

UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRUJILLO

**ESCUELA DE POST GRADO
DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIAS
POLITICAS**



**ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD
MATRIMONIAL DEL HIJO BIOLÓGICO Y DE LA MADRE
NATURAL DENTRO DEL MATRIMONIO**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR EN
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**AUTOR : Ms. MARCELA ELISABETH DULANTO
MEDINA**

ASESOR : Dr. TEÓFILO IDROGO DELGADO

TRUJILLO – PERU

2008

REG. N°

DATOS DEL DOCTORADO

**NOMBRES Y APELLIDOS : MARCELA ELISABETH DULANTO
MEDINA**

**GRADO ACADÉMICO : MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN
EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

TÍTULO PROFESIONAL : ABOGADA

**CENTRO LABORAL : MINISTERIO PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD
1º FISCALÍA PROVINCIAL PENAL
CORPORATIVA DE TRUJILLO**

e – mail : mdulanto_m@hotmail.com

MIEMBROS DEL JURADO

Dr. Weyder Portocarrero Cárdenas

Dr. Hermes Rubiños Yzaguirre

Dr. Teófilo Idrogo Delgado

*A mis hijos: FREDDY STEVEN y BRENDA
MARCELA ,
razón de mi existencia y espíritu de
superación*

*A mis padres: MANUEL y EMILIA por su
ejemplo de vida y haberme inculcado
valores*

*Agradezco a los Docentes de DOCTORADO
de la Universidad Nacional de Trujillo
por sus enseñanzas impartidas*

*A mi asesor, Dr. Teófilo Idrogo Delgado
por su acertado asesoramiento y
enseñanzas.*

*Asimismo agradezco al Ms. Marco A. Celi
Arévalo, por su asesoramiento en la
metodología de la investigación
científica*

INDICE

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO	IV
INDICE.....	V-VI
RESUMEN.....	VII
ABSTRACT.....	VIII
 I. INTRODUCCIÓN	
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	1
- Planteamiento del Problema.....	13
- Hipótesis	13
 2. MARCO TEÓRICO	
1. El Derecho de Familia.....	14
2. Etimología	15
3. Concepto.....	16
4. Notas conceptuales que definen a la familia.....	17
5. Extensión y organización de la familia	19
6. Importancia de la Familia	23
7. Alcances en el Derecho de Familia.....	24
 3. EL DERECHO DE IDENTIDAD EN EL DERECHO GENÉTICO	
1. Concepto de identidad	29
2. Clases de identidad.....	30
3. El Derecho a la Identidad genética	33
4. El Derecho a la intimidad genética.....	35
5. El Proyecto Genoma Humano	37
6. La identidad y la Constitución de 1993	40
 4. DERECHO DE IDENTIDAD DEL HIJO BIOLÓGICO Y DE LA MADRE NATURAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	
1. Filiación	41
2. Lo biológico y lo jurídico.....	45

5. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL DEL HIJO BIOLÓGICO Y DE LA MADRE NATURAL DENTRO DEL MATRIMONIO	
1. La acción de impugnación de la paternidad Matrimonial	46
1.1. La acción de impugnación rigurosa de la paternidad matrimonial	48
1.2. La acción de simple desconocimiento de la paternidad matrimonial.	58
1.3. Medios de prueba de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.....	68
1.4. El desconocimiento preventivo de la paternidad matrimonial	70
1.5. La legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.....	75
6. OBJETIVOS	
1. Objetivos Generales.....	94
2. Objetivos Específicos.....	94
7. MATERIAL Y METODOS	
1. Material de estudio.....	94
2. Población y muestra.....	94
3. Métodos y Técnicas	95
II. RESULTADOS	98
III. DISCUSIÓN	111
IV. CONCLUSIONES	122
V. RECOMENDACIONES	123
VI. PROPUESTA LEGISLATIVA	124
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	129
ANEXO	134

RESUMEN

La presente investigación está orientada a probar que el artículo 367° del Código Civil Peruano tiene deficiencias en su redacción, porque prescribe que la acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Luego agrega, que sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo (90 días) señalado en el artículo 364° del mismo cuerpo de leyes, el cual expresa un carácter restrictivo y muy cuestionable, pues nuestro Código Civil sigue el mismo esquema del Código Civil Francés, sin embargo, en otras legislaciones, se comprueba que no sólo el marido puede contestar la paternidad, sino también el hijo y sus herederos en forma amplia, por ello estamos proponiendo una modificación del referido artículo, en concordancia con el derecho comparado.

Luego del análisis de la doctrina y legislación nacional y comparada, hemos establecido que realmente hay un vacío legal, por lo que es necesario hacer las enmiendas necesarias a nuestro Código Civil, a fin de mejorar la legislación sobre el problema de investigación.

Palabras Claves: Acción de impugnación, paternidad matrimonial, hijo biológico, madre natural.

ABSTRACT

The present investigation is guided to prove that the article 367° of the Peruvian Civil Code have deficiencies in its writing, because it prescribes that the action to answer the paternity corresponds the husband. Then it adds that their heirs and their ascendancies can begin it if he has died before being conquered the term (90 days) pointed out in the article 364° of the same body of laws, the one which expressed a restrictive and very questionable character, because our Civil Code follows the same outline of the French Civil Code, however, in other legislations, its proven that the husband cannot only answer the paternity, but also the son and their heirs in wide form, for we are intending a modification of the referred article, in agreement with the compared law.

After the analysis of the doctrine and national and compared legislation, we have established that there is really a legal hole, for what is necessary to make the necessary amendments to our Civil Code, in order to improve the legislation on the investigation problem.

Key words: Objection action, matrimonial paternity, biological son, natural mother.

I. INTRODUCCIÓN

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

Las relaciones de parentesco son múltiples, de diversa naturaleza e intensidad. Existe una relación paternal entre padre e hijo, entre abuelo y nieto; las hay también, entre hermanos o entre éstos y los hermanos de su padre y de su madre. Hay igualmente, entre los hijos de hermanos, y entre uno de éstos y el hijo de otro. En fin, entre el marido y los padres o los hijos o los hermanos de la mujer; o entre el bautizado y su padrino.

Pero de todas estas relaciones, la más importante es, sin duda, la que se llama filiación, esto es, “La que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico y más restringidamente la que vincula a los padres con los hijos (filiación en sentido estricto). Este último punto, es el que particularmente nos interesa, la relación paternal se denomina más propiamente paterno-filial, pues si desde la vertiente del hijo se llama filiación, desde la del padre o la madre, se denomina paternidad o maternidad.

En la antigüedad la filiación presenta dos grandes ramas: la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial. Una y otra han sido tratadas por la legislación de manera desigual no igualitaria. Mientras la filiación surgida del matrimonio, conocida como legítima tenía sus reglas propias, la que se originaba extramatrimonialmente, era tratada de modo distinto y disminuido. Sin embargo el trato desigual para los hijos matrimoniales y extramatrimoniales ha cambiado con el transcurso del tiempo y gracias a la evolución doctrinaria jurídica, y basándose en el

principio de la libertad del ser humano que rechaza en cualquier grado todo concepto que lo sitúe en una condición de inferioridad frente a sus congéneres, por lo que, actualmente los hijos matrimoniales como los extramatrimoniales gozan de los mismos derechos.

En la filiación matrimonial, dado el antiguo misterio de la paternidad, que ya está en proceso de superación gracias al avance de la genética y de la biología, tradicionalmente se estableció una presunción, que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, la cual es *juris tantum*, habida cuenta que la paternidad puede ser impugnada por el padre.

La acción de impugnación de la paternidad matrimonial se enmarca dentro de las acciones de filiación, específicamente la de filiación matrimonial, la cual a su vez se subdivide en:

- a) Impugnación de paternidad matrimonial.
- b) Impugnación de maternidad matrimonial y.
- c) Reclamación de filiación matrimonial.

Asimismo, las acciones de filiación además de dividirse, según la naturaleza de la familia: en acciones de filiación matrimonial y filiación extramatrimonial, se dividen a su vez en:

Acciones de reclamación y. Acciones de impugnación.

Pues se parte de una situación anterior a la que se ejercitaba, bien para reclamar el estado de filiación que se pretende obtener, bien para impugnar el que ostenta el demandado. Es decir, mediante las

acciones de filiación se realiza la investigación de la paternidad y de la maternidad.

En las diferentes legislaciones, a través del tiempo, han surgido criterios sobre la admisión de la investigación de la paternidad, las cuales se pueden clasificar en:

- **Criterio prohibitivo absoluto.**- Recogido por el Código de Napoleón, y según el cual no era posible la investigación de la paternidad ya sea para impugnarla o reclamarla, excepto el caso de raptó, cuando su fecha coincidía con la de la concepción del hijo.

- **Criterio prohibitivo con amplias excepciones.**- También prohibía la investigación de la paternidad, pero de manera relativa, pues permitía en diferentes circunstancias, según la formación legal de que se trate.

- **Criterio permisivo con eficacia restringida a los alimentos.**- Tomado por el Código Alemán, quien permitía la investigación de la paternidad natural y la facilitaba a través de una presunción derivada de la cohabitación con la madre, durante la época de la concepción, produciendo solo efecto alimenticio, es decir, no establecía una patria potestad ni derechos sucesorios, por lo tanto no derivaba un parentesco en sentido jurídico.

- **Criterio permisivo sin equiparación de los hijos extramatrimoniales a los matrimoniales.**- Recogido por el derecho Castellano y Catalán.

- **Criterio permisivo con equiparación de los hijos extramatrimoniales a los matrimoniales.**- Criterio seguido en Noruega y Rusia.

- **Combinación de los criterios prohibidos y permisivos**,.- Impuesto en Bélgica y también en Francia, con el transcurso del tiempo, se caracteriza por permitir la investigación de la paternidad, pero no de una forma libre sino de acuerdo a algunas causales establecidas legalmente

Nuestro Código Civil, sigue este último criterio, respecto de la investigación de la paternidad al establecer los casos en que se la permite y contempla, es decir la Ley fija determinados supuestos de hecho, que si resultan acreditados permiten al Juez considerar si se ha probado o no la existencia del nexo biológico, y a falta de los cuales no puede intentarse la prueba de dicha existencia, es así como el artículo. 363 del Código Civil prescribe: “El marido que no se crea padre del hijo de su mujer, puede negarlo:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dada las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo.
3. Cuando esté judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2do., salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.
4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.
5. Cuando se demuestre a través de la prueba de ADN. u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no exista vínculo parental. 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”.

Asimismo, otra característica del actual régimen de filiación matrimonial, en caso de las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial, es reservar el ejercicio de la pretensión a favor del padre, impidiendo con ello, que el propio hijo, pueda hacerlo a pesar de su evidente interés en conocer quienes son sus padres, o presunto padre biológico, a pesar de su evidente interés en conocer su identidad familiar. Es así, que el artículo 367 del Código Civil, establece que el único titular de la acción de impugnación es el marido.

Se ha sostenido que este criterio restrictivo se fundamenta en el interés de preservar al orden familiar de procesos escandalosos e injustificados, que podrían afectarlo moralmente y que se funda también en el *“favor legitimatis”*, a partir del cual el orden jurídico prefiere mantener la filiación matrimonial, el que redundaría en beneficio del hijo y de la madre, por obvias razones de índole moral.

Sin embargo, las críticas al sistema actual, basadas en causales cerradas establecidas legalmente, saltan a la vista: ya que la previsión del legislador es siempre mas pobre que la realidad y pueden ser marginados muchos casos que no se encuadran en las causales legales establecidas. Por cuestión técnica, es el sistema restrictivo notablemente inferior a otros mas abiertos y flexibles, expuestos a imparcialidad e imprevisión.

Asimismo, el interés de no exponer la intimidad familiar al escándalo por razones morales, no es tan cierto, puesto que las causales

legales establecidas, afectan igual que cualquier otro supuesto, que en el régimen abierto se puede invocar, para demostrar que no se es padre del menor.

De otra parte, con lo concerniente a la legitimidad para obrar en este tipo de procesos, al reducir la titularidad solo al marido, resulta una evidente confrontación con un derecho fundamental de la persona, recogido en la Convención de los Derechos del Niño, la cual consagra el derecho inherente que tiene el menor de conocer quienes son sus padres. Dicho derecho tiene su base en el derecho a la identidad, el cual en palabras del Doctor Fernández Sessarego encierra dos aspectos: estático y dinámico, el referido a que todo ser humano debe conocer quienes son sus ascendientes y descendientes se enmarca dentro del aspecto estático del derecho a la identidad, es decir pertenecer a una determinada familia; por lo expuesto consideramos que la titularidad se debe ampliar al hijo biológico, al presunto padre biológico y aunque es muy contradictorio, determinar si también le corresponde la titularidad a la madre.

A las objeciones precedentes se suma el hecho decisivo: Las investigaciones científicas han progresado de tal forma, que actualmente ofrecen conclusiones que informan decisivamente al Juez sobre la realidad del nexo biológico que se investiga; es decir, frente a la certeza que brindan las modernas pruebas biológicas para la determinación de la filiación, es lógico que se deba replantear los criterios tradicionales que infieran el nexo biológico a través de las presunciones.

Por ello, consideramos que es necesaria la presente investigación para determinar si los avances tanto del mundo jurídico como científico, influyen de manera tan significativa que hacen necesaria una adecuación del marco legal en las acciones de impugnación de paternidad matrimonial.

Aparece dentro del contexto de un matrimonio, en el cual la esposa por diferentes razones ha optado por tener una relación extramarital, la cual ha tenido como consecuencia de un menor.

Ante este hecho pueden darse diferentes supuestos:

- El más óptimo, que el marido conteste la paternidad y obtenga una sentencia favorable, con lo cual se conseguiría que la verdad jurídica coincida con la verdad real.

Los hechos negativos son que:

- El marido no conteste la paternidad, porque no lo desea. por lo cual el niño, la madre y el presunto padre se verían privados de ejercer la acción y de establecer su verdadera identidad familiar.
- Que el marido no se encuadre en ninguno de los supuestos establecidos por el artículo 363 del Código Civil, por lo cual se vería imposibilitado de impugnar la paternidad matrimonial.

Que por diferentes motivos, tales como los económicos, transcurre el tiempo sin que el marido haya podido hacer uso de la impugnación de paternidad, impidiéndole la norma legal (Art. 364 del C.C.), ejercerlo con posterioridad al plazo legal establecido de los 90 días.

La deficiente regulación legal no acorde con los nuevos pensamientos doctrinarios jurídicos así como con los nuevos aportes

científicos como la prueba de ADN, que hacen posible identificar plenamente el nexo biológico que une a dos seres, si es o no su padre.

La trasgresión de un derecho fundamental reconocido por nuestra legislación, como lo es el derecho a conocer a nuestros ascendientes y descendientes, es decir a tener nuestra identidad familiar.

La no coincidencia entre lo que sucede realmente y lo que el derecho trata de imponer a través de presunciones.

- Aspecto social.- Un gran número de hijos nacidos de mujer casada que no tienen por padre al marido.

- Aspecto científico.- Evolución de los avances en lo referente a las pruebas biológicas que hacen posible la determinación del nexo biológico.

- Aspecto jurídico.- Evolución hacia una tendencia modernista que busca que la verdad real coincida con la jurídica para lo cual opta por sistemas abiertos y flexibles en lo referente a las acciones de filiación.

- Aspecto humanista (axiológico).- Porque involucra a nosotros como seres humanos y como tales por nuestra propia naturaleza ontológica tenemos derechos irrenunciables, que en la presente realidad problemática resalta el de conocer a nuestros antepasados y a nuestros descendientes.

El problema se percibe en la práctica profesional, al haber conocido de este tipo de situaciones y ante las cuales hemos visto que tal como lo regula el derecho peruano no ofrece solución legal alguna.

Lo perciben la sociedad en su conjunto:

- Punto de Vista Social.- En sentido restringido, la esposa, el esposo, el verdadero padre biológico y el menor; y en sentido amplio, los familiares de su entorno, los amigos y la comunidad donde residen.

- Punto de Vista Jurídico.- Los abogados, los miembros del ministerio público (fiscal de familia), los miembros del poder judicial (juez del juzgado de familia), los doctrinarios, los investigadores.

Entre el aspecto social y científico se da una relación de interdependencia ya que el científico toma las interrogantes del social, estableciéndolas como uno de sus objetivos, para evolucionar, logrando así la evolución en cuanto a pruebas biológicas se refiere, y de esta manera obtener una respuesta a la interrogante.

Entre el aspecto científico y jurídico también se da una relación de interdependencia porque así como los adelantos científicos deben ser regulados de forma tal que no colisionen con los principios y derechos reconocidos, el derecho evoluciona porque el aspecto científico también evoluciona.

Entre el aspecto jurídico y axiológico se da una relación de interdependencia por cuanto el derecho no regula por regular sino que lo realiza porque de esta manera se está preservando el ejercicio de algún derecho fundamental.

La regulación actual vigente en los arts. 364 al 367 del C.C., en la cual se dispone los casos en que el marido puede contestar la paternidad matrimonial, el plazo legal para que ejerza la jurisdicción, cuando se ve imposibilitado a realizarla y la titularidad sólo la ejerce el esposo.

Falta conocer, así como analizar las diferentes realidades de otros países y que soluciones han optado frente a la problemática descrita, para así poder apreciar los puntos concordantes y discordantes y modificarlos según nuestra realidad.

Los modelos teóricos que permitirán la comprensión del problema son las diferentes corrientes que se han esgrimido a través del tiempo y que coexisten en diferentes países, tales como: la del criterio prohibitivo absoluto, la del criterio prohibitivo con amplias excepciones, la del criterio permisivo con eficacia restringida a los alimentos, combinación de criterios prohibidos y permisivos, la del criterio abierto entre otras.

Nuestra investigación se basó, en analizar comparativamente los modelos mencionados para encontrar las ventajas y desventajas que nos ofrecen cada uno de ellos aplicados a nuestra realidad actual.

A través del tiempo el problema se trató de resolver no dándole ninguna posibilidad al marido de negar la paternidad basándose en criterios de orden moral y en criterios de orden científico ya que no era posible determinar el nexo biológico, (criterio prohibitivo absoluto, criterio recogido por el código de Napoleón), luego se permitió bajo ciertos supuestos (criterio prohibitivo con amplias excepciones), (criterio permisivo con eficacia restringida a los alimentos – hijo alimentista), conocidos como presunciones, las cuales se redactaban y se incluían en las leyes pertinentes, así tenemos las causales establecidas en el art. 363 del Código Civil . – (combinación de los criterios prohibidos y permisivos), y la del criterio abierto y flexible de permitir la investigación de la paternidad sin establecer los supuestos de manera cerrada.

Nuestra contribución, desde el punto de vista teórico, es adoptar una posición respecto a las diferentes teorías esbozadas y de ser factible ofrecer algunas modificaciones a la teoría que se adopte, conforme a nuestra realidad.

Desde el punto de vista práctico, es necesario adecuar el marco legal de las acciones de impugnación de paternidad matrimonial, con un proyecto de ley que permita solucionar de manera eficaz los diferentes supuestos que se puedan presentar en torno a la realidad problemática descrita.

Nuestro problema de investigación lo vamos a tratar desde las siguientes dimensiones: Jurídica, científica y axiológica.

La presente investigación jurídica, presenta limitaciones: como de no tener acceso directo a la realidad problemática descrita, de verificar o poder obtener datos estadísticos de cuántos se encuentran en situaciones descritas como problemas, que no pueden ser resueltos de acuerdo a la legislación nacional vigente, esta limitación se pretende contrarrestar con el uso de la técnica de la encuesta a los magistrados de los juzgados de familia.

Las ventajas que se presentan en esta presente investigación, es que gracias a los adelantos tecnológicos nos permite tener acceso a la información tanto doctrinaria como jurisprudencial de diferentes países.

Se pretende investigar el problema, porque siempre he tenido una particular motivación hacia los menores, que son los seres más desprotegidos y a quienes la sociedad y el Estado deben brindarles la máxima protección jurídica.

Por lo expuesto, consideramos que es necesaria para determinar los avances, tanto en el campo jurídico como científico, influyen de manera tal que se hace necesaria una adecuación del marco legal en las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial.

Desde el punto de vista jurídico, se hace urgente que se investigue sobre la acción de impugnación de paternidad matrimonial, dada la evolución jurídica que ha presentado determinados derechos, tales como el derecho de conocer a nuestros padres, derecho recogido en un instrumento internacional así como en nuestra legislación nacional.

Asimismo, la introducción de nuevos aportes científicos (como la Prueba de ADN entre otros) que permiten determinar de manera fehaciente si hay o no el nexo biológico de padre e hijo.

Estos hechos jurídicos y científicos han influenciado que en el derecho surja la tendencia moderna que busca conjugar en la medida de lo posible, la verdad biológica y la jurídica; tal como afirma el Doctor Varsi: “Tender a la verdad biológica, dejando de lado la verdad social, es ponernos al día legislativamente, remozando los conceptos que por tradición han primado en el derecho de familia”¹

¹ VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético. Lima, Perú. Editorial Grijley. 4ta. Edición, 2001, p. 35.

- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Cómo se puede lograr el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural dentro del Código Civil Peruano?

- HIPOTESIS

“El derecho de Identidad del Hijo Biológico y de la Madre Natural se lograría mediante la Acción de Impugnación de Paternidad modificando el Artículo 367 del Código Civil Peruano”.

2. MARCO TEÓRICO:

1. El Derecho de Familia

Se usa el término *familia* en nuestra cultura actual, “para designar convivencias de muy diverso origen, estructura y capacidad de articulación personal y social. Por eso es muy importante empezar delimitando el significado que nosotros le damos.

La familia es una comunidad de personas fundada en el matrimonio como vínculo indisoluble entre el hombre y la mujer, cuya misión específica es desarrollar una auténtica comunidad de personas, transmitir la vida y garantizar la enseñanza y transmisión de valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos”.²

Existen también otras nociones de familia. En el lenguaje cotidiano se identifica como familia también a grupos de personas que carecen de parte de las características que, conforme a lo expresado, constituyen una comunidad humana en familia. Así, se suele llamar familia a los grupos formales sólo por el padre o la madre y los hijos, o la pareja- con o sin hijos- que convive maritalmente sin estar casados, etc. Estos grupos pueden denominarse *familiares* por analogía, al imitar – aunque imperfectamente – a la familia en sentido propio, pero si ampliásemos el concepto de familia para englobarlos, cabrían en éste realidades tan distintas que sería imposible referirse con rigor a la familia a los efectos que nos ocupan.

Sucede en este tema como con cualquier otra institución humana, como el Estado, la democracia, la empresa o una

² Rodríguez Iturri, Róger. El derecho a amar y el derecho a morir. – Entre la vida y la muerte. Lima, Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 1997. p. 55.

asociación, pueden existir con todas las notas que las definen o en formas imperfectas, no desarrolladas del todo o incompletas.

La noción que empleamos de familia resulta un concepto preciso que permite distinguir a la familia como institución socialmente eficaz que siempre ha existido, y ha sido reconocida por el derecho porque sin ella no podría existir la sociedad, así, la familia se distingue de otros tipos de grupos humanos que nada tienen que ver con ella y su papel en la sociedad, como pueden ser los estudiantes que comparten un piso o los militares que están en un mismo cuartel. Todos éstos son grupos de seres humanos que conviven juntos bajo el mismo techo, pero que nada tienen que ver con la familia.

No se trata de un concepto demasiado estricto, sino rigurosamente apto para que todos sepamos de qué estamos tratando cuando hablamos de la familia.

2. Etimología

Etimológicamente de la palabra **familia** es dudosa. Para algunos, se deriva de la palabra latina *fames*, que significa hambre, y alude al hecho de que es en el seno del grupo doméstico donde el hombre satisface sus necesidades primarias (Taparelli). Para otros (como De Morante), deriva de la voz *famulus*, siervo, y hace referencia al hecho de que la familia romana incluía a gentes de condición servil – esclavos, clientes – o a que los miembros de ella estaban servilmente sometidos a la autoridad del *pater*.

3. Concepto

“La significación puramente etimológica del término familia no basta para configurar precisamente su concepto. Este debe ser buscado más bien en la esencia sociológica o jurídica del fenómeno y dentro de este terreno es posible distinguir diversas acepciones del concepto que nos interesa: **Sociológicamente**, la familia ha sido considerada como “una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana” (Aristóteles), definición que, no obstante los términos aparentemente vagos en que está concebida, puede ser admitida como correcta.

Jurídicamente, la idea de familia, puede ser concebida en diferentes sentidos, cada uno de los cuales tiene una importancia mayor o menor dentro del Derecho”.³

En sentido amplio, la familia es “*el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad*”. Esta concepción, a la que parece adherir Enneccerus⁴, tiene una importancia relativamente reducida en el Derecho Familiar, pues no es a círculo tan vasto de parientes y afines que hace alusión la mayor parte de las normas doctrinarias y legales, a menos que se le ponga, como en efecto hace el Derecho, límites restringidos en la línea colateral y, porque, desde otro ángulo, ignora la situación de los convivientes no casados.

³ Cornejo Chávez, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Lima, Perú. Editorial Studium, 1999. pp. 3-4

⁴ Enneccerus, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Bs. Aires, Argentina, Edit. Heliasta. 1990, p. 36.

En sentido restringido, la familia puede ser entendida como “*el conjunto de las personas que se hallan unidas por el matrimonio o la filiación*” como “ el conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa” La primera de estas acepciones, que circunscribe la familia a la doble sociedad conyugal y paterno-filial, es aludida en numerosas disposiciones del Derecho familiar, si bien es hoy objeto de severo cuestionamiento, porque desconoce el caso de las uniones de hecho.

La segunda acepción, recuerda la primitiva idea latina de la familia, y salvo para ciertos efectos, como en los casos del derecho de habitación o del sostenimiento temporal de los dependientes del *de cuius* a costa de la herencia – carece de importancia jurídica, ya que la simple comunidad doméstica no constituye ni genera relación familiar, de modo que un sujeto puede ser y seguir siendo siempre extraño a la familia, aunque viva bajo el mismo techo que ella.

4. Notas conceptuales que definen a la familia

Las notas o características, según la doctrina, que deben concurrir para que exista una familia en los rigurosos términos en que la hemos definido, son las siguientes:

- a) Una comunidad de personas.-** Hablar de familias de una sola persona, como se hace hoy con frecuencia en informes y documentos oficiales y en estudios sociológicos, es dejar sin contenido el concepto de familia.

- b) Fundada en el matrimonio entre un hombre y una mujer.-** Sólo la unión entre dos personas de distinto sexo a través del matrimonio es apta de por sí para generar la comunidad de amor, estable y abierta a la vida que es la familia.
- c) El matrimonio es indisoluble.-** Sólo la permanencia en el tiempo, del conjunto de relaciones que origina el matrimonio, es garantía de que la donación entre los cónyuges es total y capaz de generar la estabilidad en que los posibles hijos pueden humanizarse y recibir asistencia y formación hasta valerse por sí mismos. La continuidad y la entrega lenta hacen descubrir nuevos valores en cada cónyuge. Si el matrimonio no fuese indisoluble la vida en común correría peligro, y se permitiría se dieran los deseos egoístas de la búsqueda de la propia satisfacción sin atender a la dignidad personal ni al honor del cónyuge.
- d) Esta comunidad está ordenada a la transmisión de la vida.-** Lo que cualifica a la familia fundada en el matrimonio entre un hombre y una mujer es una total idoneidad para engendrar nuevas vidas, en un ambiente de amor y donación entre los padres y entre éstos y los hijos, que constituye a la familia en el hogar privilegiado para la paternidad y la maternidad. No obstante, los matrimonios que no tienen hijos pueden llevar una vida conyugal plena de sentido y abierta a la fecundidad mediante la acogida, la caridad, el sacrificio y el amor.
- e) Garantiza la transmisión y enseñanza de valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos.-** La familia siempre

ha sido- y ésta es la razón de su eficacia social y de la protección que le deparan los ordenamientos jurídicos – el ámbito natural e idóneo para la culturización de las nuevas generaciones y, en particular, el lugar insustituible de transmisión de la fe y la moral.

Es la familia nutrida de valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos, la única auténtica garantía para una sociedad ordenada, justa y en paz.

5. Extensión y organización de la familia

La amplitud del grupo familiar desde el punto de vista jurídico, no ha sido siempre la misma. Su evolución histórica denota una tendencia simplificadora que permite asegurar a Enneccerus que “la historia jurídica de la familia es la historia de su descomposición” en grupos más pequeños.

Así, en el Derecho Romano originario puede señalarse dos esferas: una amplia, la *gens*, comunidad familiar que aparte de su significación en el orden religioso adquiere importancia en el Derecho Político y Civil (sucesiones, tutela) : y una reducida, **la comunidad doméstica** con un *pater familias* investido de poderes (*potestas dominorum, patria potestas, manus, mancipium*) sobre las personas o él sometidas.

Posteriormente, en la época de la República, se desvanece la constitución gentilicia de la familia, son reconocidos los vínculos cognaticios a expensas de la familia agnaticia, se debilita la potestad

doméstica del *pater* y se opera con todo ello el ajuste de la antigua extensión que tuvo la familia.

En el antiguo Derecho Germano puede distinguirse dos círculos familiares, uno amplio, la *Sippe* formada originariamente por los agnados no sujetos a ajena potestad y cuyos vínculos se manifiestan en el servicio de las armas, la colonización, el culto y el juramento; y otro estricto, la casa o comunidad que abarca la mujer, los hijos, los siervos y hasta extraños acogidos a ella y que se basa en la potestad del señor.

La evolución posterior de la familia germana denota una tendencia análoga a la que experimentó la romana.

Este fenómeno, del que los casos anotados constituyen simples ejemplos, se observa uniformemente en el curso de toda la evolución jurídica de la familia: en el Derecho Canónico, tratándose por ejemplo de los impedimentos matrimoniales y en las legislaciones modernas, sobre todo en materia sucesoral, los efectos del parentesco se han ido reducido a grados cada vez más próximos y el círculo familiar circunscrito a una más íntima esfera de personas.

Naturalmente, el Derecho ha seguido en esto la ruta trazada por la propia realidad. Nuestros sistemas y formas de vida, el fuerte individualismo de ciertos momento históricos y una mayor complicación en el ritmo de la actividad humana han debilitado considerablemente los vínculos que en la antigüedad unían estrechamente a parientes alejados que hoy ni siquiera se conoce; y

en esta circunstancia no tendría sentido que el Derecho se empeñara en consagrar vínculos que la realidad ignora y aun niega.

La familia no sólo ha variado en su extensión, sino también en su organización.

En el primitivo Derecho Romano, el núcleo doméstico se constituía bajo la omnímoda voluntad del *pater*, en torno al cual tenían su red de lazos que vinculaban a los miembros de la agrupación, pues aquél investía simultáneamente las calidades de jefe, juez y sacerdote. Posteriormente, los abusos del *pater* y el debilitamiento del culto doméstico transmitieron a la ley civil la función de regular la institución familiar.

Con el advenimiento del Cristianismo, tuvo lugar una nueva mutación que se tradujo en la legislación Justiniano: se abroga la asignación, que fundaba la familia sobre el interés y la atribuía funciones predominantemente políticas y económicas; y se reconoce plena validez a la familia cognaticia o natural, que se funda en el matrimonio y en la sangre, que se afirma en el afecto y cuya función es más bien de orden ético.

“En la Edad Media, con el feudalismo, la visión política localista y la importancia conferida a la propiedad de la tierra – de la que emana un sentido de soberanía – modifican la organización familiar con la institución de la primogenitura, cuyas bases son la desigualdad y la predominancia del sexo masculino”.⁵

⁵ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. Cit. p. 5

A fines del siglo XVIII, bajo la influencia del espíritu revolucionario, se suprime los privilegios entre los hijos y el matrimonio se convierte en un contrato civil. No obstante, el Código de Napoleón, expresión de aquel espíritu, persiste en consagrar la preeminencia del marido y la correlativa subordinación de la mujer.

Contemporáneamente, prosigue el proceso restrictivo de la extensión del núcleo familiar: los parientes consanguíneos del tercer y cuarto grados carecen ya, en algunas leyes, de vocación hereditaria, y consiguientemente se limita su eventual intervención en organismos tales como el consejo de familia. De alguna manera, la reducción de la edad en que se alcanza la mayoría limita también la extensión del núcleo doméstico. Las peculiaridades, no siempre saludables de la vida moderna debilitan los vínculos reales entre hermanos y aún entre ascendientes y descendientes más allá de los padres e hijos.

En lo que concierne a la organización y funcionamiento de la familia, varios factores sancionados o no por la ley, determinan mutaciones importantes. Así, el principio de la igualdad del varón y la mujer introduce cambios en materias tales como la dirección del lugar y su representación ante terceros, el régimen patrimonial del matrimonio o el ejercicio de la patria potestad. Así también, desde otro punto de vista, la aspiración a la independencia económica de la mujer casada, la necesidad muchas veces de que ella contribuya al sostenimiento del hogar, la denominada ruptura generacional típica de las épocas históricas de cambio profundo y otros factores, no

siempre positivos, cuestionan y tienden a modificar la organización de la familia tal como se concibió hasta avanzado ya el presente siglo.

6. Importancia de la Familia

La familia siempre ha sido importante. Para el ser humano individual, ella funciona, primero, como un mecanismo de defensa frente a todas las agresiones: las biológicas: el hambre, la sed, la enfermedad; las físicas: el frío, el calor, la intemperie; las del mismo medio social: el abuso de los más fuertes, como el *habitat* de amor que todo hombre necesita vitalmente; como escuela de formación de huellas indelebles; como unidad de consumo y a veces aún de producción en ocasiones como refugio final ante la adversidad; y siempre como el hogar en que se comparte en amor y compañía todas las peripecias de la vida diaria.

Para el hombre en su dimensión social, la familia es la primera organización social y quizá la única inevitable – a que surge todo ser, escuela primaria de socialización, célula de la comunidad civil, reflejo y depositaria de su cultura. La vida moderna ha afectado algunas de estas connotaciones: la escuela, la calle, los medios de comunicación masiva comparten, y no siempre positivamente, la función educativa, el tipo de estructura económica destruye a la familia como unidad de producción y reduce su característica de unidad de consumo, otros entes funcionan también como células de la sociedad civil. La familia es la más antigua de las instituciones sociales, sigue siendo un complejo vivo, actuante y fundamental.

7. Alcances en el Derecho de Familia

Interna y externamente, esto es, en la intimidad de su desenvolvimiento como grupo dotado de vida propia, y en su interrelación con otros organismos y poderes sociales, la familia es algunas veces escenario y en otras actora de una actividad múltiple y continua.

Ahora bien, las reglas que norman la existencia y desenvolvimiento de la familia son múltiples y variadas en su origen, esencia y contenido, como variada es la actividad que despliega el grupo doméstico. Y así, el gobierno de ésta es compartido por la religión, la moral, la tradición y el derecho, cada una de los cuales dicta preceptos que no siempre guardan, como sería deseable y útil, completa armonía.

Si de este vasto y heterogéneo conjunto de normas extraemos aquéllas que la Filosofía del Derecho caracteriza como Jurídicas, habremos configurado con ellas el estatuto llamado Derecho de Familia.

Algunos autores sostienen que el Derecho está integrado por todos los preceptos, emanados de la costumbre, la creencia religiosa o la disposición escrita de la ley, que norman la vida de la familia en su recíproca acción con la sociedad, si bien admitimos y subrayamos el hecho de que las normas jurídicas se hallan o deben hallarse íntimamente vinculadas a las de orden religioso, moral y tradicional que inciden y de algún modo reflejan la realidad social que se trata de gobernar. Estas normas, es cierto, pueden eventualmente asumir

carácter jurídico; pero solo ocurre en el momento y medida en que el Derecho las incorpora a sus ámbitos expresa o tácitamente.

De lo expuesto se infiere que hay una moral y una tradición familiares, así como disposiciones religiosas de la misma índole, que no se identifican con el estatuto propiamente jurídico de la familia; pero sin que deba pensarse que existe necesariamente antagonismo entre esos distintos campos éticos, y sí más bien que ciertas normas pueden ser al mismo tiempo jurídicas, religiosas, morales y tradicionales o reunir algunos de estos caracteres.

a) Derecho Familiar expreso y referido.- Las normas no originariamente jurídicas, que el Derecho de Familia- por medio de la ley positiva y casi siempre en forma global y no especifica- hace suyas, suelen ser aquéllas que gobiernan la vida íntima del grupo, las que se refieren a aquel cúmulo de pequeños actos y relaciones que constituyen la vida familiar cotidiana. Esta circunstancia ha sido utilizada por un sector de la doctrina para distinguir un Derecho Externo, que estaría formado por las reglas específicas y concretamente contenidas en la ley positiva (sobre esponsales, impedimentos, nulidad de matrimonio, divorcio, patria potestad, tutela, etc.); y un Derecho Interno que sería aquel otro ordenamiento, también jurídico- pues lo hace suyo el Derecho cuando la ley escriba lo reconoce- pero que el legislador no establece específica y detalladamente, sino que confía a la autoridad doméstica (reglas relativas al respeto, estimación y

tolerancia entre los cónyuges, padres e hijos, a la educación de éstos, etc.).

Este distingo nos parece fundado, porque es evidente que en ninguna otra rama o parte del Derecho Privado es más notable la existencia, junto a un cúmulo de relaciones clara y concretamente gobernadas por la ley escrita, de otro cúmulo tanto o más extenso de relaciones que el legislador se ve precisando a confiar, en globo y genéricamente, a una autoridad doméstica que queda erigida en juez y legislador.

En cambio, no es correcto denominar Derecho externo e Interno a las disposiciones referentes respectivamente al primero y segundo de los aludidos grupos de relaciones, pues si bien es verdad que casi todas las relaciones abandonadas a la autoridad doméstica pertenecen a la vida íntima de la familia, por lo que no habría inexactitud en llamar Interno al Derecho que las norma, no es cierto que el llamado Derecho Externo gobierne únicamente las relaciones exteriores del grupo doméstico, pues caen en su esfera otras de carácter interno, como ocurre en la patria potestad, la tutela, la curatela, los deberes y derechos de los cónyuges, etc.

La precedente objeción se fundamenta en que para nominar el Derecho, se debe atender a la naturaleza de las relaciones reguladas o a la forma en que son expresadas las normas, más que a la autoridad que las dicta, máxime cuando, como ocurre en este caso, no hay propiamente dos autoridades- el Estado y los

padres de familia- de las que emane el Derecho, sino una sola - el Estado y los padres de familia – de las que emane el Derecho, sino una sola – el Estado-, que regula relaciones de la misma naturaleza, pero que unas veces lo hace directa y expresamente, y otras refiriendo a la autoridad o delegando en ella facultad de normar ciertas relaciones íntimas.

- b) Caracteres del Derecho de Familia.-** Las relaciones entre el varón y la mujer y entre los padres y los hijos se producen a raíz de un dictado directo e inmediato de la naturaleza. De ahí que ninguna de las relaciones industriales, comerciales, del trabajo, etc., que el Derecho regula merezca con mejor título que los familiares el calificativo de “**relaciones naturales**“, esto es, dictadas y gobernadas por la naturaleza antes que por la ley. Así se explica por qué Domat distinguía dos clases de obligaciones: a) las que se forman por los lazos naturales del matrimonio entre marido y mujer, y del nacimiento entre padres y hijos; b) todas las demás obligaciones.

3. EL DERECHO DE IDENTIDAD EN EL DERECHO GENÉTICO

La cautela y defensa de los derechos de la persona es un presupuesto básico en una sociedad sustentada en criterios democráticos, sociales e independientes y esto no es ajeno para nosotros a pesar de estar de por medio el desarrollo biotecnológico, ya que es deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra la seguridad (art.43, Constitución del Perú de 1993.).

La protección de los derechos de la persona resulta interesante si analizamos la efectividad de los medios de tutela vigentes en nuestro medio. Podría pensarse en acciones de garantía espacialísimas para proteger el eventual o actual daño genético que es posible el ser humano, sobre todo tomando en consideración lo especialmente irreversibles e indemnizables que resultan este tipo de perjuicios.

Existe un concepto global de identidad, que combina la vertiente estática y la dinámica en una unidad; supera la antigua y restrictiva concepción de “identificación” con la que se aludía, únicamente, a la identidad estática. Esta última se manifestaba a través de las huellas digitales, la fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos que determinaban un limitado concepto de “identidad “. En la actualidad el concepto de identidad incluye todas las manifestaciones de la personalidad.

1. Concepto de Identidad

El conjunto de atributos y características que permiten individualizar e identificar a la persona en sociedad, determinando que cada cual sea uno mismo, diferente a los demás es la identidad. El avance genético y especial las manipulaciones del genoma se presentan como un atentado significativo contra este genético en la medida que se logra su alteración, modificación y falseamiento. Un caso especial es el de la clonación que trastoca la identidad ontogenética (individualidad) y fitogenética (parentalidad).

También se dice que la identidad personal es el “conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. La identidad personal es todo lo que hace que cada cual sea “uno mismo y no otro”. Es el complejo de datos biológicos, psíquicos y existenciales que, pese a que todos los seres humanos sean iguales, determina la “mismidad”, el ser “uno mismo”. Se trata de una exigencia existencial, un interés natural, consistente en ser “el mismo” y no “otro”. La identidad personal es el plexo de características, tanto estáticas como cambiantes que hallamos en cada ser humano. La “personalidad” es la vertiente dinámica de la identidad, la misma que se proyecta hacia el mundo exterior, que se fenomenaliza y permite a los demás conocer a cierta persona, en lo que ella consiste como ser humano único e irrepetible.⁶

⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Doctrina Contemporánea. Trujillo, Perú, Edit. Normas Legales S.A. 1993, p. 12.

2. Clases de Identidad.- Son tres: la identidad estática, la identidad dinámica y la identidad personal.

2.1. Identidad estática.- En su vertiente estática la identidad personal es todo lo que no varía en el tiempo existencial. Sus datos, salvo excepciones, son invariables. Unos son recónditos, como la clave genética, o visibles como nuestro contorno físico o nuestro nombre. Los elementos estáticos son aquellos atributos o elementos con los que primero cada persona se hace visible en el mundo exterior. Es a través de ellos que se inicia una primera toma de contacto con el ser humano. Se trata, en suma, de los signos distintivos, como el nombre o el seudónimo, o las características étnicas y físicas que hacen diferente una persona de otra sin mayores problemas. La persona es identificada de modo directo e inmediato por estas características externas y estables. La imagen y el nombre nos ofrecen una primigenia versión de la identidad personal. Detrás de estos factores visibles, con los cuales cada uno de nosotros nos hacemos presentes en el mundo exterior, existe un universo personal rico y complejo, inagotable, lo que impide descifrar por completo, como lo hemos apuntado, el misterio del ser.

2.2. Identidad dinámica.- Es aquella que se despliega en el tiempo.- En el instante de la concepción están dadas las tendencias que aparecerán más tarde en el correr de la existencia y que estarán sujetas al condicionamiento, más o menos intenso, del medio ambiente circundante, a la "circunstancia", al decir de Ortega y Gasset, en la que cada cual hace su vida. Consideramos en este caso el

concepto “medio ambiente, en su significado más lato. En él se incluyen desde el clima hasta la educación, entre otros diversos factores que se conjugan con las tendencias genéticas con las que hacemos nuestro “debut” en el mundo.

La vertiente dinámica de la identidad, que configura la personalidad de cada cual, está constituida por una multiplicidad de facetas, por diversos aspectos, los que expresan o ponen de manifiesto el patrimonio ideológico –cultural de cada persona. Es decir, es el resultado de la suma de pensamientos, concepciones del mundo, ideologías, posición religiosa, opiniones, creencias, actitud política, actividad profesional, carácter, vocación, rasgos psicológicos, sensibilidad, voluntad, inteligencia. Es decir, todo lo que hace que yo sea el que soy y no otro. Es la personalidad que se proyecta al exterior. Es, en síntesis, la “verdad personal”.

Cada ser humano, en cuanto tal, tiene una identidad intransferible. Cada persona, como elemento configurativo de su propia identidad, tiene una determinada “manera de ser”, una personalidad. Es aquí, en definitiva, donde radica la diferencia entre el ente, que es el ser humano en cuanto “persona” para el derecho, y su “personalidad”, o “manera de ser” proyectada hacia el mundo exterior. La personalidad en el ser humano es libre y coexistencial., se constituye mediante un proceso “autocreativo”, abierto en el tiempo existencial en el que ella se enriquece o se empobrece según las circunstancias pero, donde, en definitiva se configura.

2.3. Identidad Personal

El derecho a la identidad personal nace en laboratorio, es más se podría decir “en probeta”.

Se origina en Italia, en un caso judicial, en los primeros años setenta, concretamente en una sentencia dictada por un Juez de Roma, fechada 06 de mayo de 1974. En ella se encuentra como el derecho jurisprudencial reconocía, aunque imprecisamente y tal vez por influjo de la filosofía y debido a la intuición personal del juez, un interés existencial no considerado ni protegido expresamente por norma alguna del ordenamiento jurídico. Es decir, que este interés existencial o derecho natural carecía de la categoría jurídica de un derecho subjetivo positivo. Posteriormente, vinieron otras sentencias en las que se hizo explícita mención de este interés existencial antes desconocido por el derecho. Ante la sugestiva creación pretoriana la doctrina analizó el asunto y un nuevo derecho subjetivo empezó a delinearse en el horizonte jurídico.

La doctrina jurídica con la lentitud y prudencia que la caracteriza, va paulatinamente reconociendo la existencia de este interés existencial. A él le dedicamos mucho tiempo de meditación. La jurisprudencia, por su parte, enriquece permanentemente nuestros conocimientos sobre esta institución que ya ingresó al derecho positivo al ser expresamente considerada, en el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución Política Peruana de 1993.

Este tema se ha vuelto a tener en cuenta en algunos congresos (gran parte de ellos promovidos por el centro Piero

Calamandrei de Roma), al final de los años setenta y los inicios de los ochenta, ha sido objeto de seminarios académicos y finalmente se consolida con una jurisprudencia atenta y progresiva, que construye, en el plano práctico, los contornos.

El derecho a la identidad personal, se pone, por consiguiente, como un verdadero “ caso de manual”, cuenta cómo ha sido construido ex novo un derecho de la personalidad, distinguiendo, al interior de la protección general acordada por las normas constitucionales (y en particular por el artículo 2) y por los segmentos de normas contenidas en el Código Civil (arts. 5 y ss.), un perfil específico de la persona que no debe confundirse con el derecho a la reputación, a la identidad física, con el derecho al nombre, a la imagen, a la privacidad.

3. El Derecho a la identidad genética

El hombre es un todo, en él convergen valores, actitudes y elementos biológicos; en fin, aquello que le permite la vida y la socialización. Toda persona es un ser absolutamente único, singular e irrepetible, con una perfecta unidad de alma y de cuerpo. Dicho cuerpo y su conformación biogenética lo diferencia de sus semejantes con quienes comparte una misma naturaleza: la humana.

El ser humano es un conjunto celular y genómico. La información contenida en el núcleo de la célula se conforma a partir de las características de los progenitores. En el núcleo celular se halla el patrón o huella genética que tiene todo ser viviente. En el caso del

ser humano, surge en el momento de la concepción (específicamente con la singamia) cuando el núcleo del espermatozoide intercambia su información genética con el núcleo del óvulo. Esta huella o pauta genética, insistimos, es el resumen de la información aportada por los progenitores del procreado, de allí la posibilidad de determinar con certeza el origen biológico de la filiación.

Desde la concepción, el ser humano tiene una determinada identidad innata, que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda la vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte.

Dentro de esta clase de derecho a la identidad se sitúa la posibilidad científica de indagar y afirmar la paternidad y maternidad, a través de las pruebas biogenéticas.

Con estos métodos especiales se busca determinar el origen de la huella genética de un sujeto de manera tal que encuentre su verdadera relación filial.

La huella genética y el genoma son parte del derecho a la identidad genética, teniendo una estrecha vinculación con el derecho a la integridad (al trabajar con elementos biogenéticas), a la dignidad (correcta aplicación y uso), a la libertad (autodeterminación de someterse o no a las pruebas) y a la intimidad (la información obtenida es individual y privada).

Este tipo de identidad será entendida en un doble sentido: identidad genotípica (herencia genética) e identidad hábitat (paratipo-ambiente que permite desarrollar unos genes u otros).

El Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial, refiere que no serán patentables las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo (artículo 28, inciso c). La orientación legal de esta norma está orientada a proteger el genoma humano como un bien jurídico de la persona y como patrimonio de la humanidad.

Y es que la identidad filiatoria es la que surge del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres.

4. El derecho a la intimidad genética

Sabemos que “el ser humano tiene una vida interna, reservada y secreta que conforma su interioridad. En ella se reúnen aspectos personales, familiares y sociales que por su contenido pertenecen sólo y exclusivamente a su titular. Por ello nadie puede conocerlos ni divulgarlos, por su esencia reservada, ya que toda persona tiene derecho a la vida privada. Esta facultad es conocida como el *derecho a la intimidad*.”

Este derecho permite la reserva, el secreto, la confidencialidad. Es la vigilia a la vida privada del ser humano, el estar exento, libre de intromisiones a fin que se nos deje vivir tranquilos, en paz, sin mortificaciones, con un sosiego absoluto, con nuestras virtudes y defectos. Es el control y disposición de nuestra información que en

pensamientos, datos, experiencias y estructura biológica poseemos (autodeterminación informativa)".⁷

Como parte de la vida interna o del conocimiento individual el derecho a la intimidad tiene ámbitos de aplicación como la vida interna (pensamientos, creencias, ideas), la relación (su familia, compañías, círculos frecuentados), la comunicación (su correspondencia, memorias) y la representación (imagen y voz). Actualmente, ese mundo interno del hombre merece una cautela y seguridad especial respecto a la información contenida en sus genes ya que, por ejemplo: (a) la forma como ha sido procreado; (b) los resultados que se obtengan de los análisis realizados o (c) las prácticas médicas a las que se ha sometido no pueden ser reveladas. Y es que, justamente, el derecho a la intimidad protege consideraciones que a nadie más que a un solo sujeto le incumben.

4.1. Concepto de Intimidad Genética.- Es la facultad que cuenta el sujeto de derecho a fin de mantener su bioautonomía interna libre de intromisiones, restringiendo el acceso a este tipo de información. Es un derecho básico que protege y respeta la intangibilidad de su patrimonio genético, ya que el genoma de cada individuo se diferencia de cualquier otro por su carácter estrictamente personal. A través de éste la persona se puede identificar, individualizándose como sujeto biológico y unidad genésica dentro del orden jurídico.

La información sobre el genoma de un individuo representa la más íntima expresión de cuantos factores internos intervienen en la

⁷ VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético. Lima, Perú, Edit. Grijley EIRL., 4ta. Edición, 2001, p. 229.

conformación de su estado de salud, no sólo actual sino también futuro, dependiendo del propio sujeto titular de los datos genéticos al desear conocerlos y mantenerlos en su intimidad.

5. El Proyecto Genoma Humano

5.1. Generalidades.- El cuerpo humano tiene aproximadamente, un billón de células cada una de las cuales (salvo los glóbulos rojos de la sangre) contiene un núcleo que encierra 46 cromosomas. Éstos contienen filamentos enrollados que forman el *ADN* que, a su vez, cuenta con segmentos denominados *genes*.

Cada gen tiene una posición determinada (*locus*) y, aparte de gobernar el crecimiento, controlar las características físicas que heredamos y rige la supervivencia del organismo, lleva consigo la información que marca el paso y ritmo de nuestra vida. A la totalidad de genes que componen el organismo humano (cerca de 30, 000) se le conoce como **genoma** (dotación genética integral del individuo) Es así como la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en su nota explicativa N° 6, indica que *La noción de genoma humano remite a la vez al conjunto de genes de cada individuo – entendido en su doble aspecto de material genético (moléculas de ADN y de información genética) - y al conjunto de genes que constituye la especie humana.*

A inicios de la década del cuarenta se avizoraba la existencia de uno de los elementos básicos de la célula: el gen. En 1950, Watson empieza a estudiarlo y tres años después, junto con Crik, en

Inglaterra, descubre la estructura del ADN. Posteriormente en 1961, Niremberg comenzó a descifrar – llámese leer - el código genético.

Estos cuatro avances genéticos marcaron la pauta futura para que en 1977 se comience la ejecución del más ambicioso estudio de la genética actual: **el Proyecto Genoma Humano**, oficializado en octubre de 1990.

5.2. Objetivos del Proyecto Genoma Humano.- El Proyecto Genoma Humano basándose en la genética molecular tiene como objetivo primario conocer la cantidad exacta de genes que tiene el hombre a fin de averiguar la información genética en ellos contenida.

De este modo, identificando y hallando a los genes culpables que causan enfermedades, dolencias físicas o taras (presentes o futuras), se permitirá el acceso a la información génica que las ocasiona con el fin de lograr mejores vías para su prevención, diagnóstico, tratamiento y curación. La medicina tradicional, conocida como medicina pregenómica pasará a ser la medicina genómica y la industria farmacéutica se convertirá en farmacogenómica, es decir, que desarrollarán los fármacos a partir del genoma.

Como refiere Andorno⁸, el acceso al genoma humano persigue dos grandes objetivos: 1) conocerlo y 2) actuar sobre él a través de las terapias génicas.

El Proyecto Genoma Humano propende al mejoramiento y calidad de la existencia humana, presentándose como un intento para

⁸ ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona Madrid, España, Tecnos, 1998, p. 133.

definir e identificar bioquímicamente la vida a través de un mapa de la naturaleza genética, proyectando dicha información en el tiempo.

Las pruebas genéticas que sirven actualmente para estos fines son: (a) las *predictivas*, que permiten descubrir un gen que provocará una enfermedad hereditaria y, (b) las *preventivas*, que revelan una propensión o probabilidad a ciertas enfermedades.

5.3. Implicancias jurídicas del Proyecto Genoma Humano.-

El beneficio del Proyecto Genoma Humano es indiscutible, disminuir el sufrimiento humano combatiendo más de 4000 enfermedades congénitas hoy incurables. A pesar de ello, sus ventajas no se equiparan a las implicancias éticas, sociales ni jurídicas, pues éstas son mucho mayores. Y es que, la investigación genética es un campo muy prometedor, pero presenta un lado muy oscuro en la manipulación genética. Al respecto, Carlos Fernández Sessarego encuadra con exactitud “el parangón entre los posibles riesgos generados por las aplicaciones de los resultados del Proyecto Genoma Humano y aquellos derivados de la energía atómica”.⁹

La intervención del genoma convierte al hombre prácticamente en dueño de su propio destino, naturaleza y evolución genética, siendo capaz de diseñar su vida, pero perdiendo su identidad, individualidad e imperfección innata convirtiéndose más bien, en un ser programado o preparado por los intereses ajenos.

En efecto, desde el punto de vista jurídico, el problema se centra en el uso, abuso y los justos límites en la utilización de la

⁹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. La libertad y genoma humano. En El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano. Bilbao, España, Fundación BBV, Vol. 1, 1993, p. 257.

tecnología del ADN, así como en las consecuencias de la aplicación de exámenes genéticos previos a una relación jurídica.

El caso es que, de una manera u otra, el Proyecto Genoma Humano no puede atentar contra los derechos de la persona, debiendo fijarse, entonces, nuevos patrones de regulación y protección a la vida, a la libertad, a la identidad, al trabajo, a la información, a la intimidad, a contratar y a tomar libremente un seguro.

6. La Identidad y la Constitución de 1993.- El artículo 2° de nuestra Carta Magna, prescribe: “Toda persona tiene derecho: 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.

Como podemos precisar, la identidad de todo peruano, tiene rango constitucional, ratificado por nuestro Código Civil.

4. DERECHO DE IDENTIDAD DEL HIJO BIOLÓGICO Y DE LA MADRE NATURAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Los lazos de parentesco son variados y múltiples, de diverso origen e intensidad. Se extienden como un vínculo o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza (consanguinidad) de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado).

“De todas estas relaciones parentales, la más importante y la de mayor jerarquía es la filiación (del latín: *filiius*, hijo) entendida como la relación jurídico parental yacente entre el hijo y su padre.

Consustancial del ser humano, la filiación forma parte del derecho a la identidad habiendo surgido 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 éstas que son innatas en el hombre (jus *eminis naturae*)”.¹⁰

1. Filiación

Existen diversas acepciones de filiación, tomando en consideración su trascendencia en la persona, familia y la sociedad.

Así tenemos, la filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, la filiación en sentido estricto, la que vincula a los hijos con sus padres y que establece una relación de sangre y de derecho entre ambos.

¹⁰ VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit. p. 191.

Planiol y Ripert dicen que la filiación es la relación que existe entre dos personas¹¹, de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Méndez Costa la define como “el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado”.¹² Para Cicu es el estado cuya característica es “que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no sólo con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres”.¹³ Según Doménico Barbero la “filiación es, ante todo “el hecho de la generación por nacimiento de una persona, llamada “hijo” de otras dos personas, a quienes se llama “progenitores”.¹⁴

Por su parte, ESPÍN CÁNOVAS, afirma que la procreación es obra del padre y de la madre; y la filiación es aquella “relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera”.¹⁵

La filiación es la *condictio sine qua non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia.

De allí que la filiación tiene un triple estado:

- Estado jurídico. Asignado por la ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra.

¹¹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Traté Elémentaire de droit civil*. Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, I, & 1280, p. 454.

¹² MENDEZ COSTA, Joséfa. *La filiación*. Santa Fé. Argentina. Rubinzal y Culzoni., 1986, p.13.

¹³ CICU, Antonio. *La filiación* Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado. 1930. p.18.

¹⁴ BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho privado*. Buenos Aires, Argentina. EJE, 1967, T. II, p. 105.

¹⁵ ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho civil español*. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado. 7ma. Ed., 1982, Vol. IV, p. 338.

- Estado social. En cuando se tiene respecto a otra u otras personas.
- Estado civil. Implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

La importancia que tiene para el Derecho la determinación del nexo entre el engendrado y sus progenitores es esencial ya que del mismo surge una vasta gama de derechos, deberes y obligaciones.

Como lo señala ESCRICHE¹⁶ “los términos paternidad y filiación expresan calidades correlativas, esto es, aquélla la calidad de padre y ésta la calidad de hijo.

A pesar de las marcadas características de cada uno de estos términos, la corriente jurídica que postuló el derecho a la igualdad entre los hijos ha llevado a abolir toda diferencia entre paternidad y filiación¹⁷ a efectos de no determinar el modo, circunstancias, tiempo y forma como ha sido concebida una persona.

De ello tenemos que la filiación es consubstancial e innata al ser humano en el sentido que el *status filii* es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no sólo para generar consecuencias legales sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad.

Entonces queda claro que la filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos.

¹⁶ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. París. Francia. Librería de Ch. Bouret, 1884. p. 203.

¹⁷ SILVA RUÍZ, Pedro. El Derecho de familia y la inseminación artificial “in vivo” e “in vitro”, en Revista de Derecho Privado. T. LXXI, Madrid, 1987. p. 326.

El Código Civil de 1852 contempló originariamente las categorías de hijos legítimos e ilegítimos y entre estos últimos distinguía los hijos sacrílegos, incestuosos, adulterinos y naturales (nacidos de quienes habrían podido contraer matrimonio al tiempo de la concepción del hijo).

La ley 14367 eliminó la calificación entre los hijos extramatrimoniales y elevó su porción hereditaria de la cuarta parte a la mitad de lo que correspondería a un hijo matrimonial.

Con la ley 23264 la filiación matrimonial y extramatrimonial producen los mismos efectos.

La diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales sólo se mantiene en cuanto a las formas para establecer la paternidad.

La filiación que tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo biológico entre el hijo y sus padres. La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria (o negocial) y judicial. Es legal cuando la establece la ley. Es voluntaria cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento del hijo. Es judicial la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida, en base a las pruebas relativas al nexo biológico. Si se trata de filiación matrimonial, se probará con la inscripción del nacimiento y el certificado de matrimonio de los padres en el Registro Civil, o con la sentencia que establece el vínculo de filiación. Si se trata de filiación extramatrimonial, por el reconocimiento del progenitor ante el Registro Civil o por la sentencia dictada en juicio de filiación.

Asimismo, el vínculo biológico que determina la maternidad resulta del parto. La maternidad quedará establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. En cuanto a la inscripción, ésta deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que atendió el parto de la mujer a la que se le atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido.

2. Lo Biológico y lo jurídico.

Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado. Esta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción en relación a los progenitores. De allí que se sostenga que “la filiación humana está basada, pues, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación”.¹⁸ Para que surta efectos legales debe ser conocida conforme a Derecho, de manera tal que la filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre”.

La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad de manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación, constituyendo ésta el presupuesto

¹⁸ SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogenética, filiación y delito. Buenos Aires, Argentina. Astrea, 1990. p. 72.

5. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL DEL HIJO BIOLÓGICO Y DE LA MADRE NATURAL DENTRO DEL MATRIMONIO

El tema de la presunción de paternidad del marido no tiene un origen claro. En antiguas civilizaciones parece no importar el hecho de la paternidad, por lo que la presunción de los hijos del marido no fue un tema tratado. Existieron reglas claras en cuanto a la herencia del padre con respecto a hijos e hijas procreados por esposa y esclava por ejemplo y dentro de ese derecho se regulaban dichas relaciones. Es con las Leyes de Manú (Código hindú) de fecha más próxima, donde aparecen las primeras trazas de presunción de paternidad legítima. No es sino a través de la historia que podemos entender los distintos sistemas que han operado para normar el derecho de filiación. Sin embargo este análisis supera las expectativas de esta investigación, por lo que simplemente se menciona como un dato importante de considerar.

1. La acción de impugnación de la paternidad matrimonial

“En la doctrina se han distinguido tradicionalmente la impugnación, o desconocimiento riguroso de la paternidad, y la denominada impugnación, o desconocimiento simple de ella. En el contexto tradicional la distinción obedece a que en el primer caso, el marido ataca la presunción legal que le atribuye la paternidad de los hijos concebidos por su esposa durante el matrimonio, es decir los nacidos después de los ciento ochenta días a partir de la celebración del matrimonio, y que por ley se presumen concebidos antes de tal

celebración, la ley permite al marido negar su paternidad, salvo que al casarse hubiese reconocido expresa o tácitamente como suyo al hijo o sí consintió en que se le diera su apellido”.¹⁹

En ambos casos se trata de impugnación de la paternidad, pero mientras en el primero incumbe al marido desvirtuar la presunción legal, en el segundo le basta con negar al hijo de su mujer probando que el nacimiento ocurrió en los primeros ciento ochenta días del matrimonio, aunque en ese caso, podrían el hijo o su madre probar los hechos que obstan la negativa: conocimiento del embarazo, reconocimiento expreso o tácito del hijo, etc. Por eso a aquélla se le ha llamado **impugnación rigurosa** o por prueba de no paternidad: el marido debe en efecto, producir la prueba que descarte o excluya el nexo biológico. Mientras tanto en la **impugnación simple** el marido se limita a la negativa: son los demandados – en principio el hijo y la madre – quienes deben probar los hechos impeditivos o, en su caso, el nexo biológico negado.

El artículo 363° del Código Civil, en el contexto no discriminatorio de filiaciones, atribuye al marido la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio, aunque nazcan antes de cumplirse los primeros ciento ochenta días desde la celebración. Pero como, de acuerdo con lo establecido en el artículo 363, inciso 1, del Código Civil, ese hijo se presume concebido antes, si conservan los dos tipos de desconocimiento: el riguroso o por prueba de no paternidad, de que se ocupan los incisos 2, 4 y 5 del artículo 363, y el

¹⁹ ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia. Tomo II. Bs. Aires, Argentina. Editorial Astrea, 1978. p. 344.

desconocimiento simple, o por mera negación, que regulan los incisos 1 y 3 del artículo 363.

1.1. La acción de impugnación rigurosa de la paternidad matrimonial.- La presunción de paternidad del marido no trasciende como una presunción *iuris et de iure* sino *iuris tantum*, o sea que admite prueba en contrario.

a) Superación del tollere liberum.- Desde que los grupos humanos superaron los estadios de cultura primitiva, en los cuales la admisión de la paternidad era un acto librado a la mera voluntad del padre – lo que ocurrió en Grecia, se difundió bajo la fórmula romana del *tollere liberum*, y se propagó también a otros pueblos-, el derecho, en virtud del refinamiento y la humanización que logró a través de los siglos, fue sustrayendo a la simple decisión del padre, la posibilidad de aceptar o no el vínculo jurídico con el hijo, y en lugar de ese sistema basado en decisiones subjetivas, organizó un régimen objetivo, en el cual la presunción de paternidad deriva del matrimonio con la madre, y solo puede ser destruida en virtud de la realidad biológica: es decir, demostrando que el marido de aquella no es el padre.

b) Los sistemas objetivos de impugnación de la paternidad matrimonial: “cerrados” y “abiertos”. Pero en lo que varían los regímenes jurídicos modernos es en cuanto a la amplitud con que confieren al marido la facultad de impugnar la paternidad que se le atribuye.

No es una diferencia referida a los medios de prueba que el marido puede producir, sino de los extremos u objetos a probar. A partir de ello, se delimitan fundamentalmente dos tipos de sistemas, el “abierto”, que permite al marido probar la inexistencia del nexo biológico, sin limitarlo a ciertos supuestos predeterminados, y el “cerrado”, que fija ciertos presupuestos de la acción, que si resultan acreditados, permiten al juez considerar si se ha probado o no la inexistencia del nexo biológico, y a falta de los cuales no puede intentarse la prueba de dicha inexistencia.

En este segundo sistema (cerrado) se alinea nuestro Código Civil que también en esta materia ha seguido sustancialmente el Código Napoleón, como lo hicieron diversos países hispanoamericanos y latinoamericanos, que exhiben una clara influencia jurídica francesa.

“El texto francés, por su parte, siguió la tradición del *droit coutumier*, que con un carácter sumamente restrictivo admitía la impugnación solo en casos de probada imposibilidad física, como la ausencia o la impotencia del marido”.²⁰

Se ha dicho que tal criterio restrictivo responde al interés de preservar al orden familiar de procesos escandalosos e injustificados, que podrían afectarlo moralmente, destruyendo su intimidad; y se fundaría también el *favor legitimatis*²¹, sobre el que se asienta en las legislaciones que discriminan las categorías de la filiación, toda la materia de la filiación legítima, con una presunción de paternidad en

²⁰ ROUAST, André. La filiation en droit comparé. Paris, France. 1931- 1932. p. 218.

²¹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. La presunción de paternidad legítima. Madrid, España. Editorial Tecnos. 1971 pp. 411 y 418.

su base, indicativa de que, salvo prueba concluyente en contrario, el orden jurídico prefiere mantener la filiación legítima, lo cual redundaría, como también se ha señalado, en beneficio del hijo y de la madre, por obvias razones de índole moral.

c) El sistema “cerrado” de impugnación de la paternidad matrimonial del Código Civil de 1984.- Hasta antes de la reforma introducida por la Ley N° 27048, en el Código Civil – como ya dijimos, tributario en esta materia del Code – el marido solo puede desconocer la paternidad del hijo concebido por la mujer durante el matrimonio en dos casos: si prueba que le ha sido imposible cohabitar con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento del hijo (inciso 2 del artículo 363); y si demuestra que adolece de impotencia *coeundi* o absoluta (inciso 4 del artículo 363).

Es decir, el marido debe estar en condiciones de probar su absoluta imposibilidad de mantener relaciones sexuales con su mujer en el período legal de la concepción - el Code aludía la imposibilidad física o material – para poder demostrar los hechos que justificasen el desconocimiento del hijo.

Veamos el siguiente caso: cuando el marido sufre de impotencia *generandi* o relativa, manifiesta y anterior a la celebración del matrimonio. Tal dolencia no le impide al marido sostener relaciones sexuales con su mujer, lo que produce es la imposibilidad de la concepción. En este supuesto el marido impotente que sabía

positivamente que el hijo de su mujer no era suyo, debía aceptar la paternidad, por cuanto le es imposible demandar la impugnación de paternidad por tratarse de la impotencia *generandi* - del hecho constitutivo de la causa determinante de la acción. Conclusión: el sistema “cerrado” del Código Civil de 1984 no permite al marido impugnar la paternidad matrimonial del hijo que es fruto de relaciones sexuales extramatrimoniales, por el hecho constitutivo de la impotencia relativa o *generandi*. La actitud que podría ser motivada por arrepentimiento, por sinceridad o por impudicia, se convierte en un arma jurídica.

“Plácido, por su parte acotó: “De igual modo, a tal conclusión también se llegaba cuando se está frente a otro singular supuesto: la esterilización del marido, con conocimiento de la mujer o sin él. Igualmente, la esterilización no frustra que marido y mujer mantengan relaciones sexuales. Tenemos que recordar que el término “cohabitación” está referido al cumplimiento del débito conyugal”.²² La mujer, conocedora o no de la esterilización de su marido, puede seguir dándole más hijos en el futuro; estando el marido imposibilitado de impugnar la paternidad por no tratarse – la esterilización – de un hecho constitutivo de la causa determinante de la acción.

Hay autores que defienden el sistema del Código Civil, y acuden al argumento de considerar que la impugnación de la paternidad del marido debía ser restringida por la grave repercusión familiar que ella tiene. Pero, al hacer esta defensa, se propicia el

²² PLÁCIDO V. Alex. F. Manual de Derecho de Familia, Lima, Perú. Gaceta Jurídica. 2002. p.125.

mantenimiento de situaciones anacrónicas y, muchas veces, inmorales. ¿Cómo podría razonablemente sostenerse que la impotencia *generandi* y la esterilización del marido no eran alegables para desconocer la paternidad?. Sostener que la prueba de tales supuestos de hecho da lugar a procesos escandalosos era realmente un despropósito: con el mismo criterio, es escandaloso probar el adulterio de la esposa que ha ocultado, además, el parto. ¿Y cómo evitar en los procesos la discusión de hechos inmorales o escandalosos?. Los conflictos judiciales sobre estupro, nulidad del matrimonio, amancebamientos de hermanos con hermanas, incestos, adulterios de la mujer o del marido son verdaderamente pleitos escandalosos, y sin embargo es de toda necesidad permitirlos y entrar en la indagación y prueba de los hechos.

Teniendo a la vista las soluciones del Derecho Comparado que ha ido incorporando, sobre todo en este siglo, un régimen abierto de impugnación de la paternidad, el autor, Alex Plácido V.,²³ “propuso que se declarara la conveniencia de sustituir el sistema cerrado de causales de impugnación rigurosa de la paternidad por un sistema abierto que permitiese al marido el desconocimiento en todos los casos en que probase que su paternidad queda descartada o es fundadamente menos verosímil que la de un tercero”.

Como ya expusimos, en el año 1998, recién con la Ley N° 27048, se incorporó la causal relacionada a la no comprobación del vínculo parental entre el presunto padre y el hijo, a través de la

²³ PLACIDO V. Alex. ob. cit. p. 300.

prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Si bien con esta disposición se permitiría invocar cualquier otro supuesto de hecho de los previstos en la ley para sustentar la demanda, ello no importa la expresa sustitución del sistema cerrado por el abierto de impugnación de la paternidad matrimonial. Así se comprueba, no solo por la conservación del régimen de causales determinadas para iniciar la investigación de la paternidad; sino, además, porque el hecho por acreditar será necesariamente la inexistencia del vínculo parental entre el presunto padre y el hijo mediante la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza; resultando trascendente la probanza sobre el supuesto de hecho invocado y no previsto en la ley, en caso de negación a someterse a la pericia. En todo caso, nuestro sistema jurídico sigue un criterio ecléctico o mixto en esta materia.

d) Afianzamiento del sistema abierto de impugnación de la paternidad del marido.- Creemos que identificar el sistema de causales con la defensa que merece el principio de *favor legitimatis*, es un error. Desde luego que si, sustanciada la prueba en juicio de impugnación, en el ánimo del juez prima la duda, habrá de mantener la atribución legal de paternidad del marido en virtud del favor que merece; pero esto no significa que, a despejar esa duda, se deba llegar únicamente sobre la base de supuestos previstos de antemano por el legislador, cuando, justamente, la

experiencia demuestra que la variada realidad se le ha escapado en sus muchos matices.

Es ésta la crítica fundamental que se formula al sistema, ya que “la previsión del legislador es siempre más pobre que la realidad, y quedan marginados muchos casos tan justos como los recogidos por la ley, en cuanto no pueden ser encajados en estos últimos. Por cuestión de técnica, es ese sistema notablemente inferior a otros más abiertos y flexibles y menos expuestos a parcialidad de imprevisión”²⁴

En cuanto a la necesidad de no exponer la intimidad familiar al escándalo de un juicio de impugnación, tampoco nos parece que justifique el sistema de causales, ya que, como hemos indicado, tanto afecta a dicha intimidad la alegación de una impotencia posterior al matrimonio, o la invocación y prueba del adulterio y ocultamiento del parto como cualquier otro supuesto que, en el régimen “abierto”, se puede invocar para demostrar que el hijo de la esposa no pudo serlo del marido de ésta.

Por otro lado, debemos tener en cuenta el avance de las investigaciones biológicas, a tal punto que hoy pueden ofrecer conclusiones que, en gran medida, y en ocasiones decisivamente, informarán al juez sobre la realidad del nexo biológico que se investiga.

Sin embargo, hasta antes de la vigencia de la Ley N° 27048, estos avances de la ciencia no podían ser libremente utilizados, en

²⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Ob. Cit. p. 414.

tanto no se invocaran ciertos hechos expresamente contemplados por la ley, con carácter de presupuestos de la acción.

En la doctrina francesa se habían puesto de manifiesto las limitaciones del sistema de causales. La intensa y prolongada discusión en torno al significado de la expresión “impotencia accidental”, contenida en el antiguo artículo 312°, era un ejemplo acerca de las acrobacias exegéticas que los autores de Francia tuvieron que hacer para paliar en algo los absurdos efectos a que allí conducía el régimen de causales, similar al nuestro. Y precisamente, como consecuencia de los desaciertos que condujo dicho régimen, en 1972 fue reemplazado por el sistema “abierto”, limitándose ahora el artículo 312° del Code a establecer que el marido podrá desaprobar, desmentir, negar, o contradecir, al niño en justicia, si demuestra que él no puede ser el padre.

Citamos el precedente francés, teniendo en cuenta que el Code fue, en su hora, fuente de nuestro sistema civil. Pero mucho antes, en 1898 el Código Civil alemán había establecido que “el hijo no es legítimo”, si, según las circunstancias, es evidentemente imposible que la mujer lo haya concebido por obra del marido” (artículo 1591). El Código Civil Suizo que, antes de la reforma de 1974, contenía una norma similar al artículo 312 del francés (artículo 254), dispone ahora en su artículo 262 que la presunción de paternidad cesa cuando el presunto padre prueba que su paternidad está excluida o que es menos verosímil que la de un tercero. El Código Civil austriaco, reformado en 1977, dispone que la presunción

de paternidad del marido puede caer si se prueba que el hijo no ha sido engendrado por aquél (artículo 138). Otras legislaciones – entre las que se encuentra el Código Civil español luego de la reforma de 1981 y el Código Civil argentino después de la reforma de 1985 – consagran la acción de impugnación del marido sin establecer los hechos a probar, con lo cual por vía negativa, adhieren al régimen abierto, limitándose a prever los legitimados para accionar y el término de caducidad de la acción (artículos 136 y 137 del Código Civil español y artículos 258 y 259 del Código Civil argentino).

Este criterio amplio, es también del derecho positivo canónico tradicional. El ex canon 1115 del *Codex* de 1917, y, actualmente, el canon 1138 del Código de Derecho Canónico de 1983, señalan claramente que “el matrimonio muestra quién es el padre, a no ser que se pruebe lo contrario con razones evidentes” – *nisi evidentibus asrgumentis contrarium probetur* -, lo que, bien se ve, no circunscribe la prueba en contrario a supuestos limitados o circunscriptos de antemano por el legislador.

e) La acción de impugnación rigurosa de la paternidad matrimonial en el Código Civil peruano.- Tiene por objeto atacar directamente la presunción de paternidad matrimonial, demostrando las circunstancias que imposibilitan considerar al marido como padre del hijo de una mujer casada.

Desde la perspectiva global puede decirse que la alegación del marido en el sentido de no ser el padre del hijo dado a luz por su mujer, tiene como resultado final la afirmación de una paternidad

excluida. Sin embargo, el marido podría, probar que él no puede ser el padre sin necesitarse de otras pruebas biológicas que contradigan la paternidad. Así, por ejemplo, si el marido prueba una absoluta imposibilidad física para mantener relaciones sexuales con su mujer en el período legal de la concepción, tal prueba sería suficiente para excluir su paternidad. Si, en cambio, esa imposibilidad no existió, podrá desconocer al hijo pero deberá ofrecer y producir todas las pruebas que contradigan la atribución legal de paternidad. Lo normal es que, sin necesidad de probar el adulterio previamente, le baste con acreditar la exclusión del nexo biológico determinado por la procreación. Así, por ejemplo, podrá proponer la realización de los estudios relativos al sistema mayor de histocompatibilidad (sistema HLA) o las pruebas biológicas de incompatibilidad de grupos sanguíneos, etc.

Sin embargo, nuestro Código Civil, sigue un criterio ecléctico para la impugnación de la paternidad. En tal virtud, la acción de impugnación rigurosa de la paternidad matrimonial procede en los casos en que es manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en la época de la concepción del hijo (artículo 363, inciso 2, del Código Civil), sea porque se encontraba fuera del país, o estaba privado del discernimiento, etc. La ley trata, además, como causal independiente, el supuesto de que el marido adolezca de impotencia absoluta, esto es, que no pueda realizar la cópula sexual (artículo 363, inciso 3, del Código Civil). En todos estos supuestos, la carga probatoria corresponde al marido.

De igual modo, debe considerarse otra causal de impugnación rigurosa, el supuesto introducido por la Ley N° 27048 como inciso 5 del artículo 363 del Código Civil: cuando se demuestra la inexistencia del vínculo parental a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza. En este supuesto, queda comprendido el caso de la infertilidad o esterilización del varón; por cuanto las pruebas de estas circunstancias son pruebas con validez científica. De otro lado, nos remitimos a lo explicado sobre la idéntica causal tratada con ocasión de la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial, respecto de los requisitos para la admisibilidad de la demanda.

1.2. La acción de simple desconocimiento de la paternidad matrimonial.- Conforme hemos tratado, las presunciones legales a partir de las cuales se determina la paternidad matrimonial no son absolutas y, por tanto, admiten prueba en contrario actuada en el respectivo proceso de filiación; cuya sentencia, si ampara la demanda, las deja sin efectos. Con tal propósito, se contempla la acción de impugnación de la paternidad matrimonial; la que tiene dos especies: la acción de desconocimiento riguroso o por prueba de no paternidad y la acción de desconocimiento simple o por mera negación de la paternidad matrimonial.

Entonces vamos a tratar esta última, es la acción de desconocimiento o por mera negación de la paternidad matrimonial. Se denomina a esta acción de desconocimiento simple de la paternidad en razón de que, a diferencia de lo que sucede en los

supuestos de impugnación rigurosa (en que el marido debe probar contra la presunción de paternidad, es decir demostrar que él no es el padre del hijo o que su paternidad no debe ser mantenida en razón de pruebas que la contradicen), el accionante, se limita a desconocer mediante una simple negación, acreditando que el hijo ha sido concebido antes de la celebración del matrimonio. Por eso, la acción de simple desconocimiento o mera negación de la paternidad matrimonial tiene por objeto atacar la presunción de concepción durante el matrimonio, demostrando que el hijo de la mujer casada no es de su marido por haber nacido aquél fuera del período legal de su vigencia. Procede en los casos siguientes: cuando el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio (artículo 363, inciso 1, del Código Civil); o cuando nace después de cumplidos los 300 días siguientes a la disolución del mismo (artículo 361 del Código Civil). En estos casos la carga de la prueba del marido accionante se limitará a demostrar el cumplimiento de los plazos antes indicados; en el primer supuesto, bastará con presentar las copias certificadas de las partidas de matrimonio y de nacimiento; y para el segundo caso, las copias certificadas de las partidas de defunción o de matrimonio con la anotación marginal del divorcio o de su invalidez y la partida de nacimiento respectiva.

Esto no quiere decir que al marido le baste asumir una actitud meramente pasiva frente a las invocaciones de la demanda; deberá, por el contrario, aportar la prueba que esté a su alcance producir, para llevar al ánimo del juez la convicción de que no se dieron los

casos previstos en el artículo 366 del Código Civil, invocados en la contestación de la demanda. En ese sentido, se robustece la prueba de la demandada, si la otra parte ni siquiera ha intentado reaccionar en contra de las afirmaciones de aquélla. En suma, no obstante pesar sobre la demandada la carga de la prueba, tiene vigencia el principio según el cual debe estimarse a la prueba a aquella de las partes que se encuentre en mejores condiciones de producirla.

De igual modo, sobre la carga probatoria, también se considera - sin serlo en sí mismo – como otro supuesto de contestación el supuesto en que el marido está judicialmente separado de su mujer durante el período de la concepción del hijo (artículo 363, inciso 3, del Código Civil). En este caso deberá presentar las copias certificadas de la resolución de separación de cuerpos o de suspensión de la cohabitación y de la partida de nacimiento respectiva. No obstante, si el marido cohabitó con su mujer en el período de la concepción la acción resulta improcedente. La prueba de la cohabitación – entendida como la reanudación del débito conyugal y no necesariamente de la vida en común – corresponde al hijo y a la mujer.

No obstante, la ley (artículos 363, inciso 3, y 366 del Código Civil) prevee los supuestos en que resulta improcedente ejercitar esta pretensión:

a) Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, el marido ha tenido conocimiento del

embarazo.- Sostenía García Goyena²⁵ que en este supuesto se presume *iuris et de iure* que el marido se casó para reparar su falta y que de todos modos no consentirá en contraer matrimonio si no estuviese convencido de que el hijo por nacer ha sido engendrado por él.

Creemos que no interesa aquí sentar presunción alguna. “Si alguien se casa con mujer embarazada conociendo su embarazo, debe reputarse que asume la paternidad como marido, fuere o no el padre biológico del hijo. Probado el conocimiento del embarazo, la paternidad no podrá ser negada: la directiva trasciende a un estándar ético - jurídico”.²⁶

La prueba del conocimiento del embarazo podrá aportarse por todos los medios admisibles.

“Se ha sostenido que a este efecto no bastarán las presunciones”.²⁷ Cuando las presunciones sean graves, precisas y concordantes, no habrá motivo para hacer excepción, frente a este *onus probando* de la fuerza que aquéllas se les reconoce.

Por ejemplo, si la mujer da a luz uno o dos meses después de celebrado el matrimonio, es de presumir que el embarazo se advirtiera al tiempo de la celebración de aquél.

Es necesario tener en cuenta que el conocimiento tiene que haberlo sabido el marido antes de la celebración del matrimonio o de

²⁵ GARCÍA GOYENA, Florencio. Comentarios y concordancias del Código Civil Español. Tomo I. Madrid, España, 1852, p. 56.

²⁶ RIPERT, Georges – BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol. Tomo II, Vol. I. Buenos Aires, Argentina. La Ley, 1963-1965.

²⁷ BUSSO, Eduardo A. Código Civil Anotado. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. 1944. p. 461.

la reconciliación. En consecuencia, no incidirá, para la configuración de este supuesto, el conocimiento que el marido forzosamente habrá tenido del embarazo, a través del ejercicio de la relación sexual. Sin embargo, este conocimiento posterior, unido a una actitud pasiva del marido, sin la reacción que sería normal en un hombre que, sin saberlo, se ha casado o ha retornado con una mujer embarazada, debe ser tomado en cuenta como presunción de que conocía el embarazo desde antes del matrimonio.

b) Si el marido ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.- Entre los modos que esa admisión puede adoptar corresponde señalar la que hiciera en una escritura pública, o en un escrito presentado en juicio, o en una audiencia judicial, o en un acta policial, o en un escrito o formulario presentado ante un organismo provisional, o en el acta del bautismo, o ante un cónsul extranjero.

La admisión puede ser incidental, no importando el objeto principal del escrito del padre.

Además, el instrumento público que por vicios de forma es declarado nulo y que contiene un reconocimiento, en tanto valga como instrumento privado, no invalidará el reconocimiento que contiene. De manera que la demandada podrá aportar esa prueba documental para pedir el rechazo de la impugnación del marido.

Asimismo, hallándose contenida la admisión en un contrato, se mantendrá aquél a los efectos que estamos considerando, aunque el contrato se resuelva o rescinda o por cualquier causa se declare su ineficacia.

Podrá el marido, en cambio, impugnar la admisión contenida en el instrumento, invocando que medió vicio de la voluntad.

La norma en comentario no se limita a admisiones escritas. Se permite toda admisión expresa o tácita para justificar el rechazo de la demanda por impugnación, aunque hubiera sido realizado en forma verbal. Podrá, al efecto, aportarse la prueba de testigos. Así, por ejemplo, si el marido anunció a sus amigos el nacimiento del hijo como suyo. También puede inferirse la admisión de hechos que si bien no consisten en manifestaciones verbales o escritas por parte del marido acerca de su paternidad, traducen su convencimiento de ser el padre de la criatura.

Por ejemplo, se dará esa admisión tácita a través de la cena con que el marido festeja el nacimiento o el bautismo del hijo, o si acompañó a la mujer a su internación hospitalaria afrontando los gastos del parto y se ha conducido, frente al nacimiento, como lo hace normalmente un padre; o si ha realizado la compra de ropas y juguetes tras el nacimiento y no se prueba que lo hizo siguiendo un mero sentimiento humanitario, ya que tales compras representan una conducta normal en un padre ante el nacimiento del hijo, o si se demuestra que durante el embarazo se comportó como lo hace habitualmente quien se sabe el futuro padre en tales casos.

c) Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterno – filial.- Determinando la muerte de la persona, resultan evidentes las razones para que no prospere el desconocimiento simple de la paternidad matrimonial.

Sin embargo, si existe interés legítimo en esclarecer la relación paterno – filial, se autoriza la promoción de la acción.

“Todos estos supuestos corresponden ser probados al hijo y a la madre. También podrán hacerlo sosteniendo, simplemente, que el marido es el padre del hijo, y dirigiendo su prueba a demostrar tal paternidad”.²⁸ Respecto de este último supuesto, podría responderse señalando que los casos en que el desconocimiento simple puede ser contestado, están expresamente mencionados en la norma. Y que, en consecuencia, todo lo que podría hacer el hijo o la madre de éste es formular una reclamación de filiación matrimonial, por acción, o por reconvencción dentro del mismo juicio en que el padre desconoce la paternidad.

Sin embargo, creemos que no es así. No se requerirá una reclamación de filiación en el caso, aunque no se pueda invocar ninguno de los supuestos señalados en el artículo 366 del Código Civil. Solo bastará la invocación, basada en los hechos que se aleguen, de la paternidad del marido y su posterior demostración, dado que el vínculo de filiación del hijo de la esposa, nacido después de la celebración del matrimonio, se mantiene hasta que se dicte sentencia que acoja la impugnación del padre.

Por lo tanto, no es razonable exigir del hijo, o de su madre, una demanda (aunque sea convencional), para que se establezca la filiación matrimonial del hijo, porque ella está establecida ya por imperio legal. Todo lo que debe hacer el demandado es pedir el

²⁸ BUSSO, Eduardo A. Tomo II. Ob. Cit. p. 460.

rechazo de la demanda que pretende alterar ese estado jurídico ya establecido, y probar el fundamento de su pedido, o sea, la paternidad del marido.

De igual modo, no debe perderse de vista que, sin perjuicio de haber deducido la acción de simple desconocimiento de la paternidad matrimonial, el marido podrá proponer la acción de riguroso desconocimiento. Por ejemplo, el hombre que se casa a sabiendas con mujer embarazada; de ello se obtiene la presunción de que el hijo es suyo y así, tácitamente, lo ha reconocido como tal. Pero ocurre que el hijo nace a los tres meses de la boda, y el marido prueba que sus relaciones con la madre comenzaron solo dos meses antes de celebrarse aquélla, y que fue imposible que comenzaran antes (distancia, enfermedad, etc.). Pudo este hombre haber sido engañado en cuanto al tiempo que llevaba el embarazo en la época del casamiento.

En este sentido, si su error lo colocó en situación de no poder desconocer la paternidad, sobre la base simplemente de la fecha del nacimiento, se puede sostener que no por ello carecerá de la facultad de demostrar positivamente que no es el padre e impugnar rigurosamente la paternidad matrimonial que se le atribuye.

De otro lado, “si el fundamento de la matrimonialidad del hijo nacido dentro de los primeros ciento ochenta días del matrimonio es una suerte de reconocimiento tácito del marido – lo que le impide consiguientemente negar la paternidad”²⁹-, el conocimiento del

²⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Ob. Cit. pp. 289 y ss.

embarazo de su futura esposa implica o supone ese reconocimiento, el cual debería reputarse irrevocable. Decían los clásicos franceses que, entonces, el marido no podría retractarse, desconociendo una paternidad tácitamente reconocida”.³⁰

Esta tesis implicaba que el desconocimiento riguroso de la paternidad solo podría intentarse respecto de los hijos nacidos después de los ciento ochenta días posteriores al matrimonio, es decir, de los hijos que se presumen concebidos por la mujer después de los ciento ochenta días posteriores al matrimonio, es decir, de los hijos que se presumen concebidos por la mujer después de las nupcias, pero no respecto de los hijos que si bien fueron concebidos antes, nacen durante él, si el marido no puede alegar cualquiera de los presupuesto que hacen viable la negación de su paternidad.

Sin embargo, tal conclusión ha parecido excesiva, y en la doctrina más moderna tiende a aceptarse la posibilidad del desconocimiento riguroso de los hijos concebidos por la mujer antes de casarse, aunque nacidos después. Hay un argumento de sentido común: si el marido puede desconocer la paternidad de los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio, con mayor razón debe poder desconocer lo que ella concibió antes.

El argumento de la irrevocabilidad del reconocimiento que implicaría el conocimiento del embarazo por parte del marido es más efectista que real. Aun aceptando que el fundamento de la matrimonialidad del hijo residiera en un reconocimiento tácito, éste no

³⁰ DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon. Tomo V. París, France., 1869. pp. 86 y ss.

se infiere del conocimiento del embarazo de la futura esposa, sino en todo caso de la circunstancia de no haber ejercido la acción de desconocimiento en el término de caducidad establecido. Repárese que ese término de caducidad es común tanto respecto de la impugnación o desconocimiento riguroso de la paternidad, como del desconocimiento simple.

Ocurre, que se ha desvirtuado, en ocasiones, el sentido que asume jurídicamente el conocimiento del embarazo de la futura esposa por parte de quien se casa con ella. Ese conocimiento excluye el presupuesto legal para negar la paternidad, pero el desconocimiento del embarazo no es presupuesto de la acción de impugnación rigurosa. Es razonable que quien conocía el embarazo de su mujer al contraer matrimonio con ella no pueda reducirse a negar la paternidad (negativa que, como sabemos, no requiere producción de prueba de no paternidad). Pero es irrazonable que quien pretende impugnar esa paternidad, acreditando los extremos que hacen viable el desconocimiento riguroso, no pueda proponer la acción por el hecho de que sabía del embarazo de su mujer. En iguales circunstancias, si el hijo naciese después de los ciento ochenta días, el marido estaría legitimado para ejercer el desconocimiento. Pero en ambos casos, pendiente el plazo de caducidad de la acción, no ha quedado consolidada definitivamente la legitimidad – y consiguientemente la presunción de paternidad -, salvo reconocimiento del marido.

También se ha señalado que corresponde “indagar la verdadera intención del marido”, en cuanto al reconocimiento tácito que formuló, para determinar si puede o no ejercer la impugnación rigurosa”.³¹

1.3. Medios de prueba de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial

Para acreditar que no es el padre del hijo dado a luz por su mujer, el marido podrá valerse de todo medio de prueba, aunque no será suficiente la sola declaración de la madre (artículo 362 del Código Civil). En cuanto a la admisibilidad de todo tipo de prueba, ningún medio probatorio queda excluido en la medida en que sean pertinentes para acreditar la causal invocada – de lo contrario, se puede solicitar se les declare improcedentes por el juez, conforme al artículo 190 del Código Procesal Civil – y salvo que atentase contra la libertad personal de las partes – por ejemplo, exámenes físicos, análisis, etc., resistidos por la persona que debe presentarse a ellos -, aunque deberá tenerse en cuenta que la negativa a someterse a los análisis imprescindibles para determinar o excluir positivamente la paternidad disputada, constituirá presunción en contra del que se niega. Esta conclusión, aceptada por doctrina, se ve robustecida ahora que, merced a los nuevos estudios biológicos de que se dispone, la ciencia garantiza con certidumbre prácticamente total el resultado de las pruebas.

³¹ PLANIOL –RIPERT- ROUAST, André. Tratado práctico de Derecho Civil Francés. Tomo II. La Habana, Cuba, Cultural. 1946 p. 630..

En este último sentido, se puede ofrecer en estos procesos de filiación la prueba del nexo biológico (artículo 1 de la Ley N° 27048); la cual, deberá preferir el juez respecto de las pruebas de las presunciones de los incisos del artículo 363 del Código Civil; si aquella no descarta la paternidad, no obstante que se haya demostrado el supuesto de hecho invocado en la demanda, ésta deberá ser declarada infundada.

De otra parte, el artículo 362 del Código Civil establece que “el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido, o sea condenada como adúltera”. En relación con el fundamento de que la ley repunte insuficiente, como prueba, la sola declaración de la madre, puede considerarse pacífica la doctrina en el sentido de que se pretende no dejar librado al arbitrio de la madre el estado de familia en que ha sido colocado su hijo a través de un régimen legal que es de orden público, amén de que, de declarar que su marido no es el padre, estaría afirmando su propio adulterio.

No solo la declaración de parte, ofrecida como prueba, resulta irrelevante, también lo será su allanamiento a la demanda, ya que la norma se refiere a cualquier declaración de ella. Esto no significa que la madre, parte necesaria en el juicio, se vea impedida de allanarse y deba forzosamente pedir el rechazo de la demanda. Implica, simplemente que, aun allanándose, deberá producirse la prueba conducente a acreditar el fundamento de la impugnación.

Habiendo muerto la madre, serán parte en el juicio sus herederos. De manera que lo dispuesto en el artículo 362 del Código Civil alcanzará a la declaración, allanamiento o confesión de éstos.

De otra parte y en la medida en que es el marido el que está legitimado para deducir la acción – y solo en caso de haber fallecido éste sin haber impugnado, pendiente el plazo de caducidad, sus herederos – es obvio que la prohibición a la mujer no es aplicable, por extensión, a la confesión del marido.

La acción también se le debe reconocer al hijo, De tal suerte, si fuera éste el que impugna la paternidad que la ley atribuye, las consideraciones precedentes serán aplicables al marido, pues no podrá éste con su sola confesión o admisión espontánea de los hechos afirmados por el hijo, destituir su paternidad. En estas condiciones, le es aplicable por extensión y por los mismos fundamentos dados para hacer insuficiente la sola declaración de la madre.

1.4. El desconocimiento preventivo de la paternidad matrimonial.

Es evidente que uno de los presupuestos para la acción de impugnación rigurosa o de simple desconocimiento, es que el hijo de la esposa posea título de estado.

El objeto de la impugnación es desemplazarlo del estado de hijo matrimonial y, como consecuencia, destruir jurídicamente el título en virtud de ese emplazamiento inviste y le permite oponer a todos ese estado de familia.

Por ello, para que proceda la acción, el hijo tiene que haber sido inscrito como hijo de ambos cónyuges, al menos, como hijo de la mujer casada, lo cual atribuye la paternidad al marido en virtud de la presunción del artículo 361 del Código Civil.

Pero la cuestión que se plantea en si, no obstante requerirse tal presupuesto para accionar, podría el marido, en caso de tener sospechas de que la mujer ha tenido un hijo, y aunque éste no haya sido inscrito como tal, promover acción de desconocimiento preventivo de la paternidad.

Como es obvio, la razón de ser de esta acción residiría en la conveniencia que representa para el marido actuar a poco de haber tomado conocimiento del nacimiento de ese hijo, o incluso antes del nacimiento, en vez de tener que resignarse a esperar a que el hijo promueva, en el futuro, la acción de reclamación de filiación prevista en el artículo 373 del Código Civil, o que, también en el futuro, la mujer opte por reconocer al hijo e inscribirlo como tal. Si se diera alguno de estos supuestos, el marido podría hallar mayores dificultades para producir la prueba que excluye su paternidad.

La acción de filiación matrimonial que confiere al hijo el artículo 373, es imprescindible y tampoco prescribe la facultad de la madre de reconocer al hijo. De modo que si esto ocurre diez o veinte años después del nacimiento, el marido podría hallarse imposibilitado de producir las pruebas de las causales en que pretende fundar su impugnación de la paternidad que se le atribuye, por desaparición de los elementos de prueba (testigos, documentos, exámenes biológicos,

si ha fallecido la madre, etc.), en virtud del transcurso del tiempo; y, con relación a esto mismo, el vencimiento del plazo de caducidad.

En suma, la acción de desconocimiento preventivo de la paternidad tiende a impedir que, en el futuro, se constituya la presunción de paternidad del artículo 361, mientras que las acciones de desconocimiento simple o riguroso de la paternidad, tienen por objeto la impugnación de una presunción que ya opera.

“Aunque el Code en el Derecho francés no contiene norma expresa que autorice el desconocimiento preventivo, desde el siglo XIX la doctrina de los jueces y de los autores admitió tal acción”.³²

En nuestro sistema jurídico, el artículo 365 del Código Civil dispone que: “no se puede contestar la paternidad del hijo por nacer”. Con ello se comprueba que la acción de desconocimiento preventivo de la paternidad está vedada por el supuesto del hijo por nacer. Sin embargo y por no referirse a ella, resulta procedente la impugnación preventiva del hijo ya nacido que, sin embargo, no ha sido inscrito como hijo de la esposa y que, por ende, carece de título de estado oponible respecto del marido de ella.

La improcedencia de impugnar la paternidad del hijo por nacer se sustenta en que tal acción no favorece al concebido y, por tal motivo, este no es sujeto de derecho a ese efecto.

No obstante, imagínese el caso de un hombre que, próximo a morir, conoce la existencia del embarazo de su esposa. Atendiendo a que la vida humana comienza con la concepción (artículo 1 del

³² CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo I. Vol. II. Barcelona, España. Edit. Bosch, 1961.

Código Civil), debería quedar legitimado para que ejerza la acción destinada, preventivamente, a impedir que, en el futuro, quizás cuando haya muerto, se le atribuya un vínculo de paternidad que no se corresponde con la realidad.

Otro caso puede ocurrir si la esposa queda embarazada, y el marido pretende, preventivamente, impugnar la presunción de paternidad, que emergerá en caso de que el hijo nazca dentro de los trescientos días antes que tuvo lugar la disolución del matrimonio.

En este sentido, legislaciones cercanas a la nuestra, como la Argentina, incorporan expresamente la acción de impugnación preventiva de la paternidad del hijo por nacer, confiriéndola al marido o a sus herederos. La regulan como una acción que no es obligatorio promover, pues el marido puede preferir mantener la armonía conyugal y no quebrarla con la acción judicial. De manera que, aun no habiendo promovido la acción preventiva, el marido podrá impugnar en el futuro. Se destaca que no corre el plazo de caducidad para impugnar, por cuanto éste opera desde el momento del parto”.³³

El desconocimiento preventivo también puede interesar casos en que el nacido no ha sido aún emplazado en el estado de hijo matrimonial de la mujer casada que, en los hechos, lo dio a luz. Si bien, en tal hipótesis, el hijo no se atribuye al marido de la madre, ni a ella tampoco, aquél podría anticiparse o bien a una posible inscripción

³³ El artículo 258 del Código Civil Argentino dispone que “Aún antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de que la acción fuese rechazada”.

tardía, o bien a una acción de reclamación de la filiación matrimonial del hijo.

Como el artículo 365 del Código Civil Peruano no se refiere a este supuesto, nada impide el ejercicio de la acción después del nacimiento, en tanto se individualice al hijo demandado; pudiendo el marido acreditar la existencia del menor mediante otro medio probatorio distinto de la partida de nacimiento. En ese sentido, la jurisprudencia ha precisado:

*“Del texto de la demanda se constata que el actor niega la paternidad matrimonial del hijo habido por su cónyuge a que se hace referencia en la demanda, sin que el menor haya sido inscrito en el Registro de Nacimiento. De ello se concluye que el actor pretende destruir judicialmente la presunción contenida en el artículo trescientos sesenta y uno del Código Civil que señala que el hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido. Por lo expuesto, no resulta viable exigir que el actor presente la partida de nacimiento del aludido niño, advirtiéndose que no se ha acreditado su inscripción”.*³⁴

Al respecto, debe tenerse presente que la posterior inscripción del nacimiento no hace operante la presunción de paternidad del marido en tanto el pleito se está tramitando. Ello sucederá solo si la demanda fuese rechazada pues, es claro, en ese caso los extremos invocados por aquél para excluir su paternidad no se han probado.

³⁴ Sentencia de la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima del 15 de noviembre de 1999, recaída en el Expediente N° 3292-99. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisprudencia actual. Tomo 4, Lima, Gaceta Jurídica, 2001. p. 127.

En tan sentido, consideramos que el marido no puede oponerse a que el nacido sea inscrito como hijo de su esposa a pesar de que en ese momento, todavía no se haya resuelto judicialmente la pretensión impugnatoria. Es obvio que el hijo tiene una madre cierta y por ende no se debe impedir que su filiación materna quede en suspenso solo por una petición del marido que, provisionalmente, no se presume que sea el padre.

1.5. La legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

El artículo 367 del Código Civil prescribe que *“la acción de contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 363 y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado”*.

En este caso, se ha considerado que solo el marido está habilitado para deducir la acción de desconocimiento del hijo de su esposa.

El fundamento de este análisis restrictivo del artículo 367 del Código Civil se ha formulado tradicionalmente diciendo que “solo el marido puede ser juez de su propia paternidad”³⁵, con lo cual se descarta que otros intereses, por fundados que pareciesen, pudieran legitimar activamente a otras personas para intentar la impugnación,

³⁵ RIPERT – BOULANGER, Ob. Cit. Tomo II. Volumen I. « quienes entienden que las verdaderas razones de este « monopolio de la acción en manos del marido », se derivan de la jefatura del hogar y por ende, “a título de tal tiene el derecho de oponerse a que la tranquilidad del mismo sea perturbada por alegaciones relativas a la irregularidad de un nacimiento”

como, por ejemplo, otros hijos del matrimonio, los parientes del marido que se verían excluidos de la sucesión.

Desde este punto de vista, es el marido - él y solo él – quien puede valorar los alcances de la conducta infiel de su esposa y puede, por muchas razones, perdonar. Asume, entonces, la paternidad del hijo concebido por ella y nadie puede cuestionarlo, no permitiéndose la interferencia de terceros con sus intereses – generalmente hereditarios, no se olvide – en el ámbito, aquí sí, infranqueable de la intimidad conyugal y familiar.

Solo si el marido muere durante el plazo de caducidad sin haber intentado la impugnación de la paternidad matrimonial, pueden los herederos de aquél entablarla; y, en todo caso, pueden continuar el proceso que el causante hubiese iniciado.

Este punto de vista es cuestionable considerando que, su aceptación sin reservas conduce a que tanto para el hijo como para otros terceros (por ejemplo, el verdadero progenitor), la presunción “*pater is est...*” se tomase absoluta: “no tienen ni siquiera el derecho de criticar como abusiva la actitud del marido que se abstiene de ejercer la acción de impugnación porque es, para él, una facultad discrecional, de la que es libre de no usar”.³⁶

Un caso importante, es el que presenta la separación de hecho, que no hace cesar la presunción de paternidad del marido y que en consecuencia, impide al verdadero padre del hijo concebido por la mujer separada, reconocerlo.

³⁶ CARBONNIER, Jean. Tomo I, Volumen II. Ob. Cit. 495.

Por ello, es que en **algunas legislaciones, se haya previsto que la presunción de paternidad puede ser impugnada, no solo por el marido, sino también por el hijo o su madre.** Así, el artículo 1594 del Código Civil alemán, texto dispuesto por decreto del año 1943; el artículo 2135 del Código Civil italiano de 1942, texto según la Ley 151 de 1975; el artículo 137 del Código Civil español, texto dispuesto por la Ley 13 de mayo de 1981; el artículo 259 del Código Civil argentino, texto según la Ley N° 23.264 del 25 de setiembre de 1985.

“En cambio, nuestro Código Civil sigue la tradición del Código Civil francés, que confirió el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad al marido y a sus herederos solo en el caso en que no hubiera caducado en vida de aquél. Sobre la base del criterio favorable a la legitimidad de la filiación, y de considerar al marido único juez de la conducta de su mujer y aceptante de la legitimidad de los hijos de ella por el solo hecho de haber contraído matrimonio, no hubo discrepancias acerca de que la acción no correspondía al hijo ni aun cuando pudiera beneficiarse por su legitimación en un segundo matrimonio de la madre”.³⁷ Solo aisladamente se sostuvo la necesidad de otorgar al hijo la acción. Ésta ha sido, entonces, la opinión imperante en Francia.

Entendemos que la reforma francesa de 1972, no ha modificado esta situación. “Si bien ha creado una nueva acción, la de contestación de la paternidad por la madre cuando tenga por finalidad

³⁷ JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo I, vol. II. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ejea, 1950. p.167.

la legitimación del hijo por el segundo matrimonio (artículo 318), no ha extendido el ejercicio de la acción de contestación de la paternidad del hijo, que no puede declinar la filiación legítima que le es atribuida”.³⁸

“Según la redacción del artículo 367 de nuestro Código Civil, se comprueba que la legitimación activa de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial no está expresamente referida al hijo; sin embargo, el mismo precepto legal no se lo prohíbe, por lo que la promoción de la acción por el hijo no implica un actuar contrario a ley”.³⁹ De otro lado, es evidente el legítimo interés moral del hijo en conocer la verdad de su filiación. La investigación de la verdad acerca de la filiación que a un individuo se le atribuye, forma parte de derechos atinentes y esenciales a su identidad, que en el orden natural de las relaciones humanas son inviolables por parte del ordenamiento jurídico.

¿Es posible sostener que, por los intereses de uno de los sujetos del vínculo, como es el honor del marido y la paz del hogar que preside, el ordenamiento prive al otro sujeto del vínculo – el hijo-

³⁸ DAGOT, Michel – SPITERI, Pierre. *Le nouveau droit de filiation*. Paris, France. Libraires Techniques, 1972. p. 43.

³⁹ Entendemos que la posibilidad de que el hijo puede impugnar la paternidad matrimonial está contemplada solo en el caso de no existir conformidad entre la partida de nacimiento y la posesión de estado, de acuerdo con el artículo 376 del Código Civil que dispone: “Cuando se reúnan a favor de la filiación matrimonial la posesión constante de estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo”. En tal supuesto, el hijo puede impugnar su filiación matrimonial y reclamar una filiación distinta de lo que atribuye la partida de nacimiento. Sin embargo, la situación que planteamos está referida, además, a la existencia de conformidad entre la partida de nacimiento y la posesión de estado. Tal circunstancia tampoco debería impedir la reclamación de una filiación distinta a la anteriormente establecida. PLÁCIDO V, Alex. Ob. Cit. p.324.

de un derecho que emerge evidente de ese orden natural de las relaciones humanas, basadas en afecciones fundamentales?

El argumento de la defensa de la tranquilidad de los hogares o de la estabilidad social no puede establecerse sobre las bases que se alejen del concepto de los derechos humanos. Lo contrario lleva consigo el germen de la discordia, de la alteración de la paz social. Las nuevas valoraciones sociales privan de su fuerza de convicción a tal argumento.

No es suficiente, igualmente, la presunción de cumplimiento de los deberes conyugales por parte de las personas casadas, ya que la presunción mantiene su vigencia mientras no se demuestre lo contrario. La probanza del nexo biológico evidenciaría el cumplimiento o no del débito conyugal.

a) Acción promovida por el marido.

La acción de impugnación de paternidad se da contra los hijos nacidos durante el matrimonio, su objeto es destruir la presunción emergente del artículo 361 del Código Civil. Sin embargo, si se tratase del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, el marido puede limitarse a ejercer la acción de impugnación simple de la paternidad sin necesidad de producir prueba que la excluya. Será a cargo del hijo, o de la madre, invocar los hechos impeditivos del desconocimiento en ese caso (artículo 366 del Código Civil). En tal supuesto, quedará habilitado para demostrar que él no es el padre.

Entonces la pregunta es, si habiendo sido el marido declarado interdicto por estar privado de discernimiento, puede el curador que se le designa intentar la acción de impugnación de la paternidad contra el hijo que tuviere la esposa de aquél.

“Bien se ve que no se ha previsto este supuesto en forma expresa. Al respecto, se ha reconocido el carácter personalísimo conferido a la acción de impugnación en cabeza del marido, entonces, el curador no puede promover la acción”⁴⁰. Ello se comprueba desde que en nuestro derecho la curatela del incapaz está organizada atendiendo fundamentalmente a los intereses patrimoniales de éste, según se infiere claramente del artículo 576 del Código Civil. Por ello, no cabe otra solución que la negativa ante el silencio de la ley.

Si a ello se añade lo prescrito por el artículo 569 inciso 1 del Código Civil, la mujer asume la curatela legítima del marido cuando es declarado incapaz, como se verá - normalmente – la acción es de ejercicio prácticamente imposible. En efecto, si la mujer ejerce la curatela legítima de su cónyuge, obviamente no promoverá la acción de impugnación de la paternidad matrimonial de su propio hijo.

A la misma conclusión se llegará si el marido ha sido declarado ausente. En consecuencia, por los mismos argumentos,

⁴⁰ En Francia predomina también la posición negativa. En este sentido se pronunciaron Aubry – Rau, Laurent Duranton, y, más modernamente, siguen esa opinión Planiol – Ripert – Rouast, Coll – Capitant, Josserand. En cambio, Demolombe y una jurisprudencia que puede considerarse definida desde mediados del siglo pasado en Francia, reputan que el curador puede ejercer la acción de representación del marido interdicto. Dicha jurisprudencia “invoca el peligro de que desaparezcan las pruebas si hubiera que esperar a que el interdicto recobrarla la salud para reclamar”. PLACIDO, Alex. Ob. Cit. pp. 325-326.

consideramos que el curador de los bienes del ausente no podrá formular la impugnación de la paternidad de éste.

Sin embargo, el artículo 368 del Código Civil autoriza a los ascendientes del marido incapaz, por alguna de las causales de los incisos 2 y 3 del artículo 43 e incisos 2 y 3 del artículo 44, a promover la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Si ellos no lo intentan, puede hacerlo el marido dentro de los noventa días de cesada su incapacidad.

Por otra parte, “la presunción de paternidad del marido no debe quedar por demasiado tiempo expuesta a la acción de impugnación. Se tiende a obtener, en n lapso prudencialmente breve, la consolidación del estado de familia de que el hijo goza, lo cual constituye, a su vez, un requerimiento de estabilidad de las relaciones jurídicas familiares”.⁴¹ Tradicionalmente se ha considerado que la caducidad de la acción logra “que el estado de un hijo, que se presume legítimo, no permanezca por mucho tiempo en la incertidumbre”⁴² Debe añadirse que el silencio del marido permite presumir fundamentalmente que él ha reconocido la paternidad o que ha preferido no accionar por desconocimiento”.

Siguiendo a “Bossert – Zannoni, se inserta en la teoría general de las acciones de estado de familia. El orden público familiar exige que el posible ejercicio de acciones de desplazamiento del estado –

⁴¹ ZANNONI, Eduardo. Tomo I. Ob. Cit. p.63.

⁴² PLANIOL – RIPERT –ROUAST, Ob. Cit. Tomo II. P. 620. Los Mazeaud, por su parte, entienden que “en materia de desconocimiento de la paternidad, resulta necesario que la incertidumbre no se cierna demasiado tiempo sobre el hijo, es preciso, además, que el marino no pueda usar de la amenaza de demandar como una espada de Damocles, suspendida sobre la cabeza de la mujer: esta última debe ser protegida contra cualquier chantaje del marido”. En: MAZEAUD, Ob. Cit. Parte 1º, volumen III, p. 375.

como es la de impugnación de la paternidad-, no afecte indefinidamente, ni siquiera por demasiado tiempo, la certeza del estado mismo”.⁴³

Por ello, en el artículo 364 del Código Civil se ha establecido que “ la acción contestatoria debe ser interpuesta por e marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente”. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

- a) *“Que, con respecto al plazo de caducidad que fija el artículo trescientos sesenta y cuatro del Código Civil, es necesario precisar que, la mencionada norma solo es aplicable a los casos de presunción de paternidad en la filiación matrimonial y no cuando está acreditado en las instancias de mérito que el mencionado XXX tiene por padres biológicos a terceros; en consecuencia, la citada norma también ha sido aplicada indebidamente”*.⁴⁴
- b) *La demanda de contestación de la paternidad, conforme al artículo trescientos sesenta y cuatro del mismo ordenamiento sustantivo, debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días “contados desde el día siguiente del parto”, lo que significa que para su cómputo no es necesario tener presente la fecha de inscripción de la partida de nacimiento correspondiente. Del texto*

⁴³ BOSSERT, Gustavo – ZANNONI, Eduardo A. Régimen legal de filiación y patria potestad. Buenos Aires, Argentina. Astrea. 1987. p. 193.

⁴⁴ Considerando sexto de la Sentencia en Casación N° 2657-98-LIMA, del 24 de noviembre de 1998. En: El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria. Tomo II. P. 345.

*de la demanda se constata que el actor niega la paternidad matrimonial del hijo habido por su cónyuge a que se hace referencia en la demanda, sin que el menor se haya inscrito en el Registro de Nacimiento. De ello se concluye que el actor pretende destruir judicialmente la presunción contenida en el artículo trescientos sesenta y uno del Código Civil que señala que el hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido. Por lo expuesto no resulta viable exigir que el actor presente la partida de nacimiento del aludido niño, advirtiéndose que no se ha acreditado su inscripción”.*⁴⁵

Esta disposición tiene como fuente extranjera, el artículo 316 del Código Civil Francés, reformado en 1972. El Code originalmente, disponía que el marido debía actuar dentro del mes, si se encontraba en el lugar del nacimiento del niño; en los dos meses posteriores a su regreso, si en la época del nacimiento se hallaba ausente; y dentro de los dos meses de descubierto el fraude, si se le había ocultado el nacimiento del niño. Estos términos fueron ampliados a seis meses en los tres supuestos contemplados por la reforma al artículo 316, dispuesta por la ley de enero de 1972.

En este sentido, “es evidente que el plazo de caducidad previsto en el artículo 364 de nuestro Código Civil resulta ser breve y anacrónico. No por consolidar lo antes posible la presunción de paternidad del marido debe mantenerse un plazo angustioso que, en los hechos, implica negar el derecho mismo en la medida que cuando

⁴⁵ Sentencia de la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, del 15 de noviembre de 1999, recaída en el Expediente N° 3292-99. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Año 7, número 32, mayo 2001. Lima, Gaceta Jurídica. p. 153.

el marido se decida a actuar, después de una cierta reflexión, la acción ha caducado. De otro lado, siendo un presupuesto de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial la inscripción del nacimiento – pues es ese emplazamiento el que atribuye al marido la presunción de la paternidad – es incoherente iniciar el plazo de caducidad desde que el marido estuvo o no presente en el lugar del parto. Por eso, el plazo debería contarse, en principio desde que el hijo fue inscrito; salvo que el marido adujese que desconoció el parto de su mujer, en cuyo caso se debe computar desde que tuvo conocimiento del parto”.⁴⁶

El plazo es, de caducidad y no de prescripción. Los plazos de caducidad – a diferencia de los de prescripción, que no afectan a la existencia del derecho sino que afectan a la acción – integran el supuesto de hecho que atañe a la existencia del derecho como tal.

En el caso que estamos analizando, la caducidad de la acción de impugnación de paternidad determina la consolidación del estado del hijo matrimonial, toda vez que se ha extinguido el derecho del marido a desconocer la paternidad de ese hijo.

En cambio, se advierte que no existen plazos de caducidad para lograr el emplazamiento en el estado de familia: así, por ejemplo, si se trata de la acción de reclamación de la filiación matrimonial o extramatrimonial.

⁴⁶ Es evidente que la letra del artículo 364 del Código Civil se presta a diversas interpretaciones, especialmente en el cómputo del plazo en caso de ausencia del marido en el lugar del parto. ¿ Que debe entenderse por ausencia?. De otro lado, el anacronismo de esta disposición se comprueba, más aún, si se considera las situaciones ordinarias que de hecho ocurren en nuestra realidad social, con las que se comprueba que del nacimiento se tiene un conocimiento inmediato, esto o no el marido al lado de su mujer. PLÁCIDO V. Alex. Ob. Cit. p. 329.

Como se trata de un plazo de caducidad no requiere ser opuesto como medio de defensa en determinado momento procesal, sino que debe ser declarado de oficio. Ello es así porque con su transcurso se ha operado la consolidación de un estado de familia. Por la misma razón puede ser alegada por el Ministerio Público.

Por tanto, si de la misma demanda se advierte que ha transcurrido el plazo de caducidad, no corresponde abrir la causa a prueba sino rechazar la acción sin más trámite, pues el vínculo paterno – filial se ha consolidado.

Cabe decidir sobre quién pesa la carga de probar que no se ha producido la caducidad de la acción. Debe considerarse que el marido no solo debe probar los hechos en que aparece fundado el desconocimiento, sino que debe demostrar que la acción no se había extinguido por el cumplimiento del plazo de caducidad establecido por la ley. Es obvio que el impugnante, si afirma que no se ha vencido a su respecto el plazo de caducidad, habrá de probar los hechos en que se funda.

Pero si el demandado, a su vez, pretende que el término ha vencido y que el estado de familia ha quedado consolidado, estará a su cargo probar los hechos que impiden la pretensión del impugnante.

Toda esta situación es partiendo del principio de que pesa sobre cada uno de los litigantes: la producción de los medios probatorios que esté a su alcance producir.

De modo que si la demandada no alega prueba sobre la presencia en el lugar del parte por parte del actor, no se podrá declarar

la caducidad de la acción si éste alegó estar ausente. Todo ello sin perjuicio de las presunciones, que jugarán un importante rol al respecto. Por ejemplo, ante una débil prueba directa sobre los hechos invocados por el marido sobre su ausencia en el lugar del parte, podrá el juez presumir, no obstante, que aquél estuvo presente si ha transcurrido un largo lapso y hubo proximidad en la convivencia del marido, su esposa y el hijo.

Debe destacarse que, no pudiendo el curador del marido interdicto impugnar la paternidad, es forzoso considerar que el plazo de caducidad no corre mientras dure la interdicción, de conformidad con el artículo 1994, inciso 5, del Código Civil.

b) Acción promovida por el hijo.- “Hemos sustentado la legitimación activa del hijo para promover la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, lo que tiende a lograr la concordancia entre el presupuesto biológico que está contenido en el vínculo jurídico emergente de la relación paterno – filial”.⁴⁷

Debe destacarse que el interés del hijo puede ser solo moral o también patrimonial. En el primer caso, su justificación ética estará habitualmente en relación con la posibilidad de obtener el emplazamiento filial con respecto a quien es su verdadero padre, independientemente de una pretensión de orden pecuniario. En otros, podrá hallar interés en heredar de éste para descalificar su

⁴⁷ Se resume: el hijo también puede ejercitar esta pretensión porque el artículo 367 del Código Civil no se lo prohíbe; por tanto; lo que no está prohibido, está permitido (artículo 2; numeral de la Constitución); en segundo término, porque tiene legítimo interés en conocer quiénes son sus padres, recuérdese que el derecho a conocer a los padres lo está referido directamente; y por último, porque se trata de un derecho fundamental de la persona cuyo ejercicio debe ser reconocido y respetado. En: PLACIDO, Alex. Ob. Cit. p. 331.

pretensión, o para lograr otros beneficios pecuniarios. De cualquier modo, aparte de que es difícil investigar el cúmulo de móviles que impulsan al hijo a que se reconozca judicialmente la verdad de su filiación, el eventual motivo económico que pudiera inspirarlo (interés en recibir la herencia de su padre no matrimonial), aunque fuere exclusivo, tendrá fundamento legítimo: reclamaría tan solo lo que le pertenece. A diferencia de la acción conferida al marido o a sus herederos, la acción del hijo no prescribe ni caduca; puede ser ejercitada por éste en todo tiempo. A pesar de tratarse de una acción tendiente al desemplazamiento en el estado, sujeta por regla general a plazos de caducidad, en este especial supuesto debe reconocérsela al hijo sin límites temporales para su ejercicio. Habitualmente irá acumulada o servirá a otra acción: la de reclamación de filiación extramatrimonial, o posibilitará el ulterior reconocimiento del verdadero padre, de modo que parecería arbitrario sujetar la impugnación que hace viable aquella reclamación o el reconocimiento – que también pueden ser hechos en todo tiempo a un breve plazo de caducidad que, cumplido, tomaría definitivamente consolidada la presunción de paternidad del marido. Por lo demás, esta pretensión es la manifestación concreta del derecho del hijo a conocer a sus padres; derecho fundamental que es inherente a la persona y, como tal, imprescriptible.

A diferencia de los herederos del marido que pueden deducirla si éste falleció antes de transcurrir el plazo de caducidad, o, en todo caso, si el plazo comenzara a correr después del fallecimiento, la

acción no debe ser concedida a los herederos del hijo. Pareciera que la solución no es concordante en uno y otro supuesto. Sin embargo, entendemos que la imposibilidad de accionar de los herederos del hijo se corresponde con la imprescriptibilidad que para él tiene la posibilidad de impugnar, y, también, con el hecho de que la impugnación, en el caso, implica cuestionar la conducta de quienes son, formalmente, sus progenitores matrimoniales. Por ello, muerto el hijo, la acción que para él era imprescriptible y sin sujeción a plazo de caducidad alguno, no debe nacer para sus herederos. Es decir, con el fallecimiento del hijo se cierra la posibilidad de que aquéllos contraríen la paternidad que éste ostenta y que no fue desconocida por el marido de la madre. La inherencia personal de la acción muestra aquí su máxima operatividad. Si el hijo es menor o incapaz, la acción de impugnación de paternidad lo situará ante una evidente oposición de intereses con ambos progenitores. No hay que olvidar que el desconocimiento de la paternidad involucra el carácter extramatrimonial de la maternidad, y esto solo revela la necesidad de que ambos progenitores sean demandados por el hijo, se constituye entre ellos un litisconsorcio pasivo necesario entre los dos progenitores.

Si se trata de un hijo interdicto sometido a curatela, consideramos que le curador no está habilitado para intentar la acción. Esta conclusión procede por las mismas razones que nos inclinan a negar la acción al curador del marido interdicto. Hay que tener en cuenta, además, que según el artículo 569, inciso 2, del

Código Civil, el padre o la madre son los curadores legítimos de sus hijos interdictos, de suerte que ellos difícilmente plantearán la cuestión.

c) Acción promovida por los herederos del marido.

El artículo 367 dispone que la acción de impugnación de la paternidad a los herederos del marido si el fallecimiento de éste se produjo antes de transcurrido el término de caducidad (es decir, noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente). Para la hipótesis la norma computa el término que comenzó a correr en vida del marido y los herederos gozarán del que faltare para completarlo. También se conoce que los herederos pueden continuar el juicio que el marido hubiese iniciado.

Podría suceder, que el hijo nacido antes fuera inscrito después del fallecimiento del marido, y que la fecha de nacimiento denunciada haga presumir la paternidad del marido. Si bien la ley no prevé tal hipótesis, en el referido supuesto la acción que no existía en cabeza del marido, en vida, nace en cabeza de los herederos a partir de la inscripción del nacimiento, o desde que tuvieron conocimiento del parto.

Como en todos los casos de impugnación, se requiere que el presunto hijo esté emplazado en el estado de tal. Y aquí, como ya se ha comentado, pueden presentarse dos supuestos:

a) Que al inscribir el nacimiento del hijo, se haya mencionado al marido como padre. Por supuesto que esa mención puede

obedecer a que fue el propio marido quien denunció el nacimiento del hijo como suyo, a que lo hizo la madre u otro tercero, o en el título de estado se asentó el nombre del marido como padre. En todos esos casos, se da el supuesto típico en que la acción de impugnación es posible.

- b) También quedará expedita la acción si el hijo se inscribe haciéndose solo constar, en el título de estado, la filiación materna. En este caso opera *ministerio legis* la presunción de paternidad en cabeza del marido de la mujer casada, al nacer el hijo dentro de los plazos en los que la ley reputa que el hijo es matrimonial.

Hemos explicado que, para que los herederos puedan accionar por impugnación de paternidad, “es necesario que el marido haya iniciado en el término la acción, que continuarán ellos entonces, o que haya muerto antes del vencimiento del plazo de caducidad. A este respecto, una parte de la doctrina sostiene que ello se deriva del carácter *iure hereditatis* con que los herederos obtienen la acción”⁴⁸ y otra considera que actúan *iure proprio*”.⁴⁹ Sin embargo, cualquiera que sea el criterio, igualmente es exigible que el plazo de caducidad no haya vencido, por los principios de estabilidad y consolidación del estado de familia.

El vencimiento del plazo de caducidad consolidó definitivamente el estado de hijo extramatrimonial. Por la estabilidad

⁴⁸ BORDA, José. Tratado de Familia. Tomo I. Bs. Aires, Argentina. Edit. Astrea. 1969. p.64.

⁴⁹ BUSSO, Eduardo. Ob. Cit. Tomo II. p. 486.

de dicho estado no podrán los legitimados (ni el marido ni los herederos) impugnar después, tratando de destruirlo.

La continuación en el mismo proceso, es decir en la misma instancia promovida por el marido, será posible de conformidad con las disposiciones del Código Procesal Civil. Al respecto, el artículo 108 dispone que “ *por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en el proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido. Se presenta la sucesión procesal cuando: 1.- Fallecida una persona que sea parte en el proceso, es reemplazada por su sucesor*”. Se añade que “*la falta de concurrencia de los sucesores, determina que continúe el proceso con un curador procesal*”.

Si alguno de los herederos comparece, los restantes podrán comparecer después y tomar intervención en el proceso en el estado en que lo encuentren.

Consideramos que los herederos habilitados para actuar por el artículo 367 del Código Civil, podrán continuar la instancia abierta por el marido; pero esto no es una posibilidad excluyente, es una facultad.

Por tanto, podrán, dentro del plazo de caducidad, manifestar en ese proceso que desisten de él, a los efectos de promover un nuevo juicio con el mismo objeto, en virtud de la facultad que les confiere el artículo del Código Civil. Y dentro del plazo de caducidad estarán habilitados para demandar.

Podrán actuar quienes tengan vocación hereditaria actual o eventual. Es decir, podrán hacerlo aquellos que concurran a la

herencia con el presunto hijo (por ejemplo, otros hijos del causante) o quienes resultan desplazados por él (por ejemplo, los ascendientes, si no hay otros hijos).

“Sin duda, la madre podría quedar incluida en el concepto de heredera y en virtud de ello impugnar. Sin embargo, debe negársele el derecho a accionar, porque sería la invocación de su propia torpeza”.⁵⁰ Corrobora esta solución el artículo 362 del Código Civil, que niega relevancia jurídica a la confesión o negativa de la madre sobre la paternidad del marido.

Los acreedores del marido y de los herederos quedan excluidos de la acción de impugnación.

De otro lado, sabemos que, según el artículo 361 del Código Civil, se atribuyen al marido los hijos que nacieron dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. De tal suerte, puede plantearse el caso del hijo dado a luz por la viuda dentro de ese término. La presunción de paternidad que alcanza al marido premuerto según el artículo 361, exigirá la promoción, por los herederos, de la acción de impugnación de la paternidad. Se requerirá que, nacido el hijo, se le atribuye el estado a través de la inscripción del nacimiento y el correlativo título de estado en sentido formal, del cual resulte cierta la maternidad que hace operante la presunción del artículo 361. Si el hijo nace dentro de los trescientos días desde que el matrimonio del marido con la madre quedó disuelto en razón del fallecimiento y el hijo se inscribe como hijo de la viuda o,

⁵⁰ BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Desalma, 1979. p. 205.

por supuesto, como hijo de ésta y su marido premuerto, solo entonces –y no antes- cobra vigencia la presunción de paternidad de aquél, sin perjuicio de la acción de desconocimiento preventivo.

El plazo de caducidad de los herederos se establecerá mediante la aplicación analógica de lo dispuesto para el marido en el artículo 364 del Código Civil, o sea que comenzará a correr para ellos desde la inscripción del nacimiento del hijo que atribuya paternidad al marido premuerto, salvo que se pruebe que el heredero que demanda no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término de noventa días a su respecto se computará desde el día que tuvo noticia de él.

6. OBJETIVOS

1. Objetivos Generales

- a.- Estudiar el marco teórico del derecho de familia
- b.- Analizar el derecho de identidad en el Derecho Genético

2. Objetivos Específicos

- a.- Determinar la identidad del hijo biológico y de la madre natural.
- b.- Investigar la Acción de Impugnación de Paternidad.
- c.- Proponer una modificación al artículo 367 del Código Civil Peruano.

7. MATERIAL Y METODOS

1. Material de estudio

- a. Tratados doctrinarios, revistas especializadas, artículos, informes científicos, información bibliográfica obtenida de Internet sobre el objeto de investigación.
- b. Legislación nacional: Constitución Política del Perú de 1993, Código Civil de 1984, La Convención sobre los Derechos del Niño y Código de los Niños y Adolescentes.
- c. Doctrina y Legislación comparada sobre el objeto de estudio

2. Población y Muestra

- a. **Población.-** Encuestas en número de 252, a magistrados del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público, del Distrito Judicial de La Libertad.

- b. **Muestra.-** Encuestas en número de 93 de la población a magistrados del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público, del Distrito Judicial de La Libertad.

3. Métodos y Técnicas

1. Métodos

- a. **Método Histórico:** Aplicado al momento de buscar los antecedentes y evolución histórica del tema materia de investigación.
- b. **Método Descriptivo:** Orientado a obtener información sobre la problemática planteada.
- c. **Método Hermenéutico:** El cual nos servirá para realizar una correcta interpretación de la legislación nacional y extranjera.
- d. **Método Analítico-Comparativo:** Por el cual podremos analizar y comparar las soluciones diversas que han adoptado en diferentes países ante la problemática planteada y encontrar similitudes que permitan aprovechar la experiencia de éstos, para aplicarla a la nuestra, modificándola según nuestra realidad.
- e. **Método de Análisis y Síntesis:** El cual nos va a permitir un enfoque global de los datos recopilados (doctrina y legislación) para poder llegar a conclusiones valederas que permitan elaborar las recomendaciones pertinentes y viables.

- f. **Método Comparativo:** Que consiste en la aplicación doctrinaria y Jurídica de aplicación de normas Jurídicas Integrales de un país a otro.
- g. **Método Interrelacional.-** Que consiste en relacionar las variables del problema e hipótesis.

2. Técnicas

- a. **Observación.-** Se observó todos los hechos que se realicen en nuestra realidad material de estudio.
- b. **Fichaje.-** Se aplicó para la recolección de datos, haciendo uso de las fichas de registro (fichas bibliográficas y hemerográficas) y fichas de investigación (ficha textual o de transcripción, de resumen, de comentario, o mixtas).
- c. **Encuesta.-** Para conocer cuál es la opinión de los magistrados de los Juzgados de Familia del Distrito Judicial de la Libertad sobre la problemática planteada.
- d. **Estadística – Descriptiva.-** la cual nos permitió presentar los datos recopilados en cuadros y gráficos estadísticos, para una mejor presentación y explicación

3. Diseño

Descriptivo de una sola casilla

X

(A)

--

Donde:

X: Es lo que se quiere investigar. Cómo se puede lograr el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural dentro del Código Civil Peruano.

(A): Es donde se va a investigar, en toda la bibliografía y legislación recopilada a nivel nacional e internacional sobre la problemática planteada.

II. RESULTADOS

A través del desarrollo de este trabajo, hemos revisado doctrina, legislación, jurisprudencia y también hicimos una encuesta a los operadores del derecho, por lo que hemos llegado a cuatro (4) resultados, uno doctrinario, normativo o legislativo, jurisprudencial y estadístico.

Los resultados son los siguientes:

01. Resultado Doctrinario.- Respecto a la impugnación de la paternidad matrimonial hay dos sistemas: abierto y cerrado.

SUMILLA: Nuestro Código Civil adopta el sistema cerrado de impugnación de paternidad matrimonial y posteriormente el sistema mixto o ecléctico.

A manera de conclusión doctrinaria, nuestro Código Civil, al adoptar el sistema cerrado, fija ciertos presupuestos de la acción que si resultan acreditados, permiten al juez considerar si se ha probado o no la inexistencia del nexo biológico y a falta de los cuales no puede intentarse la prueba de dicha inexistencia. Con la modificación prevista en la Ley N° 27048, se incorporó la causal relacionada a la no comprobación del vínculo parental entre el presunto padre e hijo, a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas, lo cual hizo que nuestro sistema jurídico, siga el criterio o sistema ecléctico o mixto.

02. Resultado Legislativo.- Carácter restrictivo del artículo 367° del Código Civil Peruano.

SUMILLA: Sólo el marido está habilitado para deducir la acción de desconocimiento del hijo de su esposa.

El artículo 367 de nuestro Código Civil al prescribir que la acción de contestar la paternidad corresponde al marido, descarta que otros intereses por fundados que pareciesen; pudieran legitimar activamente a otras personas para intentar la impugnación, como por ejemplo, otros hijos del matrimonio, los parientes del marido que se verían excluidos de la sucesión.

03. Resultado Jurisprudencial.- Expediente N° 3292 – 99. Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima del 15 de Noviembre de 1999.

SUMILLA: Resulta procedente la impugnación preventiva del hijo ya nacido que, sin embargo, no ha sido inscrito como hijo de la esposa y que, por ende, carece de título de estado oponible respecto del marido de ella.

Si bien es cierto que el artículo 365° del Código Civil Peruano prescribe que “*no se puede contestar la paternidad del hijo por nacer*”, sin embargo, nada impide el ejercicio de la acción después del nacimiento, en tanto se individualice al hijo demandado, pudiendo el marido acreditar la existencia del menor mediante otro medio probatorio distinto de la partida de nacimiento.

Por ello, la sentencia recaída en el expediente N° 3299 . 99 expedida por la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, ha precisado lo siguiente:

“Del texto de la demanda se constata que el actor niega la paternidad matrimonial del hijo habido por su cónyuge a que se hace referencia en la demanda, sin que el menor haya sido inscrito en el Registro de Nacimiento. De ello se concluye que el actor pretende destruir judicialmente la presunción contenida en el artículo trescientos sesenta y uno del Código Civil que señala que el hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido. Por lo expuesto, no resulta viable exigir que el actor presente la partida de nacimiento del aludido niño, advirtiéndose que no se ha acreditado su inscripción”.

04.- Resultado Estadístico:

CUADRO N° 1
OPINIÓN SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA QUE ESTA
EVOLUCIONANDO.
DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD-2007.

El derecho de familia esta evolucionando	Magistrados		Fiscales		Total	
	N°	%	N°	%	N°	%
Si	37	88.1	42	82.4	79	84.9
No	5	11.9	9	17.6	14	15.1
TOTAL	42	100.0	51	100.0	93	100.0

FUENTE : Encuesta practicada en Setiembre del 2007 a magistrados y Fiscales del Distrito Judicial de La Libertad.

CUADRO N° 2**LA FILIACIÓN MATRIMONIAL PUEDE SER IMPUGNADA
DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD-2007.**

La filiación matrimonial puede ser impugnado	Magistrados		Fiscales		Total	
	N°	%	N°	%	N°	%
Si	29	69.0	47	92.2	76	81.7
No	11	26.2	4	7.8	15	16.1
No Contestó	2	4.8			2	2.2
TOTAL	42	100.0	51	100.0	93	100.0

FUENTE : Encuesta practicada en Setiembre del 2007 a magistrados y Fiscales del Distrito Judicial de La Libertad.

CUADRO N° 3
LAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD
MATRIMONIAL
SON IMPUGNADAS Y RECLAMADAS. DISTRITO JUDICIAL DE LA
LIBERTAD.

Las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial son impugnadas y reclamadas	Magistrados		Fiscales		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
Si	20	47.6	22	43.1	42	45,2
No	17	40.5	22	43.1	39	41.9
No contestó	5	11.9	7	13.8	12	12.9
TOTAL	42	100.0	51	100.0	93	100.0

FUENTE: Encuesta practicada en Setiembre del 2007 a magistrados y Fiscales del Distrito Judicial de La Libertad.

CUADRO N° 4**ENCUESTADOS CONOCEN LOS CRITERIOS DE ADMISIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL. DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD.**

Conoce los criterios de admisión de la investigación de la paternidad matrimonial	Magistrados		Fiscales		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
Si	20	47.6	21	41.2	41	44.1
No	22	52.4	27	52.9	49	52.7
No contestó			3	5.9	3	3.2
TOTAL	42	100.0	51	100.0	93	100.0

FUENTE: Encuesta practicada en Setiembre del 2007 a magistrados y Fiscales del Distrito Judicial de La Libertad.

CUADRO N° 5

**EL CODIGO CIVIL VIGENTE LEGISLA ADECUADAMENTE SOBRE LA
IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD PATRIMONIAL.
DIST RITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD- 2007**

El código civil legisla adecuadamente sobre la impugnación de la paternidad matrimonial	Magistrados		Fiscales		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
Si	2	4.8	10	19.6	12	12.9
No	37	88.1	40	78.4	77	82.8
No contestó	3	7.1	1	2.0	4	4.3
TOTAL	42	100.0	51	100.0	93	100.0

FUENTE: Encuesta practicada en Setiembre del 2007 a magistrados y Fiscales del Distrito Judicial de La Libertad.

CUADRO N° 6**OPINIÓN SOBRE EL DERECHO GENETICO DEBE INDEPENDIZARSE DEL DERECHO CIVIL. DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD- 2007.**

El derecho genético debe independizarse del derecho civil.	Magistrados		Fiscales		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
Si	28	66.7	27	52.9	55	59.1
No	13	31.0	22	43.1	35	37.6
No contestó	1	2.3	2	4.0	3	3.3
TOTAL	42	100.0	51	100.0	93	100.0

FUENTE : Encuesta practicada en Setiembre del 2007 a magistrados y Fiscales del Distrito Judicial de La Libertad.

CUADRO N° 7

**LA PRUEBA DEL ADN ES LA MEJOR DE TODAS PARA
DEMOSTRAR LA FILIACIÓN O NEXO BIOLÓGICO. DISTRITO
JUDICIAL DE LA LIBERTAD**

El ADN es la mejor para demostrar la filiación o nexo biológico	Magistrados		Fiscales		Total	
	N°	%	N°	%	N°	%
Si	39	92.9	50	98.0	89	95.7
No	3	7.1	1	2.0	4	4.3
TOTAL	42	100.0	51	100.0	93	100.0

FUENTE : Encuesta practicada en Setiembre del 2007 a magistrados y Fiscales del Distrito Judicial de La Libertad.

CUADRO N° 8

**EL DERECHO DE IDENTIDAD DEL HIJO BIOLÓGICO Y DE LA MADRE NATURAL ESTAN PROTEGIDOS EN EL CODIGO CIVIL PERUANO.
DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD-2007**

El derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural están protegidos.	Magistrados		Fiscales		Total	
	N°	%	N°	%	N°	%
Si	10	23.8	16	31.4	26	28.0
No	32	76.2	35	68.6	67	72.0
TOTAL	42	100.0	51	100.0	93	100.0

FUENTE: Encuesta practicada en Setiembre del 2007 a magistrados y Fiscales del Distrito Judicial de La Libertad.

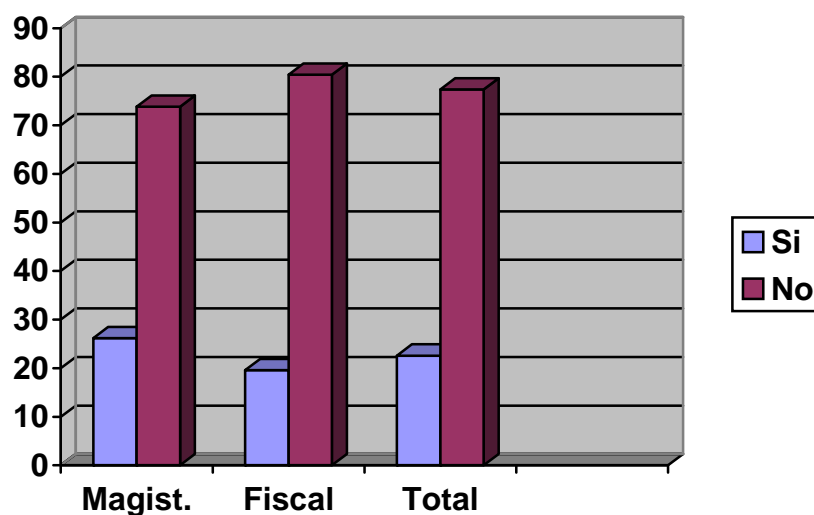
CUADRO N° 9

LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN ESTA DEBIDAMENTE REGULADO EN EL ARTICULO 367° DEL CODIGO CIVIL. DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD.

La acción de impugnación esta regulado en el artículo 367° del código civil	Magistrados		Fiscales		Total	
	N°	%	N°	%	N°	%
Si	11	26.2	10	19.6	21	22.6
No	31	73.8	41	80.4	72	77.4
TOTAL	42	100.0	51	100.0	93	100.0

FUENTE : Encuesta practicada en Setiembre del 2007 a magistrados y Fiscales del Distrito Judicial de La Libertad.

LA ACCION DE IMPUGNACIÓN ESTA REGULADO EN EL ARTICULO 367°



FUENTE: Encuesta practicada en Setiembre del 2007 a magistrados y Fiscales del Distrito Judicial de La Libertad.

CUADRO N° 10

**MODIFICANDO EL ARTICULO 367° DEL CODIGO CIVIL ESTARIAN
PROTEGIDOS EL DERECHO DE IDENTIDAD DEL HIJO BIOLÓGICO Y
DE LA MADRE NATURAL, DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD-
2007**

Modificando el artículo 367° del código civil estarían protegidos el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural.	Magistrados		Fiscales		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
Si	24	57.1	34	66.7	58	62.4
No	18	42.9	16	31.4	34	36.6
No contestó			1	1.9	1	1.0
TOTAL	42	100.0	51	100.0	93	100.0

FUENTE: Encuesta practicada en Setiembre del 2007 a magistrados y Fiscales del Distrito Judicial de La Libertad.

MODIFICANDO EL ARTICULO 367° DEL CODIGO CIVIL ESTARIAN
PROTEGIDOS EL DERECHO DE IDENTIDAD DEL HIJO BIOLÓGICO Y DE LA
MADRE NATURAL.

III. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

1. Del Resultado Doctrinario

A este segundo sistema (**cerrado**) se alinea nuestro Código Civil que también en esta materia ha seguido sustancialmente el Código Napoleónico, como lo hicieron diversos países hispanoamericanos y latineuropeos, que exhiben una clara influencia jurídica francesa.

El texto francés, por su parte, siguió la tradición del *droit coutumier*, que con un carácter sumamente restrictivo admitía la impugnación solo en casos de probada imposibilidad física, como la ausencia o la impotencia del marido.

Se ha dicho que tal criterio restrictivo responde al interés de preservar al orden familiar de procesos escandalosos e injustificados, que podrían afectarlo moralmente, destruyendo su intimidad; y se fundaría también el *favor legitimatis*, sobre el que se asienta en las legislaciones que discriminan las categorías de la filiación, toda la materia de la filiación legítima, con una presunción de paternidad en su base, indicativa de que, salvo prueba concluyente en contrario, el orden jurídico prefiere mantener la filiación legítima, lo cual redundaría, como también se ha señalado, en beneficio del hijo y de la madre, por obvias razones de índole moral.

Hasta antes de la reforma introducida por la Ley N° 27048, en el Código Civil – como ya dijimos, tributario en esta materia del Code – el marido solo puede desconocer la paternidad del hijo concebido por la mujer durante el matrimonio en dos casos: si prueba que le ha sido imposible cohabitar con su mujer en los primeros ciento veinte días de

los trescientos que han precedido al nacimiento del hijo (inciso 2 del artículo 363); y si demuestra que adolece de impotencia *coeundi* o absoluta (inciso 4 del artículo 363).

Es decir, el marido debe estar en condiciones de probar su absoluta imposibilidad de mantener relaciones sexuales con su mujer en el período legal de la concepción - el Code aludía la imposibilidad física o material – para poder demostrar los hechos que justificasen el desconocimiento del hijo.

Veamos el siguiente caso: el marido sufre de impotencia *generandi* o relativa, manifiesta y anterior a la celebración del matrimonio. Tal dolencia no le impide al marido sostener relaciones sexuales con su mujer, lo que produce es la imposibilidad de la concepción. En tal supuesto el marido impotente que sabía positivamente que el hijo de su mujer no era suyo, debía aceptar la paternidad, por cuanto le es imposible demandar la impugnación de paternidad al no tratarse – la impotencia *generandi* - del hecho constitutivo de la causa determinante de la acción. Conclusión: el sistema “ cerrado” del Código Civil de 1984 no permite al marido impugnar la paternidad matrimonial del hijo que es fruto de relaciones sexuales extramatrimoniales, por el hecho constitutivo de la impotencia relativa o *generando*. La actitud que podría ser motivada por arrepentimiento, por sinceridad o por impudicia, se convierte en un arma jurídica.

De igual modo, a tal conclusión también se llegaba cuando se está frente a otro singular supuesto: la esterilización del marido, con conocimiento de la mujer o sin él. Igualmente, la esterilización no frustra

que marido y mujer mantengan relaciones sexuales. Tenemos que recordar que el término “cohabitación” está referido al cumplimiento del débito conyugal. La mujer, conocedora o no de la esterilización de su marido, puede seguir dándole más hijos en el futuro; estando el marido imposibilitado de impugnar la paternidad por no tratarse – la esterilización – de un hecho constitutivo de la causa determinante de la acción.

Hay autores que defienden el sistema del Código Civil, y acuden al argumento de considerar que la impugnación de la paternidad del marido debía ser restringida por la grave repercusión familiar que ella tiene. Pero, al hacer esta defensa, se propicia el mantenimiento de situaciones anacrónicas y, muchas veces, inmorales. ¿Cómo podría razonablemente sostenerse que la impotencia *generando* y la esterilización del marido no eran alegables para desconocer la paternidad?. Sostener que la prueba de tales supuestos de hecho da lugar a procesos escandalosos era realmente un despropósito: con el mismo criterio, es escandaloso probar el adulterio de la esposa que ha ocultado, además, el parto. ¿Y cómo evitar en los juicios la discusión de hechos inmorales o escandalosos?. Los pleitos sobre estupro, nulidad del matrimonio, amancebamientos de hermanos con hermanas, incestos, adulterios de la mujer o del marido son verdaderamente pleitos escandalosos, y sin embargo es de toda necesidad permitirlos y entrar en la indagación y prueba de los hechos.

Teniendo a la vista las soluciones del Derecho Comparado que ha ido incorporando, sobre todo en este siglo, un régimen abierto de impugnación de la paternidad, el autor, Alex Plácido V., propuso que se declarara la conveniencia de sustituir el sistema cerrado de causales de

impugnación rigurosa de la paternidad por un sistema abierto que permitiese al marido el desconocimiento en todos los casos en que probase que su paternidad queda descartada o es fundamentalmente menos verosímil que la de un tercero.

Como ya expusimos, en el año 1998, recién con la Ley N° 27048, se incorporó la causal relacionada a la no comprobación del vínculo parental entre el presunto padre y el hijo, a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Si bien con esta disposición se permitiría invocar cualquier otro supuesto de hecho de los previstos en la ley para sustentar la demanda, ello no importa la expresa sustitución del sistema cerrado por el abierto de impugnación de la paternidad matrimonial. Así se comprueba, no solo por la conservación del régimen de causales determinadas para iniciar la investigación de la paternidad; sino, además, porque el hecho por acreditar será necesariamente la inexistencia del vínculo parental entre el presunto padre y el hijo mediante la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza; resultando trascendente la probanza sobre el supuesto de hecho invocado y no previsto en la ley, en caso de negación a someterse a la pericia. En todo caso, nuestro sistema jurídico sigue un criterio ecléctico o mixto en esta materia.

2. Del Resultado Legislativo

El artículo 367° del Código Civil Peruano evidentemente tiene un carácter restrictivo. Desde este punto de vista, es el marido - él y solo él – quien puede valorar los alcances de la conducta infiel de su esposa y puede, por muchas razones, perdonar. Asume, entonces, la paternidad del hijo concebido por ella y nadie puede cuestionarlo, no permitiéndose la interferencia de terceros con sus intereses – generalmente hereditarios, no se olvide – en el ámbito, aquí sí, infranqueable de la intimidad conyugal y familiar.

Solo si el marido muere durante el plazo de caducidad sin haber intentado la impugnación de la paternidad matrimonial, pueden los herederos de aquél entablarla; y, en todo caso, pueden continuar el proceso que el causante hubiese iniciado.

Este punto de vista es cuestionable considerando que, su aceptación sin reservas conduce a que tanto para el hijo como para otros terceros (por ejemplo, el verdadero progenitor), la presunción “*pater is est...*” se tomase absoluta: “ no tienen ni siquiera el derecho de criticar como abusiva la actitud del marido que se abstiene de ejercer la acción de impugnación porque es, para él, una facultad discrecional, de la que es libre de no usar”.

Un caso importante es el que presenta la separación de hecho que no hace cesar la presunción de paternidad del marido y que en consecuencia impide al verdadero padre del hijo concebido por la mujer separada, reconocerlo.

Por ello, es que en algunas legislaciones, se haya previsto que la presunción de paternidad puede ser impugnada, no solo por el marido, sino también por el hijo o su madre. Así, el artículo 1594 del Código Civil alemán, texto dispuesto por decreto del año 1943; el artículo 2135 del Código Civil italiano de 1942, texto según la Ley 151 de 1975; el artículo 137 del Código Civil español, texto dispuesto por la Ley 13 de mayo de 1981; el artículo 259 del Código Civil argentino, texto según la Ley N° 23.264 del 25 de setiembre de 1985.

“En cambio, nuestro Código Civil sigue la tradición del Código Civil francés, que confirió el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad al marido y a sus herederos solo en el caso en que no hubiera caducado en vida de aquél. Sobre la base del criterio favorable a la legitimidad de la filiación, y de considerar al marido único juez de la conducta de su mujer y aceptante de la legitimidad de los hijos de ella por el solo hecho de haber contraído matrimonio, no hubo discrepancias acerca de que la acción no correspondía al hijo ni aun cuando pudiera beneficiarse por su legitimación en un segundo matrimonio de la madre. Solo aisladamente se sostuvo la necesidad de otorgar al hijo la acción. Ésta ha sido, entonces, la opinión imperante en Francia.

Entendemos que la reforma francesa de 1972, no ha modificado esta situación. “Si bien ha creado una nueva acción, la de contestación de la paternidad por la madre cuando tenga por finalidad la legitimación del hijo por el segundo matrimonio (artículo 318), no ha extendido el ejercicio de la acción de contestación de la paternidad del hijo, que no puede declinar la filiación legítima que le es atribuida”.

Según la redacción del artículo 367 de nuestro Código Civil, se comprueba que la legitimación activa de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial no está expresamente referida al hijo; sin embargo, el mismo precepto legal no se lo prohíbe, por lo que la promoción de la acción por el hijo no implica un actuar contrario a ley". De otro lado, es evidente el legítimo interés moral del hijo en establecer la verdad de su filiación. La investigación de la verdad acerca de la filiación que a un individuo se le atribuye, forma parte de derechos atinentes y esenciales a su identidad, que en el orden natural de las relaciones humanas son inviolables por parte del ordenamiento jurídico.

¿Es posible sostener que, por los intereses de uno de los sujetos del vínculo, como es el honor del marido y la paz del hogar que preside, el ordenamiento prive al otro sujeto del vínculo – el hijo- de un derecho que emerge evidente de ese orden natural de las relaciones humanas, basadas en afecciones fundamentales?

El argumento de la defensa de la tranquilidad de los hogares o de la estabilidad social no puede establecerse sobre las bases que se alejen del concepto de los derechos humanos. Lo contrario lleva consigo el germen de la discordia, de la alteración de la paz social. Las nuevas valoraciones sociales privan de su fuerza de convicción a tal argumento.

No es suficiente, igualmente, la presunción de cumplimiento de los deberes conyugales por parte de las personas casadas, ya que la presunción mantiene su vigencia mientras no se demuestre lo contrario. La probanza del nexo biológico evidenciaría el cumplimiento o no del débito conyugal.

3. Del Resultado Jurisprudencial

Conforme señalamos en el resultado, al citar la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, en relación a la contestación de la demanda del hijo por nacer, debemos tener presente que la posterior inscripción del nacimiento no hace operante la presunción de paternidad del marido en tanto el pleito se está tramitando. Ello sucederá solo si la demanda fuese rechazada pues, es claro, en ese caso los extremos invocados por aquél para excluir su paternidad no se han probado.

En tan sentido, consideramos que el marido no puede oponerse a que el nacido sea inscrito como hijo de su esposa a pesar de que en ese momento, todavía no se haya resuelto judicialmente la pretensión impugnatoria. Es obvio que el hijo tiene una madre cierta y por ende no se debe impedir que su filiación materna quede en suspenso solo por una petición del marido que, provisionalmente, no se presume que sea el padre.

4. Del Resultado Estadístico

En el cuadro N° 1 se presenta la opinión sobre el derecho de familia que esta evolucionando en los últimos años, observándose y que el 88.1% de los magistrados indica que si esta evolucionando mientras que el que el 82.4% de los fiscales indica que si esta evolucionando y en la opinión de ambos, el 84.9% indica que si esta evolucionado.

En el cuadro N° 2 se presenta la opinión sobre de que la filiación matrimonial puede ser impugnado, observándose que el 69% de los magistrados indica que si puede ser impugnado, mientras que el 92.2%

de los fiscales indica que si puede ser impugnado y en la opinión de ambos el 81.7% indica que si puede ser impugnado.

En el cuadro N° 3 se presenta la opinión sobre las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial son impugnadas y reclamadas, observándose que el 47.6% de los magistrados indica que si pueden ser impugnadas y reclamadas, mientras que el 43.1% de los fiscales indica que si pueden ser impugnadas y reclamadas e igual porcentaje de fiscales indican que no pueden ser impugnadas y reclamadas y en la opinión de ambos, el 45.2% indica que si pueden ser impugnadas y reclamadas.

En el cuadro N° 4 se presenta la opinión sobre si conoce los criterios de admisión de la investigación de la paternidad matrimonial, observándose que el 52.4% de los magistrados indican que no conocen, mientras que el 52.9% de los fiscales indican que no conocen y en la opinión de ambos, el 52.7% de ellos indican que no conocen los criterios de admisión de la investigación de la paternidad matrimonial.

En el cuadro N° 5 se presenta la opinión de que si el código civil vigente legisla adecuadamente sobre la impugnación de la paternidad matrimonial, observándose que el 88.1% de los magistrados indica que el código civil vigente no legisla adecuadamente, mientras que el 78.4% de los fiscales indica que el código civil vigente no legisla adecuadamente y en la opinión de ambos, el 82.8% de ellos indica que el código civil vigente no legisla adecuadamente.

En el cuadro N° 6 se presenta la opinión sobre si el derecho genético debe independizarse del derecho civil, observándose que el 66.7% de los

magistrados indica que si debe independizarse, mientras que el 52.9 de los fiscales indica que si debe independizarse y en la opinión de ambos, el 59.1% de ellos indica que el derecho genético debe independizarse del derecho civil.

En el cuadro N° 7 se presenta la opinión de que si la prueba ADN es la mejor de todas para demostrar la filiación o nexo biológico, observándose que el 92.9% de los magistrados indica que la prueba ADN si es la mejor de todas, mientras que el 98% de los fiscales indica que la prueba ADN si es la mejor de todas y en la opinión de ambos, el 95.7% de ellos indican que la prueba ADN si es la mejor de todas para demostrar la filiación.

En el cuadro N° 8 se presenta la opinión sobre si el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural están debidamente protegidos en el código civil peruano, observándose que el 76.2% de los magistrados indica que no están debidamente protegidos, mientras que el 68.6% de los fiscales indica que nos están debidamente protegidos y en la opinión de ambos, el 72% de ellos indica que no están debidamente protegidos en el código civil peruano.

En el cuadro N° 9 se presenta la opinión de que si la acción de impugnación esta debidamente regulado en el artículo 367° del código civil vigente, observándose que el 73.8% de los magistrados indica que la acción de impugnación no esta debidamente regulado en el artículo 367° mientras que el 80.4% de los fiscales indica que la acción de impugnación no esta debidamente regulado en el artículo 367° y en la opinión de ambos, el 77.4% de ellos indica que la acción de impugnación no esta debidamente regulado en el artículo 367° del código civil vigente.

En el cuadro N° 10 se presenta la opinión sobre si modificando el artículo 367° del código civil vigente estarían debidamente protegidos el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural, observándose que el 57.1% de los magistrados indica que si modificamos el artículo 367° del código civil si se protegerían el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural, mientras que el 66.7% de los fiscales indica que si no modificamos el artículo 367° del código civil di se protegerían el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural y en la opinión de ambos, el 62.4% de ellos indican que si modificamos el artículo 367° del código civil si se protegerían el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural .

IV. CONCLUSIONES

1. El Código Civil Peruano dentro del contexto doctrinario inicialmente adoptó el sistema cerrado de impugnación de paternidad matrimonial y con la promulgación de la Ley N° 27048 sigue ahora el sistema mixto o ecléctico, es decir entre cerrado y abierto.
2. El artículo 367° del Código Civil Peruano tiene un carácter restrictivo, sin embargo, se comprueba que la legitimación activa de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial no está expresamente referida al hijo, porque la ley no se lo prohíbe, por consiguiente la acción iniciada por el hijo no es actuar contra la ley.
3. La jurisprudencia nacional, respecto al artículo 365° del Código Civil vigente, ha establecido que el marido no puede oponerse a que el nacido sea inscrito como hijo de su esposa a pesar de que en ese momento, todavía no se haya resuelto judicialmente la pretensión impugnatoria.
4. El 62.4% de los magistrados y fiscales opinan que modificando el artículo 367° del código civil vigente estarían debidamente protegiendo el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural otorgando la acción de impugnación de paternidad. Asimismo; el 77.4% de los magistrados y fiscales opinan que la acción de impugnación no esta debidamente regulado en el artículo 367° del código civil vigente. De igual modo, el 72% de los magistrados y fiscales opinan que el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural no están debidamente protegidos en el código civil peruano vigente.

V. RECOMENDACIONES

1. Recomendamos la modificación del Artículo 367° del Código Civil Peruano, a fin de garantizar la acción de impugnación de paternidad para que el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural estén mejor amparados por la ley.

VI. PROPUESTA LEGISLATIVA

PROPUESTA LEGISLATIVA DE MODIFICAR EL ARTÍCULO 367° DEL CÓDIGO CIVIL

Exposición de Motivos

FUNDAMENTOS

El proyecto busca modificar la redacción del artículo 367° del Código Civil, que prescribe: “ *La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364° y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.* “

La sistemática del Código Civil trata separadamente las acciones referentes a la filiación matrimonial (impugnación de la paternidad matrimonial, impugnación de la maternidad matrimonial y reclamación de la filiación matrimonial) y a la filiación extramatrimonial (impugnación del reconocimiento, reclamación de la paternidad y maternidad extramatrimoniales).

Esto significa, que las acciones de filiación se dividen en dos variedades: de reclamación y de impugnación, pues se parte de una situación anterior a la acción que se ejercita, bien para reclamar el estado de filiación que se pretende obtener, bien para impugnar el que ostente el demandado. Son todas acciones de estado, porque tienden a declarar la existencia de los presupuestos de un determinado emplazamiento en el estado de familia, o a constituir, modificar o extinguir un emplazamiento.

En las acciones de estado referentes a la filiación matrimonial se implican, conjunta o separadamente, según los casos, presupuestos biológicos y presupuestos institucionales; mientras que en la filiación extramatrimonial, se refieren solo los primeros (biológicos).

En el presente caso, estamos analizando la filiación matrimonial, siendo los presupuestos biológicos dos: el nacimiento del hijo después de la celebración del matrimonio y la paternidad del marido y de la madre.

Como ya hemos referido en la presente investigación, la presunción de paternidad del marido no trasciende como una presunción *iuris et de iure* sino *iuris tantum*, o sea que admite prueba en contrario.

En la doctrina se han distinguido tradicionalmente la impugnación, o desconocimiento riguroso de la paternidad, y la denominada impugnación o desconocimiento simple de ella. En el contexto tradicional, la distinción obedece a que en el primer caso, el marido ataca la presunción legal que le atribuye la paternidad de los hijos concebidos por su esposa durante el matrimonio, es decir, los nacidos después de los ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio y durante los trescientos siguientes a su disolución. En cambio, respecto de los hijos que nacieren durante los primeros ciento ochenta días a partir de la celebración del matrimonio y que por ley se presumen concebidos antes de tal celebración, la ley permite al marido negar su paternidad, salvo que al casarse hubiese reconocido expresa o tácitamente como suyo al hijo o si consintió en que se le diera su apellido.

La redacción del artículo 367° del Código Civil Peruano, nos demuestra su carácter restrictivo porque sigue la tradición del Código Civil Francés que confirió el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad al marido y a sus herederos solo en el caso en que no hubiera caducado en vida de aquél. Sobre la base del criterio favorable a la legitimidad de la filiación, y de considerar al marido único juez de la conducta de su mujer y aceptante de la legitimidad de los hijos de ella por el solo hecho de haber contraído matrimonio, no hubo discrepancias acerca de que la acción no correspondía al hijo ni aun cuando pudiera beneficiarse por su legitimación en un segundo matrimonio de la madre. Solo aisladamente se sostuvo la necesidad de otorgar al hijo la acción.

El fundamento de este análisis restrictivo del artículo 367° del Código Civil se ha formulado tradicionalmente diciendo que “ sólo el marido puede ser juez de su propia paternidad”, con lo cual se descarta que otros intereses, por fundados que pareciesen, pudieran legitimar activamente a otras personas para intentar la impugnación, como, por ejemplo, otros hijos del matrimonio, los parientes del marido que se verían excluidos de la sucesión.

Desde este punto de vista, es el marido – él y solo él – quien puede valorar los alcances de la conducta infiel de su esposa y puede, por muchas razones, perdonar. Asume, entonces, la paternidad del hijo concebido por ella y nadie puede cuestionarlo, no permitiéndose la interferencia de terceros con sus intereses generalmente hereditarios, en el ámbito, aquí si, infranqueable de la intimidad conyugal y familiar.

Solo si el marido muere durante el plazo de caducidad sin haber intentado la impugnación de la paternidad matrimonial, pueden los herederos de aquél entablarla; y, en todo caso, pueden continuar el proceso que el causante hubiese iniciado.

Este punto de vista es cuestionable considerando que, su aceptación sin reservas conduce a que tanto para el hijo como para otros terceros (por ejemplo, el verdadero progenitor), la presunción que es padre, y ésta se tomase absoluta.

Entonces, siguiendo el criterio de la doctrina y legislación comparada, debe legislarse que la presunción de paternidad puede ser impugnada no solo por el marido, sino también por el hijo biológico y la madre natural, conforme lo prescriben actualmente el Código Civil Alemán, Código Civil Italiano, Código Civil Español, Código Civil Argentino, entre otros.

Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La aprobación y promulgación del presente proyecto de ley, implica el modificar el artículo 367° del Código Civil.

Análisis Costo Beneficio

La presente iniciativa no irroga costo alguno al erario nacional, por el contrario, no es posible cuantificar el beneficio que conlleva la armonización de la normatividad y de los principios que integran el ordenamiento jurídico nacional.

FORMULA LEGAL**Texto del Proyecto**

La ciudadana que suscribe, en ejercicio del derecho de iniciativa en la formación de leyes, consagrado en el artículo 107° de la Constitución Pública del Perú presenta el siguiente proyecto de ley.

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 367° DEL
CÓDIGO CIVIL****Artículo Único**

Modifíquese el artículo 367° del Código Civil, el mismo que queda redactado del modo siguiente:

TITULARES DE LA ACCIÓN CONTESTATORIA “

Artículo 367°.- La acción para contestar la paternidad corresponde al marido, al hijo biológico y a la madre natural. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona Madrid, España, Tecnos, 1998.

ARIAS – SCHREIBER PEZET, Max, Exégesis del Código Civil Peruano, T VIII, Lima – Perú, Editorial Gaceta Jurídica, 2001.

BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho privado. Buenos Aires, Argentina. EJEA, 1967, T. II.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique, La Constitución de 1993: Análisis Comparado, Lima-Perú, Edit. ICS Editores, 2da. Edición.1996.

BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Desalma, 1979. p. 205.

BORDA, José. Tratado de Familia. Tomo I. Bs. Aires, Argentina. Edit. Astrea. 1969.

BOSSERT, Gustavo – ZANNONI, Eduardo A. Régimen legal de filiación y patria potestad. Buenos Aires, Argentina. Astrea. 1987.

BUSSO, Eduardo A. Código Civil Anotado. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. 1944.

CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo I. Vol. II. Barcelona, España. Edit. Bosch, 1961.

CICU, Antonio. La filiación Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado. 1930.

CHUNGA LAMONJA, Fermín, El Código de los Niños y Adolescentes. Concordado y Comentado, Lima-Perú, Edit. San Marcos, 2da. edición, 1998.

CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Lima – Perú, Edit. Gaceta Jurídica, 10ma. edición, 1999.

DAGOT, Michel – SPITERI, Pierre. Le nouveau droit de filiation. Paris, France. Libraires Techniques, 1972.

DE DEBAKEY, Revoredo, Código Civil Exposición de Motivos y Comentarios, T IV, Lima – Perú, Comisión encargada del estudio y revisión del C.C., 1988.

DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon. Tomo V. París, France., 1869.

ENNECERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Bs. Aires, Argentina, Edit. Heliasta. 1990.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. París. Francia. Librería de Ch. Bouret, 1884.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. Manual de Derecho civil español. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado. 7ma. Ed., 1982, Vol. IV

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la Identidad Personal, Buenos Aires-Argentina, Edit. Astrea, 1993.

GARCÍA GOYENA, Florencio. Comentarios y concordancias del Código Civil Español. Tomo I. Madrid, España, 1852, p. 56.

JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo I, vol. II. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ejea, 1950. p.167.

MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy, Derecho de Familia, Lima-Perú, Edit. San Marcos, 2001.

MENDEZ COSTA, Joseía. La filiación. Santa Fé. Argentina. Rubinzal y Culzoni., 1986.

MURO ROJO, Manuel y otros, Código Civil Comentado por los 100 mejores civilistas del Perú, T II, Lima-Perú, Edit. Gaceta Jurídica, 2003.

PLÁCIDO V., Alex, Manual de Derecho de Familia: Un nuevo enfoque de estudios del Derecho de Familia, Lima-Perú, Edit. Gaceta Jurídica, 2da. edición, 2002.

PLÁCIDO V., Alex. Filiación y Patria Potestad. En la doctrina y en la jurisprudencia. Lima, Perú. Editorial Gaceta Juridica. 2003.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Traté Elémentaire de droit civil*. Paris. Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, 1, & 1280.

PLANIOL –RIPERT- ROUAST, André. *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo II. La Habana, Cuba, Cultural. 1946.

RIPERT, Georges – BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Según el tratado de Planiol. Tomo II, Vol. I. Buenos Aires, Argentina. La Ley, 1963-1965.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *La presunción de paternidad legítima*. Madrid, España. Editorial Tecnos. 1971.

RODRÍGUEZ ITURRI, Róger. *El Derecho a amar y el derecho a morir*. Lima, Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 1997.

ROUAST, André. *La filiation en droit comparé*. Paris, France. 1931-1932.

SOTO LAMADRID, Miguel Angel. *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires, Argentina. Astrea, 1990.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*, Lima, Perú, Editorial Gaceta Jurídica. 2004.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; Derecho Genético, Lima, Perú, Editorial Grijley, 4ta Edición, 2001.

VEGA MERE, Yuri. Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia. Colegio de Abogados de La Libertad (Trujillo), 2da. Edición aumentada. 2005.

ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia. Tomo II. Bs. Aires, Argentina. Editorial Astrea, 1978.

ZARINI JUAN, Helio, Derecho Constitucional, Buenos Aires-Argentina, Edit. Astrea, 1992.

REVISTAS

GACETA JURIDICA: Sección de Actualidad Jurídica; Tomo 75 B, Lima, Perú, febrero del 2000.

SILVA RUÍZ, Pedro. El Derecho de familia y la inseminación artificial “in vivo” e “in vitro”, en Revista de Derecho Privado. T. LXXI, Madrid, 1987.

NORMAS LEGALES

- 1.- Constitución Política del Perú del año 1993.
- 2.- Convención sobre los Derechos del Niño
- 3.- Código Civil. Lima-Perú, Editorial Gaceta Jurídica. Cuarta Edición actualizada. 2003.

SENTENCIAS

- 1.- Sentencia de la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima del 15 de Noviembre de 1999, recaída en el Expediente N° 3292-99. En:

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisprudencia actual. Tomo 4, Lima, Gaceta Jurídica. 2001. p. 127.

Trujillo, Noviembre del 2008

Dr. Teófilo Idrogo Delgado
ASESOR

Ms. Marcela E. Dulanto Medina
Alumna de Doctorado

ANEXO**ENCUESTA****ENCUESTA A MAGISTRADOS Y FISCALES DEL DISTRITO JUDICIAL
DE LA LIBERTAD REALIZADA EN SETIEMBRE DEL 2007.**

1.- ¿Considera Ud. que el Derecho de Familia está evolucionando en los últimos años?

SI () NO ()

2.- ¿ La filiación matrimonial puede ser impugnada?

SI () NO ()

3.- ¿Piensa que las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial, son:

a) Impugnación de la paternidad matrimonial

b) Impugnación de la maternidad matrimonial y,

c) Reclamación de la filiación matrimonial

SI () NO ()

4.- ¿Conoce Ud. los criterios de admisión de la investigación de la paternidad matrimonial?

SI () NO ()

5.- ¿Considera que el Código Civil vigente legisla adecuadamente sobre la impugnación de la paternidad matrimonial?

SI () NO ()

6.- ¿ Piensa que el Derecho Genético debe independizarse del Derecho Civil?

SI () NO ()

7.- ¿Considera a la prueba del ADN como la mejor de todas para demostrar la filiación o nexo biológico?

SI () NO ()

8.- ¿Considera que el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural, están debidamente protegidos en el Código Civil Peruano?

SI () NO ()

9.- ¿Piensa que la acción de impugnación está debidamente regulado en el artículo 367° del Código Civil vigente?

SI () NO ()

10.- ¿Considera que modificando el artículo 367° del Código Civil vigente estarían debidamente protegidos el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural?

SI () NO ()