos referidos al reconocimiento.

## 6. PRUEBAS BIOLÓGICAS

La realidad mundial imperante de una gran población, sobre todo infantil, que no es reconocida por sus padres, y por tanto carentes de un medio seguro de subsistencia, ha originado el surgimiento de un nuevo procedimiento para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, el cual se va extendiendo rápidamente por América (Martel Chang, 2005).

Es un procedimiento expeditivo, rápido y eficaz, basado principalmente en la prueba de ADN realizada en las células del presunto padre, madre e hijo.

La Filiación Extramatrimonial y en especial el reconocimiento de paternidad, en nuestra cultura jurídica ha sufrido grandes cambios dentro de los tres formantes del derecho, doctrina, legislación y jurisprudencia, cuando se demuestra que a través de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, de la existencia de un vínculo parental. (Varsi Rospigliosi, 1999).

Con los avances de la ciencia en investigación biológica de paternidad fueron aceptadas en nuestro ordenamiento jurídico como pruebas positivas, lo que hace que las presunciones pierdan importancia en la declaración del vínculo paterno - filial.

El Código Civil establecía, originalmente, en su artículo 402, cinco supuestos que de ser probados justificaban declarar, judicialmente, la filiación extramatrimonial. Posteriormente y por efecto del avance de la ciencia, se incorporó, mediante la ley 27048 (6 de enero de 1999), no un supuesto más a los establecidos en el texto original del artículo 402 del Código Civil, sino la posibilidad de actuar la prueba del ADN, para demostrar que una persona era el padre biológico de quien pretendía el reconocimiento.

El artículo 415 del Código Civil originalmente decía: "fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido

relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental".

Esta presunción se justificaba puesto que, ante la inexistencia del ADN como prueba de filiación, alguien podía pretender que su presunto padre, no su padre, es decir, aquél que había mantenido relaciones sexuales con su madre en la época probable de su concepción, le pase una pensión alimenticia. A cambio, ahora, dicha presunción no se justifica como veremos más adelante, dicho de otro modo, el artículo 415 del Código Civil sino ha muerto, al menos está agonizando.

La contundencia de la prueba del ADN y, de seguro el futuro desuso de aquellos supuestos establecidos en los cinco primeros incisos del artículo 402 del Código Civil y, de ser el caso, la destrucción total de la presunción de paternidad establecido en el artículo 415 del mismo código como posibilidad de obtener una pensión alimenticia del presunto padre, puesto que éste puede liberarse de la misma ofreciendo la prueba del ADN para demostrar que no es el padre de quien lo demanda.

Acerca del principio de la prueba, es un hecho indirecto del que se extrae una razón directa (Devis Ehandi, 1981), cuando hablamos de investigación de la paternidad existe una especie de mediación entre lo ocurrido y las posibles consecuencias en la relación causa – efecto, con la que se le imputa la paternidad al presunto padre da la inexistencia de la aceptación voluntaria del progenitor.

De los supuestos de paternidad consagrados en el Código Civil Peruano en los artículos 363 y 402, surgen las interrogantes ¿Son taxativos o enunciativos? de ser taxativos, se estaría aceptando solo la verdad formal (favor legitimitatis), reconociendo solo los hechos que se ajustan exclusivamente, si es el segundo enunciado, se reconoce la verdad real, abriendo la posibilidad de iniciar una acción de paternidad, siendo labor del operador de justicia la interpretación que nos aproxime a la verdad (Benjamin Llanos, 1984).

Surgen otras corrientes, donde la exigencia de un principio de prueba responde a una previsión legal a fin de tutelar otros valores constitucionales que permiten establecer casos que se admitan a debate la relación filial siendo derecho de toda persona conocer su origen biológico, que justifica la exigencia del juez de la aplicación de la prueba no es arbitraria (Varsi Rospigliosi, 2006).

### 6.1. PRUEBA DE ADN

El problema de la determinación de la paternidad es tan antiguo como la humanidad, y hasta 1900 el único criterio que permitía establecerla o negarla era el parecido físico, a todas luces un medio poco idóneo y totalmente arbitrario, que conducía a resultados subjetivos carentes de fiabilidad, y de todo fundamento legal y fáctico.

Posteriormente, se abrió un nuevo sendero con la práctica de pruebas biológicas, acerca de las cuales no entraremos en detalles, ya que sus connotaciones y particularidades corresponden a la rama de la medicina. No obstante, a grandes rasgos y de manera histórica:

Karl Landsteiner (1900) descubrió el sistema de los grupos sanguíneos mediante los antígenos tipo A o tipo B que podían estar o no asociados a los glóbulos rojos, sistema éste que se conoce como ABO y que fue reconocido por la comunidad científica hacia el año 1915 y dilucidado como patrón de herencia en el año 1924 por Félix Bernstein. El sistema ABO se utilizó legalmente por primera vez y con gran eco en 1924, en Alemania; pero su utilización procedía de las justicias italiana, escandinava y austriaca. En los Estados Unidos de Norteamérica, la asociación médica aprobó el uso de esta técnica en 1937.

En Levine y Stetson (1940), descubrieron el sistema Rh, y se empezaron a describir nuevos subgrupos; sin embargo, con este sistema, al igual que con el anterior, lo único que se podía establecer con 100% de certeza era la exclusión de la paternidad, es decir, cuando el pretendido progenitor no era el procreador biológico. El descubrimiento de los antígenos asociados a los glóbulos blancos, conocido como sistema

HLA, también permite establecer la paternidad mediante patrones hereditarios, pero de una manera más sofisticada. Cuando se empezó a utilizar la técnica ADN, aplicada a los antígenos HLA, se llegó a resultados de paternidad probable con índice de certeza aproximado al 80%, valor que aún era insuficiente para designar inequívocamente al verdadero padre biológico.

En 1985 se descubrió por primera vez el uso de la técnica RFLP, en la que se utilizan enzimas llamadas de restricción, para cortar el ADN mediante electroforesis en gel, en sitios conocidos por su gran variabilidad, en la búsqueda de una secuencia específica, que varía de una persona a otra.

Con los avances a los que ha permitido llegar la ciencia, la técnica ADN se utilizó por primera vez en 1987, en los Estados Unidos de Norteamérica, por un tribunal de la Florida. Esta técnica consiste en un estudio molecular que permite generar perfiles genéticos para así establecer si el presunto padre o madre debe ser incluido o excluido. La exclusión de la paternidad o de la maternidad mediante la técnica ADN es irrefutable.

Desde mediados de la década de los noventa, esta técnica se encuentra catalogada como tecnología de punta, ya que ofrece certeza, permite establecer la verdad y descartar toda posibilidad de duda; el ácido desoxirribonucleico ADN está formado por un azúcar (2-desoxiD-ribosa), por ácido fosfórico y por bases nitrogenadas (adenina, guanina, citosina y timina). La estructura del ADN es de doble hélice y se encuentra en las bases nitrogenadas (adenina con timina y guanina con citosina), en el interior de la molécula, y los grupos fosfatos en el exterior.

Las dos hebras que forman las cadenas del ADN presentan orientaciones opuestas y pueden separarse mediante la acción del calor o de determinadas sustancias químicas, hecho que da lugar al proceso de desnaturalización, el cual es reversible. El ADN es el soporte físico que contiene toda la información genética y se define como gen cada una de las porciones de su molécula que se pueden traducir en una

proteína. El ADN que determina el código genético se encuentra físicamente en el núcleo de las células en distintos sectores que forman los cromosomas. Las diferencias entre el ADN de los diferentes individuos se hallan en la porción y en el orden como se suceden los pares de bases de púricas y pirimidínicas, que son las que establecen la especificidad y la diferencia para cada individuo.

Cada célula tiene 46 cromosomas, a excepción de los espermatozoides y los óvulos que tan sólo tienen, 23 cromosomas cada uno, por ende es necesaria la unión de estos dos (espermatozoide y óvulo), que suman 46 cromosomas para procrear una persona. Se observa así que cada individuo recibe la mitad de su material genético del padre biológico y la otra mitad de la madre biológica. Los cromosomas son las estructuras del núcleo de la célula eucariota que consiste en moléculas de ADN que contienen genes y proteínas; genotipo es el conjunto de genes de un individuo o de una especie (son los genes los que contienen la información genética hereditaria), y los alelos son las formas alternativas de cada gen que se heredan del padre o de la madre, los cuales controlan cada rasgo o carácter (Mizrahi Mauricio, 2006)

## **6.2. FILIACIÓN Y PRUEBA DE ADN**

La prueba de paternidad o de maternidad basada en el ácido desoxirribonucleico ADN es la técnica médica, biológica y científica que permite establecer la identidad genética (huella genética única que permite conocer la verdad biológica sin lugar a equívocos) y la relación filial legítima respecto de quien engendró o procreó. El ADN es el material genético que se encuentra en las células del cuerpo, por eso es el medio más idóneo en materia de identificación, es la huella genética de cada ser humano, es vida.

La prueba de ADN es la prueba más precisa para determinar la paternidad o la maternidad, según el caso; cuando el hijo no contiene dos o más de los marcadores genéticos del supuesto padre o madre, significa que biológicamente él o ella no es el padre o la madre; queda así, gracias a la ciencia, excluida la paternidad o la maternidad, en un

100%, es decir, con una certeza total, que se traduce en una paternidad o maternidad del 0%.

Se sostiene, que mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de las pruebas biomédicas. Se ha alegado, por un lado, su característica pericial sui generis y, por otro, el modo de aplicación puramente técnica de la cual goza. Para nuestro ordenamiento procesal la pericia es un medio para la obtención de los elementos probatorios que esclarezcan los hechos controvertidos en el juicio (Varsi Rospigliosi, 1999).

La prueba del ADN debe ser llevada a través de una pericia. La prueba científica del ADN, la cual se da a través del examen comparado de huellas genéticas del presunto padre y del hijo, resulta ser más que suficiente para establecer a ciencia cierta, la paternidad, pues permite disipar toda duda respecto de la existencia del vínculo de filiación biológico, por lo mismo algunos autores la consideran como "La reina de las pruebas", otros la califican como "La prueba perfecta", advirtiéndose que tal como está regulada en nuestro ordenamiento jurídico procesal, se trata de una prueba de índole pericial, por tanto, no obstante su certeza, se debe sujetar a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil, para garantizar su actuación dentro de un proceso judicial, en lo que sea pertinente. No hay que perder de vista que si bien nuestro ordenamiento jurídico procesal prevé que los medios probatorios son valorados conjuntamente; la eficacia probatoria de dicha prueba biológica, ha cobrado un protagonismo principal respecto a otros medios probatorios que pueden haber sido idóneos para la declaración de la paternidad extramatrimonial. (Varsi Rospigliosi, 2004).

Con la dación de la ley 28457, se ha introducido en definitiva el procedimiento para valerse de la prueba del ADN; asimismo se ha modificado el texto del inciso sexto del artículo 402 del Código Civil, suprimiéndose la negativa del demandado de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado 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, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415, es claro que no se podrá obligar a una persona a someterse a la prueba, ya que no existe algún fundamento jurídico que ampare la coerción para lograr el sometimiento, toda vez que en materia civil, la negativa del demandado convierte en imposible la realización de la prueba, pues no se puede obligar al supuesto padre a someterse a dicha pericia genética; esto se funda esencialmente en el principio de inviolabilidad del cuerpo humano, El Cuerpo Humano es intangible, como dice el aforismo latino *noli me tangere* (Vásquez García, 1998).

La imputación de paternidad admite prueba en contrario por lo que se presentan como presunciones *iurs tantum*, al imputado de la paternidad probara con un examen de ADN, actualmente las investigaciones científicas van más allá.

La prueba de ADN contribuye a preservar la verdad biológica del niño, así como su derecho a la identidad, sin embargo algunos presuntos padres buscan desnaturalizar el propósito de dicha prueba alegando la preeminencia de otros derechos entre ellos el derecho a la intimidad, sin embargo se debe tener en cuenta que en un proceso de filiación extramatrimonial en donde existe un conflicto de derechos, estos no pueden tener el mismo alcance de los derechos del niño, los cuales deberán prevalecer teniendo presente el interés superior del niño (Martel Chang, 2005).

## 7. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

### 7.1. NOCIONES PRELIMINARES

La Declaración de los Derechos del Niño (1959) señala en sus principios 7 y 8 que: “El interés superior del niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”, pues “El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”.

Constituye un principio vinculante para todos aquellos que puedan influir o tomar decisiones respecto de situaciones en las que deban resolverse cuestiones que, de un modo u otro, afecten a menores.

Es conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible. A través del Principio del Interés Superior del Menor se entenderá por el mismo toda aquella acción que favorezca el desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad; siendo así, la familia es la parte que se encarga del desarrollo de estas áreas en el menor, por lo tanto, es de absoluta importancia que para la aplicación de este principio se provea de un núcleo familiar al menor, por lo que tendrá prioridad para recibir protección y socorro en toda circunstancia tanto de parte del Estado como de su familia. (Ludeña Gonzales, 2000)

La expresión interés superior del niño significa que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad (Landa Arroyo, 2011). Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. La referencia al interés del niño no necesita ser expresa y viene operando desde antes de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del

niño. De esta manera podemos afirmar, que el legislador debe consagrar, como regla, la primacía del interés del niño por encima del interés de los padres biológicos y el de las demás personas que puedan verse afectadas. Se ha precisado que el niño tiene derecho a especial protección y, considerando sus derechos, que la tutela de los mismos debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda ocurrir en cada caso, y por lo tanto, toda decisión sobre el tema, debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección. (Espinoza Espinoza, 2004)

El principio de interés superior del niño o de bienestar del niño o adolescente es un principio comprensivo y multifactorial, de tal manera que contiene una serie de criterios que apuntan a amparar el pleno desarrollo y la total autorrealización del niño en su entorno y a proteger y garantizar la valiosa contribución que el niño debe hacer a la sociedad.

En términos generales, puede considerárselo como un principio de interpretación y aplicación de la ley el cual es de obligatorio cumplimiento por la familia, la sociedad y el Estado en la toma de decisiones concernientes a los niños y adolescentes, y que a su vez está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los mismos, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Por lo tanto, es relevante subrayar que corresponderá a los Estados velar porque en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier controversia en la que se vea involucrado, sea imperativo tener como premisa de acción la atención prioritaria al interés superior del niño. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución Política de Perú (1993), señala en su artículo 4º que La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente.

La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que

se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (2001), precisándose que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. El Artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes precisa que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. Se entenderá entonces que, el principio del interés superior del niño se concreta al conocer su propia génesis, su procedencia, quienes lo han engendrado, por lo que la valla puesta en el camino de acceso a esa verdad (defensa procesal previa a la discusión del fondo del hecho controvertido).

Es deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés.

Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés en consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derecho. (Fernandez Sessarego, 2001).

## 7.2. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:

Para este punto se consideran las características determinadas (Cabrera Velez, 2011):

- Derecho de primera generación: es un principio que deberá tomarse en cuenta para la toma de decisiones que lo afecten, sugiere que no es asimilable al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.
- Rector-guía: cualquier análisis sobre la Convención, no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción.
- Interpretativo: cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.
- Llena los vacíos legales: puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley.
- Es prioridad de las políticas públicas: la formulación de la Convención de los derechos del Niño proyecta al Interés Superior del Niño hacia las políticas públicas en el artículo 3.
- Reviste especial gravedad en caso de violación: la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ha tenido a bien establecer, que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños, ya que sus derechos se encuentran recogidos no solo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional.

## 8. DERECHO A LA IDENTIDAD

### 8.1. DERECHO A LA IDENTIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Toda persona natural o individual, es decir, todo ser humano una vez nacido, tiene derechos fundamentales que se le atribuyen de manera absoluta, personal y única por el sólo hecho de ser persona, los mismos que son inajenables, irrenunciables e imprescriptible (B., 2011).

El Derecho a la Identidad es un derecho humano fundamental y, como tal, está íntimamente vinculado a la dignidad de la persona. No es posible concebir el desarrollo integral del ser humano al margen de este derecho. No en vano ha sido definido como el “derecho a ser uno mismo”, y es que se trata de un complejo derecho que implica no sólo el derecho al nombre (Espinoza Espinoza, 1998), sino coincide en identificar dos ámbitos de protección: el primero, compuesto por el conjunto de características objetivas y constantes en el tiempo, tales como el nombre, fecha de nacimiento y filiación, que permiten diferenciar entre uno y otro individuo, aspecto denominado como Identidad Estática. El segundo aspecto está compuesto por un conjunto de elementos vinculados con la pertenencia cultural, espiritual, política y religiosa de la persona, los cuales no son inmutables, pueden ir variando a lo largo del tiempo y conforman lo que se conoce como la Identidad dinámica. Ambos aspectos del derecho a la identidad deben ser protegidos y garantizados por el Estado.

No podemos dejar de señalar que “el ser humano, es un ser en libertad y, precisamente por serlo, es idéntico a sí mismo. Todos los seres humanos son iguales pero, como está científicamente comprobado, no hay dos seres humanos idénticos. A lo más, pueden ser muy parecidos, como es el caso de los gemelos. No hay dos proyectos de vida idénticos” Nuestra Constitución Política, a diferencia de las anteriores, reconoce por primera vez, el derecho que tiene toda persona a la identidad. (Valdivia Cano, 2010).

El derecho a la identidad se basa en el derecho a la libertad que nos permite desarrollarnos como únicas personas; cómo uno quiere o haya

elegido ser y proyectarse en la vida realizando actos jurídicos permitidos por el ordenamiento jurídico. Esta libertad nos posibilita a cada quien tener un proyecto de vida, de ser y tener una singular “manera de ser”, es decir, nos permite ser únicos y tener una historia personal y por ende que se nos reconozca, acepte y admita tal cómo uno es sin que se nos confunda con el otro o con otros (Zannoni, 1999).

El Derecho a la Identidad Personal y en especial el del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, es el derecho fundamental que es vulnerado por el artículo 415 del código adjetivo (1984), en la medida que es de reciente data y aún no ha alcanzado en nuestro medio jurídico un desarrollo eficaz en cuanto a su contenido y límites.

La ley N° 27048 de 1999 que introduce al sistema la prueba genética de ADN para probar la filiación o liberarse de la pretensión alimentaria y, la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial (declaración judicial de paternidad) en enero de 2005

De acuerdo a las pruebas genéticas, son obsoletas las presunciones y pruebas de escasa certeza de paternidad, las pruebas de ADN, enmarcan el inicio del replanteo del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, y dan pie a sustentar los daños a la identidad personal del hijo extramatrimonial vía utilización de la figura jurídica del hijo alimentista.

El derecho a la verdadera filiación, coincide con el derecho a la identidad, toda vez que demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre; tal dato biológico del individuo, se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social, es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho (Zannoni, 1999).

Es derecho fundamental del hijo, el conocer su verdadera identidad; el conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal, pues debe destacarse

que el dato biológico, es lo que la persona requiere, para así realizar su vida en sociedad, teniendo pleno conocimiento de sus orígenes.

## 9. DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Según la Real Academia de la Lengua Española (2005), se entiende por identidad a la “Cualidad de idéntico” a aquel “Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás” viene hacer la “Conciencia que una persona tiene que ser ella misma y distinta a las demás”.

El derecho a la identidad responde a la pregunta quién soy, qué debo ser o hacer, sin duda, significa el poder elegirse y auto determinarse en ser uno, distinto y diferente a los demás; por ello se requiere que se nos reconozca por lo que uno es sin confundírseos con nadie; por ese nombre que me individualiza y distingue de los demás, que no se distorsione mi procedencia o historia de vida, todo ese conjunto de vivencias personales únicas, irrepetibles e inconfundibles con los otros o con los demás que genera mi esencia así como todo aquello que me hace ser lo que soy hoy y ahora constituyendo mi ser único, inconfundible e ubicable sólo por lo que soy, por lo que he logrado y alcanzado en mi vida (Placido Alex, 2004).

Es el conjunto de atributos y características particulares que distingue a la persona en la sociedad. El derecho a la identidad, es un derecho complejo. Por ello queremos representarlo como un núcleo en torno del cual el bien jurídico es protegido mediante la vigencia de un conjunto de derechos relacionados.

### 9.1. IDENTIDAD PERSONAL

La identidad personal es: “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro”. (Fernandez Sessarego, 1992).

En lo concerniente a la investigación de la filiación coexisten dos intereses contrapuestos, de un lado el interés del hijo, que busca conocer su verdadera filiación, su origen en definitiva y, de otro lado el interés del

presunto padre, por lo general casi siempre opuesto a ello, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento. Se aprecia que la investigación de la filiación tiene como propósito el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y el vínculo jurídico de filiación. Una vez establecida la verdad biológica, puede derivarse la vinculación de filiación y el contenido inherente a la misma (Bueno Rincón, 2001).

No puede desestimarse que el derecho a la identidad, entendido como el derecho a conocer el propio origen conlleve como finalidad principal conocer a sus ascendientes, toda vez que de esta circunstancia se deriva el derecho del niño a percibir de sus ascendientes la satisfacción de sus necesidades y a obtener así una vida digna y permita su desarrollo integral (Aguilar Llanos, 2010).

Se debe tener en cuenta que los derechos fundamentales de las personas son absolutos y pueden tener límites por razones de orden público, cuya importancia, teniendo presente el interés superior del niño, puede justificar la limitación de algunos derechos, en función de la determinación fehaciente de una paternidad controvertida. En este contexto puede argumentarse la protección del derecho a la identidad personal del presunto progenitor. La vulneración del derecho del niño a conocer a sus progenitores afectará además el derecho a la identidad (Espinoza Espinoza, 2004).

La identidad es el conjunto de caracteres por los cuales la persona define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes. Por lo tanto, no es factible privar a una persona del conocimiento sobre su origen biológico que es el objeto del derecho del niño a conocer a sus progenitores.

A través de la prueba de ADN u otras pruebas científicas es posible que en los casos de paternidad discutida o ignorada, la ley establezca la declaración de la paternidad de aquellas personas que no reconozcan a sus hijos y se nieguen a realizarse la prueba de ADN, cumpliendo el Estado con la obligación de buscar en lo posible que los niños se enteren quiénes son sus progenitores; se valorará la prueba de ADN en la

filiación extramatrimonial por encima de los derechos del presunto padre, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

## **9.2. IDENTIDAD DINÁMICA**

La identidad dinámica se sustenta en la libertad que se despliega en el tiempo esta identidad se da a través del tiempo, se enriquece o empobrece es decir se modifica, compuesto por un conjunto de elementos vinculados con la pertenencia cultural, espiritual, política y religiosa de la persona, los cuales no son inmutables, pueden ir variando a lo largo del tiempo.

Para formular una noción completa de identidad personal, ya que el ser humano es una unidad biológica, psíquica y espiritual, ambos deben unirse para construir la plena realidad existencial de la persona, siendo ambas resguardadas por el ordenamiento jurídico.

## **9.3. IDENTIDAD ESTÁTICA**

Consideramos esencial preservar el derecho a la identidad estática, ante cualquier derecho que trate de colocar trabas a su adecuada aplicación en base a la justificación del derecho a la intimidad del presunto padre, del debido proceso y tutela jurisdiccional dentro de un proceso de filiación extramatrimonial, si bien todos estos derechos se encuentran protegidos por la normatividad legal, entran en conflicto con un aspecto esencial del niño como es el derecho a la identidad, el cual tiene relación con el interés superior del niño; el mismo que se encuentra por encima de otros derechos, debido a que se trata de un derecho que afecta a menores, por lo que merece una mayor protección.

## CAPITULO II

### HIJOS ALIMENTISTAS

#### 1. ANTECEDENTES

Desde la normativa romana se establecieron ciertas presunciones que el legislador tomo en cuenta a través de las circunstancias, hechos conocidos o indicios (*praesumpio hominis*), el *pater Semper incertus* del Derecho Romano y el Código de Napoleón, con sus criterios de no investigación de la paternidad, han sido influencias poderosas para relegar el derecho a la filiación esto perdura hasta la actualidad en el ordenamiento jurídico, que configura un sistema cerrado de paternidad (Arce Larreta, 1934).

En lo relacionado con la filiación extramatrimonial, no valen las presunciones legales, siendo estas presunciones que relegaron el desarrollo científico y admisibilidad judicial de las pruebas heredo - biológicas.

Cuando se introdujo la figura del hijo alimentista en el código civil, el legislador se sirvió del criterio “Sírrete de lo aparente del indicio para lo inaparente” (Solón, 638 - 558 A C), presunciones en función de los principios de moral social y familiar predominante.

Las presunciones son consecuencias de la imposibilidad biológica, de probar la paternidad, en referencia a un sistema restrictivo de la investigación de la paternidad lo que es común en Código de nuestra región, que han visto en las presunciones, una forma de determinar la filiación biológica.

Los principales problemas para determinar la filiación, tienen su fundamento, en el origen secreto de las relaciones sexuales extramatrimoniales, y determinar a quién le corresponde la paternidad, a los avances científicos y la aparición de las pruebas biológicas, que determinan con precisión el nexo biológico.

Las presunciones abren el camino para que se inicie una investigación de la paternidad, pero no acreditan el vínculo paterno – filial sin que exista una declaración voluntaria de aceptación de paternidad o un proceso judicial. .

## 2. NOCIONES PRELIMINARES

Con respecto a esta figura propia de nuestro sistema en primer lugar debemos indicar que su denominación es un término confuso y poco acertado, que es contraria a la Constitución, por la diferencia que establecería entre los hijos; sin embargo, de su análisis en realidad se advierte que constituye una denominación equívoca, pues parte del error de denominar “hijo” a quien no lo es, pues, como hemos venido estudiando sólo la filiación y con ello la condición de hijo se adquiere por Determinación Voluntaria (Art. 360 C.C.), por Determinación Legal (Art. 361 y 362 del C.C.) o por Determinación Judicial (Art. 402 del C.C.); si alguna de las posibilidades se ha dado entonces legalmente este hijo si existe y si tiene padre o madre, por lo que si tenemos que darle una denominación correcta, como opinan los doctores Varsi Rospigliosi y Miranda Canales, de lo que se trata es de un “acreedor alimentario”, por parte de quien mantuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción.

La razón de esta figura regulada en el artículo 415 del Código Civil, estaba dada por lo riguroso y limitado del artículo 402 sobre investigación de la paternidad, con lo que el legislador exige una obligación a partir de un indicio, no probado, de que aquel sea el padre, y le atribuye una presunción alimentaria de paternidad (Llanos, 2014).

En realidad, lo que ha hecho el legislador peruano es conceder un derecho alimentario a este extramatrimonial no reconocido ni declarado, en una lógica de consuelo “ya que no le doy filiación al menos le doy alimentos”.

Los alimentos de este extramatrimonial se extienden hasta los 18 años y sólo en forma excepcional se prolongan más allá de los 18 años cuando se encuentra incapacitado física o mentalmente; a este extramatrimonial puramente alimentista no le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 424 ya estudiado por no tratarse de un hijo legalmente.

Para concluir con el extramatrimonial puramente alimentista, diremos que sus alimentos cubren lo necesario para el sustento, vestido, habitación,

asistencia médica, y si es menor de edad (mayoría de los casos) su instrucción, educación y recreo.

### 3. HIJO ALIMENTISTA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Con respecto al Código de 1936 y el vigente, apreciamos una evolución con respecto a la filiación referida a la búsqueda de la paternidad del hijo extramatrimonial, lo regula como un Sistema Permisivo Cerrado, con la existencia de presunciones, en un primer momento, donde incorpora la figura del Hijo Alimentista, para los casos en los que no se pueda probar la paternidad con las referidas presunciones, pero existía una probabilidad de que fuese el padre, todo ello con la finalidad de tutelar el derecho de esos menores no reconocidos. Es de advertir que esta Figura Jurídica se respaldó para tutelar el derecho alimentario ante la imposibilidad de probar la paternidad con las presunciones, aún subsiste.

De evaluación de la filiación, ya antes expuesta, podemos advertir que si bien en nuestro primer Código Civil, observábamos el Principio de Jerarquía de la filiación, que la configuraba de manera discriminatoria, prohibiendo la investigación de la paternidad, permitiendo que sólo los hijos naturales podían ser legitimados por el matrimonio. Siendo que la protección a los demás hijos sólo alcanzaba al aspecto alimentario.

El fundamento es meramente humanitario, puesto que el Estado no puede desentender la necesidad en que se encuentre el hijo, las que alguien tiene que satisfacerlas; es decir, la vocación alimentaria del Hijo Alimentista, se funda en el derecho a la vida que tiene todo ser humano por el hecho de serlo, añade “ Alguien ha de proveer, pues, a la subsistencia de ese hijo sin padres, de ese ser privado de status familiar y de amparo de la Patria Potestad; y ese alguien, allí donde no es el Estado mismo –por no permitirlo su organización socio política o sus recursos-, no puede ser otro que aquel a quien, no con certeza y ni siquiera con vehemente verosimilitud o probabilidad, más si con razonable posibilidad, puede reputarse como su progenitor.” (Cornejo Chavez H., 1994),

De una u otra forma, advertimos que fuera de los casos taxativamente establecidos para el reconocimiento de la paternidad o cuando los mismos no pueden probarlos o aún, cuando no existe la voluntad de accionar, la madre puede acceder a esta figura jurídica, que advertimos, estaba plenamente justificada por sentido humanitario con el menor ante la necesidad alimentaria; pero en nuestros días, corresponde revisarla, puesto que la certeza de la filiación, ya se puede lograr, la posibilidad procesal esta otorgada y con el desarrollo constitucional de los derechos del menor, el no buscar la paternidad le ocasiona daños, que es necesario evitar.

Nuestra legislación, regula al Hijo Alimentista estableciendo, a través del artículo 415 del Código Civil,(1984) que el hijo extramatrimonial no reconocido sólo puede reclamar alimentos de quien mantuvo relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción, la misma que se extiende hasta los 18 años de edad, salvo que éste tuviera incapacidad física o mental.

Al respecto el artículo 415 destaca las siguientes características:

- a) Consagra una presunción de paternidad que puede ser impugnada por el padre;
- b) El derecho establecido no puede hacerse valer contra los ascendientes o descendientes de la línea paterna;
- c) Exige que se acrediten las relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción;
- d) La sentencia que fija los alimentos no constituye prueba de filiación;
- e) Permite la aplicación de pruebas biológicas para descartar la paternidad. La acción es de tipo personal, pero puede ser ejercitada por la madre y se dirige contra el presunto padre.

La Constitución Política en concordancia con el Código Civil de 1984 y el Código de los Niños y Adolescentes establece la obligación de los padres a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos

menores, consagrando el derecho de reclamar la filiación, siendo esta acción imprescriptible.

Si bien es cierto que nuestro ordenamiento legal, mediante Ley N° 27048 (1998), ha recogido la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, admitiéndolas para los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad, acción de filiación y declaración judicial de paternidad o maternidad extramatrimonial.

El problema es del hijo que no ha sido favorecido con el reconocimiento voluntario y que tampoco ha logrado éxito en la investigación judicial de la paternidad o de la maternidad, quedando, por tanto, en la situación de carecer de familia, de progenitores, de relación de parentesco con persona alguna.

Según el artículo 417, la acción que el artículo 415 del Código Civil (1984) otorga al hijo alimentista es personal, se ejercita por medio de su representante legal y se dirige contra el presunto padre o sus herederos. Estos, sin embargo, no tienen que pagar al hijo más de lo que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado.

Esta obligación alimentaria no es susceptible de desplazarse en contra de los parientes del presunto padre como ocurre con los demás hijos, por la sencilla razón que no tienen status familiar, como lo establece expresamente el artículo 480. Pero a la muerte del obligado testador la obligación se transmite junto con los demás de la sucesión, pero limitada a la porción de libre disposición, como lo dispone el artículo 728.

Como se puede apreciar en la investigación, regulación en nuestro ordenamiento nacional es muy escasa, pero como se desprende de la misma la figura que al existir y ser aprobada las pruebas de ADN, el artículo 415 de queda totalmente obsoleto, la presunción de la paternidad merma derechos fundamentales como el derecho a la identidad, en este sentido vemos que la referido artículo colisiona con la Constitución Política del Perú (1993), así como también con los tratados internacionales a los que el Perú está suscrito.

Lo que deriva de cada uno de los aspectos revisados en el presente proyecto de investigación, a través de la información doctrinaria que se ha revisado, siguiendo un orden lógico y crítico:

- Como hemos visto esta figura nace de la duda de no saber con certeza quién es el padre del menor. En efecto, si bien la figura del hijo alimentista resultaba adecuada hace poco tiempo más de dos décadas atrás, ahora no lo es, debido a que no se le puede seguir privando a un niño del derecho de reconocer de su propio origen biológico, conocer a su verdadero padre, por el hecho de encausarse dentro de un artículo 402 del Código Civil, en la actualidad se puede establecer su verdadera filiación y esclarecer toda incertidumbre a través de la experiencia de ADN, con la promulgación de la Ley N° 28457, se elimina esta figura del inciso 6 del art. 402 del Código Civil.

Debemos recordar que esta figura es propia de un sistema cerrado, pues al no poder encajar una determinada situación dentro de los supuestos taxativos que este sistema establece, no queda más que declarar al niño, cuya paternidad se quiere determinar, como hijo alimentista. No se puede mantener una figura exclusiva de un sistema cerrado, cuando nuestro ordenamiento jurídico está actualizado y acorde a los avances de la ciencia biológica y ahora nos encontramos en un sistema abierto, lo que trae a consecuencia que esta figura está obligada a desaparecer, por los continuos avances científicos que permite que el demandante pueda acceder, como lo corrobora la promulgación de la Ley N°1377 en cuanto a la Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial – artículo 402.- la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas con igual o mayor grados de certeza. El juez desestimara 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. Pero no se menciona al artículo 415 que es posterior.

El derecho de la filiación es el recubre de importancia y trascendencia ya que de él nace el vínculo jurídico de padre – hijo, lo que genera derecho y obligaciones que se entrelazan en el relación familiar. La filiación se ha convertido en un derecho dinámico que ha evolucionado en el tiempo en base a dos variables fundamentales a) La sociedad y, b) La tecnología genética, de lo que se desprenden dos realidades, en torno a primera variable es la aceptación de los hijos extramatrimoniales, los cuales décadas anteriores han sufrido una especie de inquisición social y en cuanto a la segunda variable la incorporación de la ciencia específicamente de la pruebas biológicas para la confirmación de la paternidad, las técnicas de reproducción asistida que cada día cobran mayor vigencia en el medio. El uso de estas ha modernizado el derecho a la filiación, haciendo más abierto, real y justo, en cuanto al hijo extramatrimonial.

- El hijo es el núcleo del derecho a la filiación siendo así merecedor de una serie de derechos tanto personales como patrimoniales establecidos por los lazos de sangre en stricto sensu y lato sensu.

Al ser la identidad y la filiación sinónimos, son derechos complementarios, la filiación activa a la identidad, la piedra angular de la persona por el simple hecho de nacer viene con *lo suyo* su origen y está basada en la filiación, en la identidad en saber nuestro origen de dónde venimos, quienes son nuestros padres.

#### **4. FILIACIÓN EN EL PERÚ**

##### **4.1. ANTECEDENTES**

En el ordenamiento nacional, tiene a la familia como núcleo central y fundamental de la sociedad, como un elemento natural de donde origina la sociedad, es el ambiente donde la persona se desarrolla, se integra y emerge la sociedad como la conocemos.

La familia está regulada de forma transversal en la normativa nacional, encontrándose en un sin número de normas generales y reglamentarias, como en la Constitución Política, Tratados Internacionales, Código Civil y otros (Varsi Rospigliosi, 2012).

En nuestro país el régimen de filiación es anterior al Código Civil de 1984 se sustentó en los principios del *favor legitimitatis* y de *jerarquía de filiación*. De las disposiciones de los Códigos Civiles de 1852 y de 1936, se concluye que el principio *favor legitimitati*, protegía a los hijos concebidos o nacidos dentro del matrimonio. Por el principio *jerarquía de filiación* se admitía diversos tipos de filiaciones, pero con la clara discriminación de la denominada “filiación ilegítima”, para efectos personales y patrimoniales. (Alex, 2008)

El modelo de filiación en la Constitución de 1979, respondió a la concepción de la familia matrimonial en el artículo 5, en este sentido privilegió la intimidad de los progenitores antes que el derecho a los hijos de conocer a sus padres, no reconociendo el derecho a la identidad como un derecho fundamental, no se consideró la existencia de interés público en la determinación de la paternidad, entendiéndose que la filiación solo ocurre en intereses privados.

## 4.2. LEGISLACIÓN NACIONAL

### 4.2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Nuestra Constitución Política del Estado señala en su Artículo 6 que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, asimismo que todos los hijos tienen, iguales deberes y derechos, sin embargo hay una diferencia entre aquellos hijos extramatrimoniales que tienen una relación paterno filial con aquellos que no tienen filiación con el presunto padre, estos hijos son denominados puramente alimentistas, y ellos solo tienen un derecho de sus presuntos padres que es de carácter pecuniario (monetario), no se puede establecer una completa igualdad ya que los hijos puramente alimentistas no están reconocidos judicialmente, tener igualdad de derechos, significaría admitir que el alimentista además de solicitar alimentos, puede reclamar otros tipos de derechos como por ejemplo hereditarios, en tal sentido, al hijo no reconocido ni declarado, solo le corresponde recibir alimentos hasta

los dieciocho años de edad, salvo que se acredite una incapacidad física o mental.

Con este artículo de la Constitución podemos apreciar que la obligación alimentaria de los padres, es de primerísimo orden, para con sus hijos, por lo cual no se puede poner en peligro la subsistencia de un menos ante una duda, es un derecho indisponible para el menos los alimentos.

Una alternativa para el padre que considere no serlo, es la siguiente, en caso tenga indicios de que está prestando alimentos a quien no es su hijo, puede solicitar la aplicación de una prueba genética, y en caso esta resulte negativa quedará exento de prestar alimentos, esto el padre lo puede accionar ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos adjuntando el resultado de la prueba genética.

(Constitución Política Del Perú, 1993)

#### 4.2.2. CÓDIGO CIVIL PERUANO

##### **Código Civil de 1852**

En los inicios de la República, la Iglesia Católica tenía una ardua participación en la sociedad, tal es así que nuestra legislación recibió también la influencia del Derecho Canónico, sin embargo, advertimos que nuestro código, no hacía referencia sobre la protección a los hijos, lo cual resulta bastante extraño, tomando en cuenta que los principios que rigen el Derecho Canónico están basados en la no discriminación. El Código Civil de 1852, con la influencia antes señalada, estableció una división clara de los hijos, con grandes diferencias, dándoles denominaciones que resultan, en nuestros tiempos, hasta ofensivas, así vemos que clasificó a los hijos en:

**Hijos Legítimos**, que debemos entender que son los nacidos dentro de matrimonio, e **Hijos Ilegítimos** que al contrario son los nacidos fuera de él; y dentro de estos últimos es que encontramos a los *Hijos*

*Naturales*, que son los concebidos por padre y madre, libres de impedimentos para contraer matrimonio, así como a los *Hijos Adulterinos* que son aquellos concebidos por la madre casada con tercera persona; como vemos, no se hace referencia al caso en el que el hombre casado tenga un hijo fuera del matrimonio. Dentro de los Hijos Ilegítimos, también se diferenciaron a los *Hijos Incestuosos*, reconociéndolos como aquellos concebidos entre parientes consanguíneos en línea recta.

En la terminología relacionada a la filiación en la legislación dominante del siglo XVIII, se tomó en cuenta sólo la relacionada a la paternidad de los hijos. Esto en relación que estábamos ante una sociedad altamente machista, en la que la mujer no tenía ni voz ni voto y todo giraba en torno a la figura del varón.

Dos aspectos importantes podemos destacar de esta primera codificación, el primero es que sólo los hijos naturales, es decir, aquellos producto de relaciones entre personas que no tenían impedimento matrimonial, podían ser legitimados mediante el matrimonio de sus padres; por lo que los hijos “adulterinos” e “incestuosos” carecían de filiación paterna o materna dependiendo del caso, aunándose a ello que tampoco se estableció que podían ser reconocidos (sólo podían serlo los naturales), lo que les causaba un detrimento en sus derechos, puesto que, sólo podían aspirar al Derecho Alimentario y con restricciones como ser asistidos hasta los 21 años de edad.

No se reconocían, el derecho a la identidad del menor y a conocer a sus padres. El otro aspecto destacable del Código Civil de 1852, es que se prohíbe a la madre pedir judicialmente el reconocimiento de su hijo, es decir la investigación de la paternidad.

El fundamento de esta norma, advertimos que obedece a un criterio machista, pues, entiende que las mujeres que concebían hijos fuera del matrimonio tenían una dudosa reputación por lo que la indagación de la paternidad podía ocasionar problemas a caballeros

honorables que tenían familias debidamente conformadas, razones por las cuales les negaba toda posibilidad. Dependían de la voluntad de los padres, reconocerlos o dejarlo de hacer.

(Código Civil de 1952)

### **Código Civil de 1936**

Si bien es cierto que este Código trae algunas disposiciones que mejoraban la condición de desigualdad, mantuvo la diferencia entre hijos legítimos y los hijos ilegítimos, término este último, era una calificación peyorativa, y que trasuntaba una situación contra la ley, situaciones estas odiosas e injustas, sobre todo considerando que el hijo no tenía culpa alguna de tal hecho. (Llanos, 2014)

En este código ya se habla del adulterio del varón, a diferencia del código anterior, ya que los hijos adulterinos pueden serlo también del padre. El instrumento en que consta el reconocimiento voluntario y la Sentencia Judicial son medios de prueba de filiación, tanto materna como paterna frente a terceros.

El Código Civil de 1936, fue clasificado entre los que refieren el reconocimiento no sólo al padre, pues, permite expresamente que el reconocimiento sea practicado por ambos padres, conjunta o separadamente. Para el reconocimiento por parte del padre es necesario que éste cuente con 21 años de edad al momento de realizar el reconocimiento.

Se establece la prohibición de que la mujer casada pueda reconocer a un hijo habido fuera del matrimonio, aduciendo las consecuencias que para ella traería; sin embargo, el varón si tiene la posibilidad de reconocer a los hijos adulterinos. (Código Civil de 1936)

### **Código Civil de 1984**

Calificaba a los hijos sin duda alguna, en su condición dentro de la familia, la sociedad y la ley. Todo parecía aludir al hecho de que

estaban dentro o fuera de la ley, hijos legítimos o ilegítimos (Peralta Andia, 2008).

Es de hacer notar que en la legislación de 1984, se dan avances en lo que se refiere a la filiación extramatrimonial, ello debido al nuevo contexto constitucional reinante, es así que la constitución de 1979, proclamó la igualdad de derechos de todos los hijos, prohibiendo la mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación. La codificación de 1984, clasificó a los hijos en matrimoniales y extramatrimoniales, así el artículo 386 del Código Civil acotado dice a la letra: Son “hijos extramatrimoniales” los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

Por otro lado, también encontramos los hijos adoptivos y alimentistas. Estas cuatro divisiones, significó el establecimiento de diferencias conceptuales que las juzgó como atentatorias de la carta constitucional. (Peralta Andía, 2008)

El Código Civil de 1984, en el artículo 413 original, establecía que en los juicios de declaración de la **paternidad extramatrimonial** era admisible la **prueba negativa** de los grupos sanguíneos y otras pruebas de validez científica.

La **prueba de ADN** se empieza a aplicar en nuestro medio en los años 90. Se decía que el Código Civil no admitía la prueba de ADN sino que admitía la prueba negativa de los grupos sanguíneos. Pero a través de esta válvula de escape y otras pruebas de validez científica, empezó a ingresar la prueba de ADN, pero siempre como un criterio de descarte, no como una prueba de determinación positiva de la paternidad.

Esto empieza a generar una serie de controversias y se dicta una modificación al Código para incorporar la prueba de ADN. Entonces se modifica el artículo 413 de nuestro Código Civil, y así también se modifican otros artículos, de manera tal que en las acciones de filiación sea aplicable la prueba de ADN, pero siempre bajo un sustento de que existan **supuestos de hecho** que lleven a legitimar

la aplicación de la prueba. No bastaba la mera prueba, sino que tenía que haber una presunción de quien demandaba la paternidad, pues había tenido una relación con el presunto padre.

Luego se incorpora la **prueba de ADN**, sin embargo el tema procedimental seguía llevándose a través de un proceso ordinario o proceso de conocimiento cuando se dictó en el años 1992 el Código Procesal Civil, y terminaba siendo lo mismo.

La efectividad de la prueba se desdecía de lo que era la agilidad o eficiencia de un proceso, ¿para qué tener una prueba tan efectiva si el procedimiento por el que yo la voy a aplicar terminaba siendo perjudicial para las partes por la dilación de los plazos y por las herramientas que permitía el propio Código a los litigantes, como por ejemplo desvirtuar la prueba o negarse al sometimiento de la misma, tachar determinados peritos o alegar la vulneración de derechos?, cuando se incorporó la inclusión de la prueba de ADN, los procesos terminaban siendo más largos porque había mayor controversia en [torno a] la validez de la prueba y su aplicabilidad en los procesos judiciales.

Los litigantes demandaban un cambio urgente por lo que nace a iniciativa de la **Ceriajus** [Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia], en la que había una comisión que se encargaba de presentar propuestas legislativas para un mejor acceso a la justicia. En ese momento se llegó a detectar que habían cerca de dos millones y medio de niños sin padre, y que esta deficiencia se debía a que no había acceso de las madres (o litigantes) para poder validar la **filiación extramatrimonial**. Es allí cuando surge esta norma, como un proceso estructurado en base a la validez de la norma. Es decir, la propia prueba, la validez, eficacia y resultado hizo que se cree un proceso especial para ella (Varsi Rospigliosi, 2011)

## 5. INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

### 5.1. ANTECEDENTES

Siendo la maternidad un hecho factico fácil de comprobar mediante el embarazo y el parto, la identidad de la madre siempre ha podido ser reconocida, muy por el contrario la identidad del padre, es por ello que el Derecho a lo largo del tiempo ha buscado que darle una sustento real, practico y factico, por los efectos que genera, siguiendo esta crea la presunción de la paternidad por la falta de la probanza de la paternidad y elementos biológicos que la consoliden.

Los criterios tradicionales, religiosos y sociales, restringieron la investigación de la paternidad, en aras de la tranquilidad, paz intimidad familiar del padre imputando, convirtiéndose en cómplice activo, dejando en estado de desprotección a la madre y al niño por nacer

El derecho amalgama lo biológico, lo cultural y lo social,

La prueba de ADN contribuye a preservar la verdad biológica del niño, así como su derecho a la identidad sin embargo algunos presuntos padres buscan desnaturalizar el propósito de dicha prueba alegando la preeminencia de otros derechos entre ellos el derecho a la intimidad; se debe tener en cuenta que en un proceso de filiación extramatrimonial en donde existe un conflicto de derechos, estos no pueden tener el mismo alcance de los derechos del niño, debido a que estos deberán prevalecer teniendo presente el interés superior del niño. Consideramos que los derechos del presunto padre entre ellos el derecho a la intimidad, el debido proceso y por ende la libertad del demandado merecen ser respetados, sin embargo, no pueden ser invocados por el demandado con la finalidad de evadir su responsabilidad y de este modo privar al reclamante el derecho a conocer su realidad biológica y su identidad.

El derecho del hijo, es conocer su verdadera identidad que se encuentra por encima del derecho que alega el presunto padre y por lo tanto dicho progenitor debe asumir su responsabilidad en caso que las pruebas de ADN demostrasen que existe un vínculo biológico entre ambos. En

consecuencia, no se vulnera los derechos del presunto padre porque es necesaria la protección del derecho a la identidad del niño, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

En la escala de valores de los derechos en conflictos debe prevalecer el de mayor jerarquía, en otras palabras, el derecho del niño a conocer su identidad sobre el derecho del supuesto padre a negarse a efectuarse el análisis del ADN; tomando en cuenta que no tendría mayor inconveniente, ya que la extracción de sangre no implica un dolor intenso sino mínimo y es un procedimiento común en medicina. Es indudable que la prueba de ADN es el método más preciso, confiable y contundente para establecer vínculos paterno-filiales, debido a ser la vía que permite con certeza la determinación de la identidad de una persona.

Por lo tanto, no se puede esgrimir que la prueba de ADN vulnera los derechos de la persona a la intimidad, a la libertad física e integridad física de los supuestos padres; ya que mediante la prueba de ADN no se revela el mapa genético de la persona, solamente la huella genética, donde solo se incluyan algunos segmentos determinados de ADN para comparar los del hijo con los del presunto progenitor y establecer si son o no coincidentes.

La Convención sobre los Derechos del niño dispone en sus artículos séptimo y octavo que los menores tienen derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres, comprometiéndose los Estados a preservar su identidad y cuando el menor sea privado de alguno de los elementos que conforman dicha identidad se deberá prestarla asistencia y protección adecuada con el fin de restablecerla. Se debe tener en cuenta que partes esenciales del derecho a la identidad consiste en el derecho a conocer su propio origen; la identidad de la persona encuentra su fundamento en la misma dignidad del ser humano, en consecuencia, no puede considerarse que el derecho al conocimiento del origen tenga como base en la voluntad caprichosa del interesado.

### 5.1.1. LEY N° 27048

Promulgada el 31 de diciembre de 1998, a través de la modificatoria de diversos dispositivos del Código Civil, se incorporó a nuestra legislación a la prueba de ADN como medio certero para establecer la existencia del vínculo parental, dada la irrefutable certeza que los resultados de dicha prueba pueden generarle a la judicatura sobre la paternidad demandada, sumada a la necesidad de cautelar el interés superior del niño, niña o adolescente.

La filiación es la relación parental que vincula a padres e hijos. De acuerdo con Hinojosa Mínguez (1997), la denominación más apropiada es relación paterno-filial, porque desde la posición del hijo es correcto llamarlo filiación, pero desde la posición de los padres lo adecuado es paternidad o maternidad. En general la relación paterno-filial es el vínculo que une a las personas descendientes bien una de otra o de un tronco común (Cornejo Chavez H, 1994).

Los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, implica que el establecimiento de su filiación paterna no es automático. La filiación es divisible, es decir, cada uno de los padres puede establecer el vínculo de filiación que le une al niño o niña en forma separada. La presunción de la paternidad, al ser un efecto del matrimonio, lo que no existe en la filiación extramatrimonial, como hemos mencionado, aunque el menor pudo haber sido inscrito con el apellido de su madre o padre presunto.

Para establecer el vínculo de filiación, es necesario que intervenga un elemento suplementario: sea un acto de voluntad expresado en el reconocimiento, sea una declaración judicial en ese sentido, si bien el reconocimiento o declaración judicial de paternidad es indispensable para la solicitud del derecho a alimentos por los hijos, la ley permite acumular al proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial la pretensión de fijación de una pensión alimentaria.

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial es un acto unilateral, declarativo, solemne e irrevocable y no admite modalidad; pero cuando no se da voluntariamente, puede ser declarada por la vía judicial. De acuerdo con el artículo 402 del Código Civil (1984), en su último párrafo dice: 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.

### **5.1.2. LEY 28457**

Promulgada en el año 2005, regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, que se denominó proceso especial de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

Se estableció que la demanda de filiación debe ser presentada ante el juzgado de paz letrado, quien de inmediato expediría una resolución declarando la paternidad. El emplazado podría, en el plazo de 10 días, formular oposición a dicha resolución judicial, en caso de no hacerlo, se emitiría la declaración judicial firme de paternidad. La oposición obligaba a la realización de la prueba de ADN. Se disponía de tres días para apelar ante el juzgado especializado de familia.

Es preciso señalar que esta ley, con todas sus bondades, contenía ciertos aspectos problemáticos, tales como la restricción solo al reconocimiento de la paternidad, o de la filiación. Además, exige que para la realización de la prueba científica se tomen muestras de la madre, padre e hijo, lo que impedía que proceda cuando faltaba uno de ellos. Por otro lado, el costo de la prueba de ADN debía ser sufragado por la parte demandante.

Posteriormente esta norma fue modificada, primero por la Ley 29715, luego por la 29821. Esta última, publicada en diciembre de 2011, trajo importantes novedades: aclaró que a la pretensión de declaración de paternidad podía acumularse de manera accesoria, la de pensión alimentaria. El emplazado tendría ahora diez días no

solo para oponerse a la declaración de filiación sino también para absolver el traslado de la pretensión de alimentos. Instituyó, para los casos en que el demandado presente oposición, una audiencia única, en la que se tomarán las muestras para la prueba de ADN y se conducirá la audiencia conforme con el artículo 555 de Código Procesal Civil.

En la actualidad las presunciones contenidas en los primeros cinco incisos del artículo 402, prácticamente han sido reemplazados por la contundencia de la prueba de ADN. Por ello, resultan atendibles las opiniones que apuntan a la modificación de este artículo 415 del Código Civil, a fin de que la prueba científica del ADN sea el único medio de prueba en materia de filiación y se elimine la presunción de la paternidad y la figura del Hijo Alimentista, que atenta contra el Derecho a la Identidad, genera disminución de los derechos del hijo extramatrimonial, frente a los hermanos nacidos dentro del matrimonio.

Esta ley fue el paso decisivo debido a diversos factores (normas obsoletas, que con el tiempo demostrase ello; constituyendo la poca efectividad y anacronismo de muchas de ellas). Esta ley constituye una ley vanguardista, real propia del post modernismo, que agarra de la mano a una herramienta maestra que es la ciencia , las cuales facilitan soluciones reales a los problemas de orden filial, imperando hoy en día la pericia para emitir sentencia; éstas son las razones genéricas por la dación de esta norma , ahora vayamos a establecer de manera específica del porque esta ley, es porque constituye una adecuada política legislativa en materia social ya que con ello se promueve el reconocimiento de la filiación por parte de los presuntos, fomentándose así la vigencia de los derechos humanos y la asunción de la paternidad responsable; y por otra parte el que se opte por un procedimiento diferente especial para esclarecer la relación paterno filial y de ese lado dejar al margen las reglas engorrosa y largas del proceso de conocimiento. (Diez – Picazo, 2006).

Todas estas razones sin duda son aceptables y buenas, pero que plasmadas en las normas a veces se vuelven un óbice frente a las situaciones diversas de nuestra realidad.

### **5.1.3. LEY 1377**

Promulgada en el ejercicio del presente año 2018, que busca fortalecer la protección de niños, niñas y adolescentes que modifica el artículo 402 del Código Civil – la paternidad extramatrimonial puede ser declarada: inc. 6 – cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas, con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimará 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.

Y que va a suceder con los procesos iniciados y concluidos con anterioridad a su vigencia, cuando ya los declararon como hijos alimentistas ante la negativa del emplazado para someterse a la prueba de ADN.

El inconveniente de esta solución es que el artículo 415 sigue vigente hasta el día de hoy, abriendo la posibilidad que el demandado pueda acogerse a este recurso totalmente válido quedando solo en el papel la intención del sistema judicial y del Estado de proteger los derechos del hijo que no ha sido reconocido ni declarada judicialmente la paternidad.

## **6. VINCULO JURIDICO NACIONAL**

El derecho a la identidad “Es una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática) en la que se encuentran datos como el nombre, el domicilio, las generales de ley, entre otros, así como su proyección social (identidad dinámica), vale decir, el conglomerado ideológico de una persona, sus experiencias, sus vivencias,

tanto su ser como su quehacer” (Espinoza Espinoza, 1998) No podemos dejar de señalar que la Dignidad se encuentra reconocida por nuestro ordenamiento constitucional al prescribir expresamente que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Es así que el derecho a la identidad significa el reconocimiento por nuestra dignidad.

De lo que sosteníamos precedentemente se desprende que la identificación cumple una función más profunda: la de ser el nexo social de la identidad. Un elemento esencial a los fines de la identificación es el nombre.

El nombre es un dato personal y es la simbolización de una autoconstrucción, a la que representa: “es la expresión fonética de la identidad del existente; en otras palabras el derecho sobre el nombre es un derecho existencial, el mismo que protege los demás datos personales y con iguales características” (Ramos Rene, 2009). Y podría decirse que hay un derecho a que esos datos sean fidedignos.

Así también en los casos de sustracción de menores y alteración de su identidad donde la imposición de una nueva filiación plasmada mediante un nuevo nombre y apellido tuvo por fin despojar a los niños de sus familias, su pertenencia y su historia.

La identidad no puede otorgarse o denegarse graciosamente, debe ser reconocida, ya que la construcción de la propia identidad es el trabajo que consume la vida de un individuo, la razón misma de su existencia; este derecho de autoconstrucción es un derecho primordial derecho del ser humano, se desprende de su libertad y dignidad y nuestro ordenamiento jurídico le otorga rango constitucional.

## 7. DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En la Constitución del Perú el derecho a la identidad está plasmado en el artículo 2 inciso 1 en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: inciso 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar...” y explicitado en uno de sus aspectos en el inciso 19 “Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural.

Es en el Código de los Niños y Adolescentes donde encontramos un desarrollo más extenso de la norma sobre derecho a la identidad, en su artículo 6 “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 a llevar sus apellidos.

Tienen también el derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.

En caso que se produjera dicha alteración, sustitución o privación el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. A su vez, el artículo 7 trata sobre la inscripción en el Registro del Estado Civil. Ahora bien, a pesar de la amplia fórmula mediante la cual se reconoce de manera expresa el derecho a la identidad como derecho fundamental, podría discutirse si es que actualmente en el ordenamiento jurídico peruano viene otorgándose una protección procesal suficiente a ese derecho.

### 7.1. EL DERECHO AL NOMBRE

#### 7.1.1. TEORÍAS QUE CONSIDERAN EL NOMBRE COMO UN DERECHO PRIVADO

- ✓ **TEORIA DE LA PROPIEDAD.** El nombre constituye un derecho de propiedad. Es RECHAZADO por: (a) es enajenable, el nombre no; (b) el derecho de propiedad se puede perder por prescripción, el nombre no; (c) la propiedad

se aprecia en dinero, el nombre no y (d) la propiedad es embargable, el nombre no (Aubry et Rau).

- ✓ **TEORIA DE LA MARCA DISTINTIVA DE LA FILIACIÓN.** El nombre es la marca desde el momento de la filiación. Es RECHAZADO por: (a) la mujer casada ya no lleva la marca si usa el apellido de su marido; (b) el arrogado no tiene relación jurídica y, sanguínea con sus padres; (c) cuando son hijos de padres desconocidos no llevan la marca de sus padres (Colín y Capitán).
  
- ✓ **TEORÍAS DEL NOMBRE COMO UN DERECHO PÚBLICO**
  - **TEORIA DEL NOMBRE COMO INSTITUTO DE POLICÍA CIVIL.** Una persona está obligado a llevar un nombre para individualizarse. Es rechazado porque el nombre es un derecho no una obligación (Planiol, 1946).
  - **TEORIA DEL NOMBRE COMO ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD.** Considera el nombre como un mero atributo de la personalidad, lo equipara a la nacionalidad, al domicilio, etc. Es RECHAZADO porque modernamente el nombre es considerado como el principal de los derechos de la personalidad (**Josserrand**).
  
- ✓ **TEORIA DEL NOMBRE COMO DERECHO-DEBER DE LA PERSONALIDAD.**

Como encontramos en nuestro ordenamiento jurídico el nombre es un derecho porque se puede reclamar ante terceros que le reconocen el derecho de llevar tal nombre. Es un deber porque para vivir en sociedad antes tiene que individualizarse.

I. Toda persona tiene derecho al nombre que con arreglo a ley le corresponde. El nombre comprende el nombre propio

o individual y el apellido paterno y materno, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

II. El cambio, adición o rectificación del nombre sólo se admite en los casos y con las formalidades que la ley prevé. ”  
(CC Art. 9).

### 7.1.2. CARACTERES DEL NOMBRE

- **Es de orden público.** Esto quiere decir que el Estado tiene una intervención activa en el nombre.
- **Es necesario.** Todos deben tener uno.
- **Es inalienable.** No se puede vender, a no ser que sea nombre de persona jurídica.
- **Es imprescriptible.** Si no lo utiliza no puede perderlo.
- **Es inmutable.** No se puede cambia a simple voluntad.
- **Intransferible.** No puede sucederse.

## 8. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Una definición de este principio, indicando que el Interés Superior del Niño es un término relacional y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del Interés Superior del Niño/Niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña, así el interés de los padres, ni de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña. Por su parte el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) indica que el Interés Superior del Niño enfatiza la condición del niño como sujeto con opiniones y sentimientos propios, derechos civiles y políticos, a la vez que como beneficiario de protecciones especiales. Indica además que la determinación del Interés Superior del Niño debe hacerse en un plazo corto o largo, dependiendo de las circunstancias especificadas de cada caso, y el Estado no puede subordinarlos a las prácticas culturales

imperantes en el país, ni utilizar estas como argumento para negar al niño los derechos garantizados por la convención. (Gatica y Chaimovic)

## **8.1. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL**

La protección de los derechos de los niños tiene como antecedente la Declaración de Ginebra (1924) cuando se conformó la Sociedad de Naciones, posteriormente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se incluye implícitamente los derechos del niño (1948).

### **8.1.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1959)**

Se celebró la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 frente a la necesidad de contar con una normativa directa en protección de los derechos del niño. Con la finalidad de contar con una normativa coercitiva y vinculante se celebró la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 25278 en 1990.

Es el primer texto internacional en el que se hace alusión al Principio de Interés Superior del Niño, específicamente en el principio II, se indica que los Estados al promulgar leyes con el fin de proteger al niño en su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal estarán orientadas al Interés Superior del Niño. En opinión de los autores chilenos Isaac Ravetllat y Ruperto Pinochet en este principio no se hace alusión alguna a otros ámbitos en los que este principio también debiera ser tomado en consideración, lo que acertadamente si se aclara en la Convención de los Derechos del Niño.

Esta Convención se encuentra inspirada en la denominada “Doctrina de la Protección Integral”, reconoce a los niños y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales cuyo sustento se resume en cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, el

derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto de la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten.

Esta Convención establece en el Artículo 2 que:

- ✓ Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
- ✓ Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

En consecuencia, se considera como una obligación de los Estados de procurar el ejercicio de los derechos del niño no es una obligación estática, sino dinámica y progresiva, que debe posibilitar el mejoramiento de las condiciones necesarias para el pleno goce de estos derechos. Podemos afirmar, en general que todo Estado asume dos obligaciones básicas: la primera, la de respetar los derechos del niño, y la segunda, la de garantizar el ejercicio de los mismos. Con referencia a la obligación de respetar los derechos del niño, significa para el Estado y el Poder Judicial, una abstención de efectuar

Convención de los Derechos del Niño en el artículo 3 señala que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior Del Niño.

Esto quiere decir que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos, esto en razón a que se considera que merecen una protección especial por ser un grupo vulnerable, ya que tienen menor posibilidad que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses. Este principio obliga al Estado a examinar y modificar de ser el caso la legislación nacional para incorporar y aplicar el principio de Interés Superior del Niño, en consecuencia ningún acto legislativo puede desconocer los derechos del niño aun si estos se encuentran representados por adultos, pues ello no garantiza una defensa efectiva.

Con referencia al artículo 7 numeral 1 de la Convención se infiere que para poder cumplir los deberes y exigir la atención de los derechos que corresponden a los hijos, éstos deben conocer previamente quiénes son sus progenitores. Este derecho se vincula con la filiación, en el sentido, que el Estado debe promover y garantizar un sistema abierto de investigación de la filiación para que los niños puedan ejercer de modo pleno este derecho. Una vez determinada la filiación, esto es, establecida la paternidad y la maternidad, surge inmediatamente la atribución a los progenitores del conjunto de derechos y deberes -la titularidad de la patria potestad- reconocidos en función del interés de los hijos; es decir a la protección integral de estos.

### **8.1.2. CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Esta Convención en su artículo 3º dispone que: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Mediante su artículo 17, inciso 5º se establece que: la Ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. A través de este artículo se establece que la Ley debe equiparar los derechos de las filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales. Así también, dentro de esta Convención el derecho a la identidad personal tiene lugar en los artículos 18, 19 y 20. En el artículo 18 se señala el derecho al nombre de cada

persona, es decir, toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos; además la Ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario. Se agrega, en el artículo 19 que: todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Finalmente, el artículo 20.1 del mismo texto normativo indica que: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”.

### **8.1.3. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

El artículo 16º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 24 numeral 1 que: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. Numeral 2. “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”. Numeral 3. “Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

El Derecho de identidad personal se encuentra de modo amplio reconocido en el derecho comparado y en los tratados internacionales, es un derecho de carácter personalísimo y de tercera generación, en otras palabras, entre aquellos derechos propios del Estado de cultura y “que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad” (Viggiola, 2000).

#### 8.1.4. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Art. 6), que consiste en el reconocimiento formal de una persona como tal, por el solo hecho de existir, con independencia de su voluntad, circunstancias, condición social, etc., correspondiéndole así, en forma directa, los derechos y deberes que la sociedad define para todos sus miembros.

Todos los niños tienen los mismos derechos, esté o no casada la madre. Es decir, la Declaración Universal de Derechos Humanos también establece que todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social. Teniendo en cuenta todo lo anterior cabe precisar que existe un énfasis tuitivo en relación al niño que se sustenta en su condición de vulnerabilidad para llevar una vida totalmente independiente, de manera que, por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia de los niños frente a los adultos, se impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo integral.

Para la determinación de la filiación, es de suma importancia el interés superior del niño, que ha sido reconocido ya hace mucho tiempo, como un principio anterior al debido proceso, este principio se encuentra formalmente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 e implícitamente en diversos los artículos de nuestro Código Civil, ello con distintas aseveraciones como son: "bienestar de los hijos" en el Art.340, "lo más beneficioso para los hijos" en el Art. 341, "interés del menor" o "intereses del menor" o “intereses de los hijos” en distintos artículos tales como 421, 460, 535, 606 inciso.4, 619, 640, 643, 654 y 606 inc.1.

El interés superior del niño se encuentra recogido en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor y entre ellos el que más conviene a su situación histórica determinada” (Ruiz, 2002), entonces, se puede colegir que el interés superior del niño busca la efectividad de los derechos de los niños en todas las instancias de la sociedad.

Este interés conlleva un concepto triple:

- **Un derecho sustantivo:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración que se evalúe y tenga en cuenta el sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El Artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicación inmediata) y puede invocarse ante los miembros.
- **Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen en un marco interpretativo a seguir.
- **Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños en concreto a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.

En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. Entonces, debemos de apreciar el interés superior del niño en correlación con el derecho a la identidad y a la identificación al ser las características de la persona, lo que define a la persona. Por otro lado, la identificación es un proceso específico que cumple generalmente el Estado y se encuentra vinculada a la función de tutela del interés público.

Por lo que, tanto el interés superior del niño como el derecho a identidad cohabitan en la esfera de la dignidad humana. Si bien el tercer párrafo del artículo seis de la Constitución Política del Estado señala que todos los hijos tienen iguales deberes y derechos, tratándose de derecho de alimentos existe diferencia entre aquellos hijos extramatrimoniales que tienen relación paterno filial de aquellos que no tienen filiación con el presunto padre, como son los denominados hijos puramente alimentistas, con quienes solo mantienen una obligación pecuniaria. Sostener una completa igualdad entre los hijos cuyo vínculo paternal se encuentra establecido, con los hijos cuya paternidad no ha sido reconocida ni declarada judicialmente, significaría admitir que el obligado en este último caso tiene la calidad de “padre” y que por tanto, además de alimentos, el alimentista también puede reclamar herencia y otros derechos, lo que evidentemente no refleja la voluntad objetiva del art. 415 del Código Civil.

## **9. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL**

A través del análisis de los expedientes que se realizaran en este capítulo es posible apreciar que el artículo 415 del Código Civil, desprotege a la persona en consecuencia, el hijo que no ha sido reconocido voluntariamente ni judicialmente declarado tal, carece, estrictamente, de familia, y no tiene, por eso mismo, derecho

alguno frente al varón y la mujer que sean, en la realidad, sus progenitores derecho a la identidad implica la identidad estática donde los hijos tienen el derecho a conocer a sus progenitores y tienen la facultad de acudir al poder judicial con el propósito de obtener su dilucidación respectiva. Por medio de este análisis de expedientes se aprecia que es posible invocar la prueba de ADN con la finalidad de acreditar la filiación y que los plazos legales se ven desplazados por la búsqueda de la protección al derecho de la identidad que todo menor tiene. Además, se aprecia que la pericia de ADN tiene un alto grado de certeza en la acreditación en la filiación de los niños. Los respectivos juzgados de familia y de paz letrado, han analizado los medios probatorios durante los procesos judiciales y las valoraciones expuestas en las sentencias determinan la importancia de la verdad biológica que se da a través de la prueba de ADN por tener la mayor certeza, además de la inaplicación de plazos legales y supuestos establecidos por nuestra normativa dependiendo del estado de la relación que dio vida a un nuevo ser, relaciones matrimoniales y extramatrimoniales; evidenciando a una normativa desfasada a la situación actual de las familias y un sentido jurisprudencial pro identidad. Sin embargo, con la última sentencia analizada, quedará evidenciado que un porcentaje menor de la jurisprudencia va en contra del sentido jurisprudencial pro identidad que se viene desarrollando en la actualidad; a través de la actuación de la prueba de ADN. Sin embargo, con esta sentencia no se deja de evidenciar la necesidad del establecimiento de un criterio unánime para la resolución de los procesos en los que verse el derecho a la identidad, el deseo de impugnar la paternidad y el establecimiento de la verdad biológica del menor.

#### **9.1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EN EL EXPEDIENTE EXP. 3088-97, 06 DE ABRIL DE 1998, 6TA SALA CIVIL**

En esta sentencia se considera que la declaración de hijo alimentista tal como lo prevé el artículo 415 del Código Civil requiere se acredite que la madre del alimentista haya mantenido relaciones sexuales durante la época de la concepción con el presunto padre, que dicha declaración judicial no genera vínculo paterno filial alguno estableciendo únicamente un derecho alimentario a favor del probable hijo.

El demandado no ha aportado prueba respecto a alguna causal que torne improcedente la acción, como lo es la vida notoriamente desarreglada, de la madre, o tuviera trato carnal con persona diferente del presunto padre, o que fuera éste manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con aquella.

Como se verifica del contenido de ambas declaraciones, la primera afirma el hecho de la responsabilidad del emplazado en el embarazo de la demandante mientras que la otra manifiesta que lo ignora y por lo tanto no lo niega.

Que, obran los documentales que certifican la desfraternización del hermano Armando Román, por transgresión del Séptimo mandamiento, al haber incurrido en adulterio con Esther Aguirre.

Que el juzgador debe valorar la prueba aportada con criterio lógico – jurídico y de conciencia; por estos fundamentos.

#### REVOCARON

La sentencia apelada que obra de fojas novecientos noventa y siete, que declara infundada la demanda interpuesta por doña Esther Aguirre contra Armando Calderón sobre alimentos a favor de su menor hijo (a), la que REFORMÁNDOLA DECLARARON fundada la demanda antes mencionada y en consecuencia, fijaron en cuatrocientos nuevos soles la suma que como pensión alimenticia deberá pagar don Armando Calderón a doña Esther Aguirre a favor de su menor hijo (a) XX, en forma mensual y adelantada.

#### **9.2. CASACIÓN N°2466-2003 - APURÍMAC. SALA CIVIL TRANSITORIA.**

Exoneración de Alimentos; Se trata del recurso de casación interpuesto por N.V.C., contra la resolución de vista de fojas ochenta y uno, su fecha veintiuno de agosto del dos mil tres, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, que confirmando la apelada de fojas sesenta y uno, su fecha dieciséis de julio del mismo año, declara fundada la demanda y dispone la exoneración de alimentos; con los demás que contiene; Mediante resolución expedida por ésta Suprema

Sala, de fecha siete de noviembre del dos mil tres, se declaró PROCEDENTE el presente recurso, por la causal prevista en el inciso segundo del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil referida a la inaplicación del tercer párrafo del artículo cuatrocientos ochenta y tres Código Civil, concordado con el artículo cuatrocientos veinticuatro del mismo Código, que en forma expresa disponen que subsiste la obligación del proveer al sostenimiento de los hijos e hijas mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito una profesión u oficio; sin embargo, las instancias de mérito no han tenido en cuenta que el recurrente ha demostrado en forma amplia respecto a la subsistencia del estado de necesidad alimentaria, así como que se encuentra estudiando en forma exitosa una profesión u oficio, Considerando Que, el derecho alimentario es derecho humano fundamental de atención prioritaria, pues se encuentra estrechamente ligado a la subsistencia y desarrollo de la persona, por ello goza de protección, no sólo en la legislación nacional sino en tratados internacionales; Que, las instancias de mérito, han reconocido que el demandado se encuentra cursando estudios, acreditado con documentos que obran en autos, sin embargo han estimado procedente la exoneración de alimentos del hijo alimentista, solicitada por Orestes Vega Morales, tema que es materia de cuestionamiento por el recurso de casación que nos ocupa; Que, el artículo cuatrocientos ochenta y tres tercer párrafo del Código Civil modificado por la Ley número veintisiete mil seiscientos cuarenta y seis protege al alimentista cuando ha transcurrido la mayoría de edad, sí: "...está siguiendo una profesión u oficio exitosamente..."; artículo que resulta perfectamente aplicable a los hijos alimentistas al ser coherente con el artículo sexto in fine de la Constitución Política del Estado, según el cual todos los hijos tienen iguales derechos y deberes; Que, así establecidas las reglas, se puede determinar que resulta plenamente aplicable al presente caso la norma bajo comentarios pues conforme han dilucidado las instancias inferiores, el demandado acreditado en forma fehaciente que se encuentra siguiendo estudios de manera exitosa conforme a las constancias de fojas veinte y veintidós y resultados académicos de fojas diecinueve;

además, con los documentos de fojas dieciséis a dieciocho ha probado realizar los pagos respectivos; más aún cuando en el presente caso el actor ha venido prestando asistencia alimentaria al demandado durante dieciséis años, sin hacer uso de la facultad de llevar a cabo las pruebas genética necesarias para descartar definitivamente la paternidad que todo este tiempo se le ha atribuido; Que, a mayor abundamiento resulta pertinente tener en cuenta que, si bien el artículo cuatrocientos quince del Código Civil establece taxativamente que el hijo alimentista tiene derecho a una pensión de alimentos hasta los dieciocho años; en similares términos se contemplan los alimentos para el hijo reconocido, que en un principio se mantiene también hasta dicha edad como señala el artículo cuatrocientos ochenta y tres en su segundo párrafo, según el cual la pensión que se pasa a los hijos menores de edad deja de regir cuando se ha l. a la mayoría de edad y como también resulta del artículo cuatrocientos setenta y dos del Código Civil; lo que corrobora que la obligación de alimentos para el alimentista que sigue una profesión u oficio exitosamente es un derecho contemplado tomen para los hijos alimentistas a que se refiere el artículo cuatrocientos quince precitado; Que, por estas consideraciones, resulta aplicable al presente caso, la última parte del artículo cuatrocientos ochenta y tres del Código Sustantivo; y de conformidad con lo previsto en el acápite primero del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil; SENTENCIA: declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por N.V.C., a fojas ochenta y ocho; en consecuencia CASARON la resolución superior de fojas ochenta y uno, de fecha veintiuno de agosto dos mil tres; y actuando en sede de instancia; REVOCARON la sentencia apelada de fojas sesenta y uno, su fecha dieciséis de julio del dos mil tres, que amparó la demanda dispone la exoneración de alimentos;

REFORMÁNDOLA declararon INFUNDADDA la demanda; en la causa seguida por O.V.M. contra N.V.C., sobre exoneración de alimentos; MANDARON se publique la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; y los devolvieron.-

## 10. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL PROCESO DE AMPARO Nº 4167-2011-CALLAO

### **La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia recaída en el Proceso de Amparo Nº 4167-2011- Callao:**

Ratifica el criterio jurisprudencial por el cual se establece que el reconocimiento de paternidad puede accionarse en cualquier momento, declarando inaplicable los plazos de caducidad para dicha pretensión. La parte demandante formulo demanda de acción de amparo al considerar que se le estaban vulnerando sus derechos constitucionales, fundamentando su demanda en el principio de imprescriptibilidad de la filiación de paternidad regulado por nuestro Código de Civil de 1984. Se precisa, que el demandante interpuso demanda de filiación de reconocimiento de paternidad, contra la sucesión de su padre biológico La parte demandada hizo prevalecer una excepción de caducidad debido a que el demandante nació durante la vigencia del derogado Código Civil del año 1936, cuerpo legal que en su artículo 379° señalaba que: “No podrá intentarse la acción para que se declare la paternidad después de transcurridos tres años de la mayoría del hijo. Sin embargo, en el caso del inciso 2 80 del artículo 366° (cuando el hijo se halle en la posesión constante del estado de hijo ilegítimo del padre), la acción subsiste hasta la expiración del año siguiente al fallecimiento del presunto padre”. Por su parte la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, considera que es inaplicable el artículo 379° del Código Civil de 1936, toda vez que atenta contra el derecho a la identidad del demandante en el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial y por cuanto la verdad genética no puede estar subordinada a un plazo. En lo concerniente a las consideraciones de la corte suprema se aprecia que el Colegiado Supremo, confirmó los criterios asumidos por la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín y declaró la inaplicación del artículo 379°, al considerar que las normas de rango constitucional deben de primar sobre las normas de rango procesal, todo ello en razón de que “el derecho a la identidad tiene jerarquía constitucional” y al estar este reconocido por nuestro ordenamiento

jurídico actual no tendría por qué ser desplazado por una norma anterior. Finalmente, se declaró nulo el auto de vista que declaró fundada la excepción de caducidad de la filiación. Por lo tanto, se concluyó que la Corte Suprema (CS) ratifica el criterio jurisprudencial: “El reconocimiento de paternidad puede accionarse en cualquier momento y no es de aplicación los plazos de caducidad”. Consideramos que la verdad sobre la paternidad genética no puede estar subordinada a plazo alguno de caducidad, pues toda persona tiene derecho a su identidad. Por lo tanto, ninguna norma, ya sea vigente o que pretenda aplicarse ultractivamente (como el Código Civil de 1936) podría desconocer dicho derecho constitucional. Así lo estableció la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia recaída en el Proceso de Amparo N° 4167-2011-Callao. En este proceso se cuestionaba un auto de vista emitido en el 81 trámite de un proceso sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial, que declaraba fundada la excepción de caducidad bajo las reglas previstas en el artículo 379 del Código Civil de 1936. Se observa que el caso que motivó esta decisión fue el siguiente: una persona interpuso demanda de filiación de reconocimiento de paternidad y la dirigió contra la sucesión de su padre biológico. En dicho proceso, la parte demandada hizo prevalecer una excepción de caducidad debido a que el demandante nació durante la vigencia del derogado Código Civil de 1936, cuerpo legal que en su artículo 379 señalaba que “no podrá intentarse la acción para que se declare la paternidad después de transcurridos tres años de la mayoría del hijo. Sin embargo, en el caso del inciso 2 del artículo 366 (cuando el hijo se halle en la posesión constante del estado de hijo ilegítimo del padre), la acción subsiste hasta la expiración del año siguiente al fallecimiento del presunto padre”. En este contexto el Juez del Cuarto Juzgado de Familia de Huancayo aplicó el referido artículo 379 y estimó la excepción de caducidad presentada por los miembros de la sucesión. Frente a lo resuelto, el demandante decidió cuestionarlo por medio de una acción de amparo debido a que consideró que se vulneraban sus derechos constitucionales fundamentando su demanda en que el principio de imprescriptibilidad de la filiación de paternidad ya está regulado por el Código Civil de 1984. Las razones del amparo: la prevalencia de la verdad genética; la demanda de amparo fue declarada fundada por la

Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, declarándose inaplicable el artículo 379 del Código de 1936, toda vez que atenta contra el derecho a la identidad del demandante en el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial y por cuanto la verdad genética no puede estar subordinada a un plazo. Se apeló la sentencia, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema confirmó los criterios asumidos por la instancia previa y declaró la inaplicación del artículo 379. La Corte consideró que las normas de rango constitucional deben de primar sobre las normas de rango procesal, todo ello en razón de que el derecho a la identidad tiene jerarquía constitucional y al estar este reconocido por nuestro ordenamiento jurídico actual no tendría por qué ser desplazado por una norma anterior.

#### **10.1. ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 864-2014-ICA**

La casación N° 864-2014-Ica (El Peruano, 30/12/2014), en la cual el demandante cuestiona haber reconocido a un menor como hijo suyo. Pues, acredita su no paternidad a través del examen de ADN, indicando que fue inducido a engaño por la demandada para practicar dicho reconocimiento. El supuesto padre demanda la nulidad de la partida de nacimiento del menor, ante la municipalidad correspondiente, por encontrarse viciado, debido al dolo proveniente del engaño de la madre del menor, al obligarle mediante amenazas a reconocer y/o firmar una paternidad indebida y nula debido a que de la prueba de ADN que se practicó, resulta que al 100 % no es el padre biológico. En Primera Instancia, declaran fundada la demanda en razón a que del informe pericial se ha desprendido que no existe vínculo parental que lo una con el menor por lo que, tal pretensión deber ser atendida, considerando además el interés superior del niño y el resguardo de su derecho a la identidad. En segunda instancia, revocan la sentencia apelada y declaran infundada la demanda en atención a que la norma imperativa contenida en el artículo 395 del Código Civil, establece la irrevocabilidad del reconocimiento, por lo que una vez llevado a cabo no se puede impugnar; salvo excepciones como error, dolo y violencia que en el presente caso no han sido probados fehacientemente y que, además, la

prueba de ADN no es un hecho suficiente para solicitar la anulación, debido a que también debe concurrir el supuesto de una voluntad viciada, puesto que, la voluntad sola no es suficiente. En atención a lo anteriormente señalado la Sala Suprema concluye que el reconocimiento de paternidad o maternidad es un acto irrevocable y exento de modalidades, por lo que debe interpretarse de manera sistemática con la integridad de nuestro ordenamiento normativo jurídico, esto es de conformidad con la 86 constitución que establece el derecho al nombre y con el artículo VI del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes que señala la verdad biológica, según el cual el derecho a la identidad del menor, incluye el derecho a conocer a sus verdaderos padres y llevar sus apellidos. La Sala Civil Transitoria casa la sentencia vista y enfatiza que el artículo 395 del Código Civil –sobre irrevocabilidad del reconocimiento de paternidad– debe interpretarse en concordancia con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, esto es, sobre la concepción del derecho a la identidad. En tal sentido, indica que el derecho a la identidad, en el marco de lo dispuesto por el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres. Ergo, la Sala Civil, ordena se emita una nueva resolución. Existe un voto en minoría que declara infundada el recurso de casación, pues señala que cuando se objeta el derecho a la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental. Así, en algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica deberá imponerse a la verdad legal atendiendo a situaciones especiales límites que el juez debe analizar.

## **10.2. ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 3797-2012-AREQUIPA**

La demanda fue entablada por el padre de un adolescente de diecisiete años a efectos de que se practique la prueba de ADN, pues por referencia de terceros se había enterado de que él no era el verdadero padre del menor. En respuesta, la madre del menor formuló excepción

de caducidad, ya que según lo establecido por el artículo 400 del Código Civil establece el plazo de 90 días para negar el reconocimiento, por lo que la acción interpuesta por el demandante había caducado de pleno derecho. Asimismo, agregó que el artículo 399 del Código Civil señala que el reconocimiento solo puede ser negado por el padre que no intervino en el acto de reconocimiento. 87 Estos argumentos fueron recogidos por la Sala Suprema quien haciendo referencia a lo alegado por la parte demandada; plazo de caducidad de 90 días y el hecho de que el padre haya reconocido al menor mediante acto formal; así mismo señaló el carácter irrevocable del reconocimiento, dispuesto por el artículo 395 del Código Civil. Declarando improcedente la demanda de impugnación de paternidad de un menor de edad de diecisiete años. La Sala dentro de uno de sus considerandos expresó que la paternidad no se fija solo por la verdad genética, señaló la Suprema, pues este constituye únicamente un aspecto de la identidad, que es la estática; mientras que la identidad dinámica es un proyecto continuo más allá de los datos fijos, que es la propia historia del individuo, lo que lo hace idéntico así mismo. Como se puede apreciar, esta sentencia contraviene la tendencia jurisprudencial que hasta entonces le otorgaba preponderancia a la prueba científica de paternidad sin acoger el criterio dispuesto por el Código Civil, respecto a la resolución de los procesos de impugnación de paternidad frente al esclarecimiento de la verdad biológica del menor a través de la prueba de ADN.

## CONCLUSIONES

- PRIMERA:** A partir de los estudios realizados los datos doctrinarios, la filiación es una figura jurídica que se encuentra vigente en nuestra sociedad, que no se le otorga la relevancia jurídica que amerita un derecho fundamental.
- SEGUNDA:** En un país como el nuestro que se acepta el Sistema de Investigación de la Paternidad, basado en las pruebas científicas, justifica la norma de apoyo (art. 415 del Código Civil) que ofrece la figura jurídica del 'hijo alimentista' concebida para un sistema basado en presunciones se vuelve débil y vulnerable por la certeza del resultado obtenido.
- TERCERO:** La subsistencia de la figura jurídica del hijo alimentista, que se consideraba necesaria para no dejar en desamparo a un menor, basado en presunciones de paternidad, es hoy fuente de daños por incentivar la falta de emplazamiento oportuno de la filiación extramatrimonial y quitarle el status de hijo, en lugar de la búsqueda o goce del Derecho a la Identidad.
- CUARTO:** Con la creación de la Ley de Filiación Extramatrimonial, que acepta como prueba plena, debido al grado de certeza que ofrece la prueba genética de ADN; por lo que esta institución jurídica del hijo alimentista, carece ya de utilidad frente al actual estado de la ciencia para determinación de la paternidad extramatrimonial.
- QUINTO:** El status de hijo alimentista, ocasiona daños en su esfera personal y emocional; conllevando a una vulneración proveniente de la sociedad, de sus padres y más aun de la madre que teniendo la certeza de quien es el padre del menor, retarda injustificadamente el emplazamiento de la declaración judicial de paternidad negándole derecho a la identidad, derecho a la herencia y a todos los que un hijo matrimonial o extramatrimonial reconocido gozan.

- SEXTO:** El presente trabajo de investigación busca que el menor tenga la identidad, de la cual el padre se ha desentendido, con la **ELIMINACION DEL ART. 415 DEL CODIGO CIVIL**, habida cuenta que la Ley N° 28457, es un mecanismo más rápido, en la vía del proceso especial, por el cual se emplaza al demandado y si éste no formula oposición dentro del plazo de diez días se le considera como padre del menor cuya paternidad se demanda y como consecuencia se obligue al padre biológico a asistirlo en cuanto a necesidades básicas como vivienda, salud, educación, además de esto tenemos que el menor reconocido este amparado por el derecho hereditario, al llevar el apellido paterno goce de una seguridad jurídica.
- SEPTIMO:** La investigación evidencia la necesidad de un sistema único de declaración judicial de paternidad para salvaguardar el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial no reconocido, basado en las pruebas genéticas o científicas, en consecuencia la celeridad en la aplicación sistemática de las normas procesales, y las medidas cautelares para tutelar cualquier demora, ello muy a pesar de la rapidez que se propugna en la norma, pues, siempre la realidad tiende a superar la previsión normativa.
- OCTAVO:** En el caso de la figura del hijo alimentista, hemos descubierto la existencia de inconsistencias del procedimiento y claras vulneraciones al derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, a saber, el funcionamiento del proceso de hijo alimentista como un proceso alternativo de búsqueda de filiación, el incentivo de la falta de emplazamiento oportuno de la filiación, el respaldo del status de hijo alimentista, que como se expone en el presente trabajo vulnera los derechos de un menor.

## APORTE

### PROPUESTA DEL PROYECTO DE LEY PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL ARTÍCULO 415° DEL CÓDIGO CIVIL PROYECTO DE LEY N°:

\_\_\_\_\_  
Proyecto de Ley que propone la derogación del artículo 415° del Código Civil, referido a los Derechos del Hijo Alimentista.

El Congresista de la República que suscribe, \_\_\_\_\_, miembro del Grupo Parlamentario \_\_\_\_\_, en ejercicio del derecho de iniciativa conferida por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente:

### PROYECTO DE LEY

#### I. CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú en su artículo 1° señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Que, la Constitución Política del Perú en su artículo 2° señala que:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Que, la Constitución Política del Perú en su artículo 6° señala que: La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a

sus padres. 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.

Que, los avances a los que ha permitido llegar la ciencia, la técnica ADN se utilizó por primera vez en 1987, en los Estados Unidos de Norteamérica, por un tribunal de la Florida. Esta técnica consiste en un estudio molecular que permite generar perfiles genéticos para así establecer si el presunto padre o madre debe ser incluido o excluido. La exclusión de la paternidad o de la maternidad mediante la técnica ADN es irrefutable, Desde mediados de la década de los noventa, esta técnica se encuentra catalogada como tecnología de punta, ya que ofrece certeza, permite establecer la verdad y descartar toda posibilidad de duda

Que, el artículo 415 del Código Civil, señala Derechos del hijo alimentista, fuera de los casos del Artículo 402º, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este Artículo. Asimismo, podrá accionar ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos el cese de la obligación alimentaria si comprueba a través de una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no es el padre.

Que, por los motivos expuestos se necesario la eliminación del mencionado dispositivo legal, puesto que ha quedado fosilizado, por los avances en pruebas científicas de ADN la cual resta a la persona su condición de hijo, el derecho de conocer sus orígenes y en este sentido la figura del hijo alimentista colisiona en nuestro país con el ejercicio del derecho a la identidad.

## II. TEXTO DEL PROYECTO

### **EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

Ha dado la Ley siguiente:

### **LEY QUE DEROGA EL ARTÍCULO 415 DEL CÓDIGO CIVIL**

**Artículo Único.- Derogación del artículo 415 - Derechos del Hijo Alimentista.**

## III. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Ley N° 27048, que modificó diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad, maternidad y filiación, expedida con fecha 28 de diciembre de 1998, admitió la prueba del ADN y otras pruebas de mayor grado de certeza en los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación, estableciendo la presunción de paternidad extramatrimonial en caso de negativa a someterse a la referida prueba.

Sin embargo, no se había previsto en ninguna disposición transitoria qué sucede con los procesos iniciados y concluidos con anterioridad a su vigencia, cuando no existía la posibilidad de las pruebas genéticas que actualmente permite el avance científico y técnico.

La determinación de la verdadera paternidad, maternidad o filiación de una persona constituye el principio de su identidad y es un requisito esencial para su normal desarrollo psicológico y del que no puede ser privado, máxime si el avance de la ciencia moderna permite identificar a los verdaderos padres por medio de numerosas pruebas con un alto grado de certeza, entre ellas el ADN, la que debe tener carácter obligatorio.

Frente al avance de la genética se hace necesario establecer la posibilidad de examinar, a iniciativa de parte, todos aquellos casos en que no se hubieren efectuado los exámenes médicos, incluida, entre otros la prueba de ADN como elemento probatorio, sin que ello signifique atentar contra el principio de la cosa juzgada, toda vez que estas pruebas no existían antes de la dación de la norma.

En efecto, el ordenamiento jurídico peruano así como el de la casi totalidad de los países permite la posibilidad de revisar procesos cuando puedan presentarse nuevas pruebas, aplicándose tal derecho incluso a personas condenadas por delitos tan graves como el del terrorismo, resultaría un contrasentido o abiertamente injusto si no se admitiera similar posibilidad a favor de quienes persiguen un derecho humano fundamental como es el reconocimiento de su filiación y asimismo a favor de quien hubiere sido obligado a un reconocimiento de paternidad o maternidad por decisión judicial.

La Ley 1377 que busca fortalecer la protección de niños, niñas y adolescentes que modifica el artículo 402 del Código Civil – la paternidad extramatrimonial puede ser declarada: inc. 6 – cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas, con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

El inconveniente de esta solución es que el artículo 415 sigue vigente hasta el día de hoy, abriendo la posibilidad que el demandado pueda acogerse a este recurso totalmente valido quedando solo en el papel la intención del sistema judicial y del Estado de proteger los derechos del hijo que no ha sido reconocido ni declarada judicialmente la paternidad.

#### **IV. ANÁLISIS DE COSTO-BENEFICIO DE LA PROPUESTA**

El objeto del presente proyecto de ley es únicamente velar por el adecuado cumplimiento y aplicación del derecho de filiación en el Perú, salvaguardar el derecho a la identidad, al nombre, a la herencia del cual se encuentra desprovista la persona en su status de hijo.

Por lo tanto, no es posible establecer una valoración de carácter económico referido a los efectos que generen la aprobación de la presente iniciativa legislativa. Lo que más bien se logrará es velar por el cuidado del hijo

extramatrimonial y proveer de herramientas suficientes a los operadores del derecho en el caso de los procesos de filiación extramatrimonial.

## V. EFECTO DE LA PROPUESTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La iniciativa legislativa implica únicamente la derogación de los artículos 415° del Código Civil.



## BIBLIOGRAFÍA

1. Código Civil. (2004). Código Civil. Lima: Jurista Editores.
2. Dávila, W. (s/f). *Resultado legal. Obtenido de El ADN y la filiación judicial de paternidad extramatrimonial*: <http://resultadolegal.com/adn/>
3. INFAD Revista de Psicología, 167-182. Revista Vinculando. (2011). El Razonamiento Jurídico del Derecho Alimentario. Obtenido de [http://vinculando.org/documentos/el\\_razonamiento\\_juridico\\_del\\_derecho\\_alimentario.html](http://vinculando.org/documentos/el_razonamiento_juridico_del_derecho_alimentario.html)
4. Plácido, A. (2011). *Blog virtual de Alex Plácido*. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2011/10/07/los-alimentos-desde-una-perspectiva-de-derechos-del-niño/>. Quaglia, R., & Castro, F. V. (2007). El Papel del Padre en el Desarrollo del Niño.
5. Varsi Rospigliosi, E. (2006). *El Proceso de Filiación Extramatrimonial*. Lima: Gaceta Jurídica.
6. Varsi Rospigliosi, E. (2006). *El Proceso de Filiación Extramatrimonial*. Lima: Gaceta Jurídica.

## PLANTEAMIENTO TEÓRICO

### LA FIGURA DEL HIJO ALIMENTISTA UN FÓSIL JURÍDICO FRENTE A LA FILIACIÓN BIOLÓGICA, AREQUIPA 2018

#### PREAMBULO

El derecho a la filiación es uno de los más importantes del ser humano, el derecho a conocer a sus padres, sus orígenes de donde viene, el mismo que se convierte en un derecho fundamental inalienable y perpetuo.

Al tratarse de un derecho fundamental, consideramos que las normas legales reguladoras del derecho de familia y en especial del derecho a la filiación deben interpretarse y aplicarse sin contravenir con la Constitución y de derechos humanos, habida cuenta que muchas instituciones jurídicas del Derecho Romano que se encuentran consagradas en nuestro ordenamiento, ya se encuentran desfasadas debido a los adelantos científicos como es el caso del ADN y su aplicación para determinar la filiación con 99.99% de certeza.

En este trabajo exponemos la tanto la naturaleza, trascendencia e importancia de la filiación como el artículo 415 del Código Civil otorga un tratamiento inadecuado que se en el ámbito social como en lo legal.

Así ponemos a consideración no solo del jurista sino de la comunidad académica los resultados a los que hemos arribado, con la clara conciencia que las limitaciones que presenta. Abrigamos también la esperanza de contribuir de alguna forma a que se dé un mejor trato a este derecho.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se contempla una simple acción a efectos de alimentos, fundada en la posibilidad de la paternidad; esto es, sobre la base de una presunción relativa de paternidad para solo los efectos alimentarios. Vale decir, fuera de los supuestos excepcionales de investigación judicial de la paternidad, se permite al hijo extramatrimonial reclamar una pensión de alimentos –que se regula de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 481 del Código Civil: considerando las necesidades de quien los pide y las posibilidades de quien debe darlos– al varón que ha tenido relaciones sexuales con su madre, durante el periodo legal de la concepción; pensión que estará vigente hasta la edad de 18 años cumplidos, pudiendo subsistir si llegado a su mayoría no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental (artículo 415 del Código Civil).

Se trata, entonces, de un hijo extramatrimonial cuya paternidad no ha sido reconocida ni declarada judicialmente. Al respecto, la Corte Suprema ha determinado el sentido del artículo 415 del Código Civil. Así: “Consecuentemente, la correcta interpretación de la norma citada es que el pago de alimentos, en el caso de hijos extramatrimoniales tiene como finalidad evitar que los hijos no reconocidos voluntariamente queden en estado de indefensión al no poder satisfacer sus necesidades económicas, debiendo asumir tal responsabilidad el que ha mantenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción.

### 1.1. Problema General

Este trabajo de investigación obedece a las dificultades que advierte el hijo alimentista dispuesto en el artículo 415 del Código Civil Peruano, afectando los derechos fundamentales y constitucionales; siendo las pruebas biológicas de ADN o exámenes análogos, las den una respuesta al vínculo jurídico familiar, tener el artículo en nuestro ordenamiento jurídico da como resultado las interrogantes las siguientes:

### 1.2. Planteamiento Problema general

El presente trabajo plantea:

- ¿Se protege el Derecho a la Identidad?
- ¿Se protege el Principio de Interés Superior de Niño?
- ¿El artículo 415 del Código Civil Peruano vulnera el derecho el Derecho Constitucional de Igualdad ante la Ley?
- Filiación como Derecho Constitucional

### 1.3. Planteamiento de Problemas Específicos

- La Filiación como acto biológico y jurídico
- El derecho a la identidad personal en el ordenamiento jurídico constitucional peruano
- El derecho a conocer el origen biológico

## 2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación tiene relevancia en el derecho, siendo que la figura del hijo alimentista en nuestro ordenamiento jurídico, pasa a ser un fósil jurídico, con los avances de los denominados marcadores genéticos de la paternidad y que sirven para determinar positivamente la misma o su descarte;

- a. Como se desprende del propio texto del artículo 415, lo que se consagra en él es una presunción de paternidad para solo los efectos alimentarios (es decir, que no acarrea ninguna consecuencia en el orden de la herencia, del uso del apellido, del ejercicio de la patria potestad ni de ningún otro derecho propia de la filiación legalmente establecida, en vista de que la mera relación sexual en la época de la concepción, tratándose de establecer la paternidad, no es suficiente para conseguir sentencia declaratoria de la misma, si no va acompañada de alguna de las circunstancias puntualizadas en el artículo 402.
- b. El código hace una diferenciación entre los hijos extramatrimoniales reconocidas voluntariamente o por sentencia judicial, y que tienen todos los derechos y obligaciones en igualdad con los hijos matrimoniales y los hijos que sin gozar del reconocimiento o de sentencia judicial, tienen solamente a alimentos.

La igualdad entre los hijos, denominado como “el principio de igualdad de categorías de la filiación”. Sobre la base de este principio se considera que todos los hijos tienen igualdad de derechos sin distinción del estado civil de los padres o la forma como fueron procreados (Alex, 2008)

- c. El hijo extramatrimonial no reconocido solo puede exigir alimentos de su presunto padre, pero no de los ascendientes ni de los descendientes de la línea paterna. En cuando la extinción del derecho alimentario que consagra, puede ocurrir por llegar el alimentista a la edad de dieciocho años o por morir el alimentante o el alimentista. Extinguida la obligación por la muerte del alimentante; y- acogiendo la posición del ponente- ha suprimido del artículo 381 del código derogado la referencia – oscura e inaplicable- al derecho de los herederos del hijo para proseguir la acción si este hubiese muerto.
- d. En la época actual con la aparición de las pruebas genéticas de identificación del momento de la concepción, existe la prueba de ADN, que arroja el resultado de la paternidad, eliminando todo tipo de presunción de filiación, por lo que se desprende que debe **DESAPARECER** de nuestro ordenamiento jurídico la figura del hijo alimentista.
- e. La Ley 28439 en su artículo 5 que modifica el Artículo 415º.- Derecho del hijo alimentista Fuera de los casos del artículo 402º, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continua vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede promover a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si estas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo. Asimismo, podrá accionar ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos el cese de la obligación alimentaria si comprueba a través de una prueba

genética u otra validez científica con igual o mayor grado de certeza que no es el padre”, observándose que no se hace relación que si saliera positivo el resultado no se hace imperativo el derecho de filiación por parte del demandante.

### **3. CONCEPTOS BÁSICOS EXTRAÍDOS DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

#### **3.1. DERECHO A LA IDENTIDAD:**

Fernández Sessarego (1992) la define de la siguiente manera, como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Este plexo de características de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y que permite a los demás conocer a la persona, cierta persona en su mismidad, en lo que ella es en cuanto específico ser humano.

#### **3.2. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

En el tema de referencia es el conjunto de garantías de la vigencia de los derechos que le son inherentes y reconocidos. Con la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del niño deja de ser un ideal social para convertirse en un principio jurídico garantista, encontrándose en armonía con los derechos humanos, evitándose todas formas de potencial abuso de autoridad y de poder por los niños y adolescentes en estado de indefensión.

#### **3.3. IGUALDAD DE LOS HIJOS ANTE LA LEY**

Se encuentra en la Constitución Política del Perú en su artículo 6, en el cual se prohíbe toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de su filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad, siendo denominado como el principio de igualdad de categorías de filiación, sin hacer distinción por estado civil de sus progenitores, la forma como fueron procreados o su condición social.

### 3.4. FILIACIÓN COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

**VÍNCULO JURÍDICO FAMILIAR**, para Varsi Rospigliosi (2005) la filiación es una forma de estado de familia que implica: (i) un estado jurídico asignado por la ley a una persona el cual se deriva de la relación natural de la procreación que liga a una persona a otra; (ii) un estado social que se origina respecto a otras personas; y (iii) un estado civil que implica la situación jurídica frente a la familia y a la sociedad. Es importante la relevancia jurídica que tiene la filiación de una persona ya que de ella se derivan los derechos y obligaciones propios del estado de hijo.

#### 4. INTERROGANTES

- ¿Es relevante el artículo 415 el Hijo Alimentista en nuestro ordenamiento jurídico?
- ¿Cuál es la importancia de la filiación?
- ¿La figura del hijo alimentista contraviene el interés superior del niño?

#### 5. OBJETIVOS

##### 5.1. Objetivo General

- Demostrar argumentativamente que el artículo 415 Hijos Alimentistas, se encuentra frente a las pruebas biológicas de paternidad.

##### 5.2. Objetivos Específicos

- Establecer la importancia de la filiación.
- Precisar la relevancia del hijo alimentista.
- Determinar si el Hijo Alimentista contraviene el interés superior del niño ante la posibilidad de la prueba de ADN.

#### 6. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

##### A nivel local y nacional:

- **OJEDA CHÚ**, Mariana Lucía. La vigencia del hijo alimentista y la posible gratuidad de la prueba de ADN en los procesos de filiación. (2014).

### A nivel internacional:

- **OPERTTI BADAN, Didier** exposición de motivos del proyecto de Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores (Montevideo, Uruguay, 1988).
- **VAZ FERREYRA, Eduardo** en su obra sobre obligación alimentaria en Argentina, se pronuncia en favor de la autonomía científica de ésta.

## 7. HIPOTESIS

**DADO QUE**, las pruebas biológicas de ADN en los procesos de filiación de paternidad, no solo permiten la simple eliminación de la presunción del vínculo jurídico familiar,

**ES PROBABLE QUE**, la vigencia del hijo alimentista en nuestra legislación, ya se encuentran desfasadas debido a las pruebas de ADN y su aplicación para determinar la filiación con 99.99% de certeza, aceptándose como prueba plena para determinar la filiación, la eliminación de este artículo, conllevará a la igualdad de los derechos de los hijos.

## 8. ESQUEMA DEL CONTENIDO DEL INFORME

### 8.1. Capítulo I:

- Desarrollo de los conceptos de los conceptos de filiación, paternidad, pruebas biológicas de ADN, interés superior del niño, derecho a identidad.

### 8.2. Capítulo II:

- Legislación peruana del hijo alimentista, filiación en el Perú, tratados internacionales sobre el interés superior del niño, vínculo jurídico nacional, jurisprudencia nacional e internacional.

### 8.3. Capítulo III:

- Conclusiones, sugerencias y propuesta.

## MARCO OPERATIVO

### 1. FUENTES DE CONSULTA:

Las fuentes empíricas en la presente investigación se clasifican en dos:

- Las fuentes primarias, estarán constituidas por el marco normativo vigente en nuestro país sobre el tratamiento que le concede al hijo alimentista, Código Civil.
- Las fuentes secundarias, estarán constituidas por toda la literatura existente (doctrina, experiencia extranjera, etc.) respecto al hijo alimentista que es materia de la presente investigación.

### 2. ESTRATEGIA METODOLÓGICA:

- Primero, se buscarlos antecedentes del hijo alimentista y si contraviene el interés superior del niño.
- Segundo, se buscará y analizará la jurisprudencia nacional e internacional relacionada al derecho a la identidad.
- Tercero, se revisará la legislación nacional y los convenios internacionales en materia de filiación mediante pruebas biológicas.
- Cuarto, se analizará la finalidad del hijo alimentista en la legislación peruana, así como la eliminación de la presunción de paternidad mediante pruebas biológicas.
- Quinto, se hará un análisis de la información recaudada y se arribará a las conclusiones, sugerencias y propuestas del trabajo de investigación.

#### 2.1. TIPO Y NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN:

- **Tipo** : Documental
- **Nivel** : Descriptiva - Explicativa

#### 2.2. MÉTODOS UTILIZADOS:

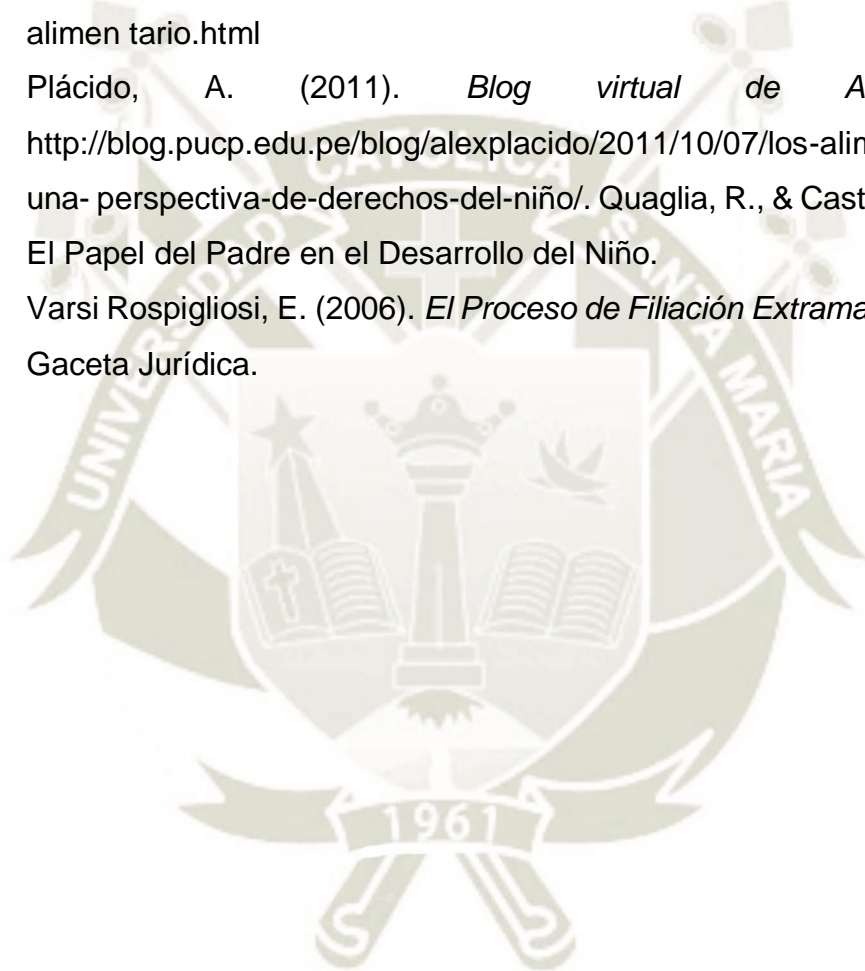
En la rama del Derecho, los métodos son específicos por tratarse de una ciencia particular dentro de la clasificación de las ciencias humanas, por lo tanto, en el presente estudio utilizaremos el método dogmático – axiológico, socio – jurídico y de análisis y síntesis.

### 3. CRONOGRAMA

Tiempo	Abril				Mayo				Junio				Julio			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Actividad																
1. Presentación del Proyecto de Investigación.	X															
2. Aprobación del Proyecto de Investigación.		X	X													
3. Recopilación de información.				X	X											
4. Elaboración del Marco Teórico.						X	X	X								
5. Marco Operacional.									X	X	X					
6. Redacción de sugerencias y conclusiones.												X				
7. Redacción de Informe Final													X	X	X	X

## BIBLIOGRAFÍA

1. Código Civil. (2004). Código Civil. Lima: Jurista Editores.
2. Dávila, W. (s/f). *Resultado legal. Obtenido de El ADN y la filiación judicial de paternidad extramatrimonial*: <http://resultadolegal.com/adn/>
3. INFAD Revista de Psicología, 167-182. Revista Vinculando. (2011). El Razonamiento Jurídico del Derecho Alimentario. Obtenido de [http://vinculando.org/documentos/el\\_razonamiento\\_juridico\\_del\\_derecho\\_alimentario.html](http://vinculando.org/documentos/el_razonamiento_juridico_del_derecho_alimentario.html)
4. Plácido, A. (2011). *Blog virtual de Alex Plácido*. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2011/10/07/los-alimentos-desde-una-perspectiva-de-derechos-del-niño/>. Quaglia, R., & Castro, F. V. (2007). El Papel del Padre en el Desarrollo del Niño.
5. Varsi Rospigliosi, E. (2006). *El Proceso de Filiación Extramatrimonial*. Lima: Gaceta Jurídica.



## ANEXOS

### Instrumentos de Investigación:

#### Ficha Bibliográfica

<b>AUTOR</b>	:	
<b>TITULO</b>	:	
<b>AÑO</b>	:	
<b>CIUDAD</b>	:	
<b>RESUMEN</b>	:	
<b>EDICION</b>	:	

#### Ficha Cibernética

<b>FICHA CIBERNETICA</b>
AUTOR :
TEMA :
IP :
FUENTE :
RESUMEN: