



## LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

La filiación extramatrimonial es el **vínculo jurídico que une al hijo respecto a sus padres unidos fuera del matrimonio**, es decir, producto de una unión de hecho. Nuestro C. C. prescribe el Art. 386° "Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio".

En el Derecho Romano Clásico y en la Legislación Española promulgada por algunos Reyes de España, por su marcada influencia romanista, se consideró que la simple unión sexual entre dos personas libres constituía el delito público de *estupro* y la de una persona libre con otra que no lo fuese el *contubernio*; de manera que los hijos nacidos en estas condiciones no merecían ni siquiera ser considerados hijos naturales.

El concubinato establecía el vínculo con tanta certeza como el matrimonio mismo; sin embargo, cuando las doctrinas monogámicas fueron afianzadas por el Derecho canónico fueron acogidas por las leyes de los estados europeos, tildándose incluso de infamia al hijo natural, no mereciendo ninguna protección por el Derecho, y es así que en el siglo XIX privaron al hijo natural de una protección semejante a la que se brinda al hijo legítimo. Es en la Bélgica de 1903 y en la Francia de 1912 en que se empieza a investigar la paternidad ilegítima en ciertos casos subsistiendo actualmente. Todavía hay país que la proscriben, en el afán de creer con ello estimular la unión matrimonial, dar certeza y estabilidad a los derechos y obligaciones que nacen de la procreación y las relaciones parentales. En cuanto a nuestro país el C. C., de 1936, de alguna manera, daba cierta protección a los hijos extramatrimoniales; sin embargo, establecía distinciones con los tenidos dentro del matrimonio. Hoy el C. C., vigente q 1984 les reconoce iguales derechos.

### PRUEBA DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Lo constituye el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad, de acuerdo con lo prescrito en el Art. 387° del C. C.

#### El reconocimiento

Es un acto jurídico de contenido extrapatrimonial, por el cual una persona admite o acepta ser padre o madre de otra.

La palabra reconocimiento, etimológicamente se deriva de la raíz latina *recognoscere*, que significa confesar, declarar, admitir, convenir con algo, o percatarse de un hecho, de su naturaleza e identidad.

Según *Varsi Rospigliosi*, el reconocimiento "es un acto formal, expreso inequívoco y solemne. Ello se debe a que la importancia y trascendencia del mismo debe constar en



un documento veraz, fehaciente y por demás seguro, que no ofrezca duda acerca de su contenido."

Para *López Del Carril*, tratadista argentino, es "el acto jurídico consistente en la afirmación solemne de paternidad biológica, hecha por el generante, acto que confiere al reconocido un *status filii* que lo liga al reconocedor." Según este autor, el reconocimiento de un hijo crea un estado de familia, vinculante para con él; por tanto, nacen a partir de allí deberes y derechos mutuos.

El reconocimiento puede ser efectuado por el padre y la madre juntos o por uno solo de ellos (Art. 388° C. C.).

De igual manera, este reconocimiento puede ser realizado por los abuelos o abuelas de la respectiva línea del padre o madre premuertos, o cuando estos se encuentran en la situación establecida en los Art. 43° Inc. 2 y 3; y 44° Inc. 2 y 3 del C. C.

### **Caracteres del reconocimiento**

El acto de reconocimiento tiene las siguientes características:

- Es voluntario.
- Es incondicional.
- No admite modalidad alguna.
- Es irrevocable. Una vez hecho el reconocimiento, nadie puede pretender retractarse del mismo, de lo contrario, crearía esto una inseguridad jurídica de graves consecuencias, sobre todo para el ser más débil de la relación parental: el hijo.

### **El reconocimiento voluntario**

Es el que hacen los padres (ambos o cualquiera de ellos) de mutuo propio al momento de Inscribir en el Registro de Nacimientos, el nacimiento de su hijo o mediante declaración posterior por acta firmada y autorizada por el funcionario que corresponda (Art. 391° C. C.).

El nacimiento se puede hacer constar en el Registro de nacimientos, mediante escritura pública o por testamento (Art. 390° C. C.).

Según el Artículo 4° de la Ley 28720 del 25/04/2006, se derogó el Artículo 392° del Código Civil y se modificó el Artículo 21° de este mismo Código, permitiendo que cuando el padre o la madre efectúen separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del matrimonio, puedan revelar el nombre de la persona con quien lo han tenido, pudiendo llevar en estos casos el hijo, el apellido del padre o de la madre que lo Inscribió, así como el del presunto progenitor. No se establece en este último



caso vínculo de filiación alguna. Vale la pena también señalar, que este mismo artículo autoriza al registrador, bajo responsabilidad a que, luego de efectuada la inscripción, dentro de los 30 días siguientes, deba poner en conocimiento del presunto progenitor tal hecho.

De Igual modo, hace hincapié en que cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos. Asimismo, esta Ley en comentario, en .,11 Artículo 2°, a fin de evitar la adulteración de la filiación materna o paterna, prescribe que el progenitor que de mala fe, impute la maternidad o paternidad del hijo a persona distinta con quien lo hubiere tenido, será pasible de sanciones civiles y penales que correspondan, añadiendo en el Artículo 3° de dicha Ley, que el presunto progenitor que se considere afectado por la consignación de su nombre en la partida de nacimiento de un niño que no ha reconocido, puede iniciar un proceso de usurpación de nombre en vía sumarísima de acuerdo con lo prescrito en el Artículo 28° del C. C., teniendo derecho, Incluso, el afectado a una indemnización.

Es preciso señalar que el menor que tiene 14 años cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial. Incluso puede reconocerse al hijo que ha dejado descendientes luego de su muerte (Arts. 393° y 394° C. C.).

En cuanto al reconocimiento, el Art. 396° del C. C., prohíbe reconocer al hijo tenido en una mujer casada, mientras el marido no lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable a su favor. Esto naturalmente, lo ha hecho el legislador en aras de proteger la unidad y armonía familiar.

Por otro lado, el hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro (Art. 397° C. C.). Esta prohibición no estaba prevista en el C. C. de 1936, razón por la cual haber legislado sobre el particular constituye una buena medida, evitando que uno de los cónyuges pretenda llevar al matrimonio un hijo no común que, desde luego, podrá hacerlo si el otro consiente en ello, evitando así beligerancias y abusos por parte de uno de los consortes, poniendo así —sobre todo— en salvaguardia la integridad psicoemocional del menor concebido extramatrimonialmente.

Se puede reconocer al hijo mayor de edad, siempre que este lo consienta, no confiriendo derecho sucesorio, ni alimentario al padre que lo reconoció, salvo que hubiere vivido en el estado constante de hijo o hubiere consentido en ello. (Art. 398° C. C.).

### **Negativa del reconocimiento**

De acuerdo con el Art. 399° del C. C., el reconocimiento del hijo extramatrimonial puede ser negado por el padre o la madre que no intervinieron en él; por el propio hijo o



por sus descendientes —si hubiera muerto— y por quien tenga interés legítimo, sin perjuicio a lo establecido en el Art. 395° del C. C. Es decir, que si ya lo reconoció no podría negarlo.

El plazo de negación del reconocimiento es de 90 días contados a partir del día en que se tuvo conocimiento del acto, de lo contrario caduca. (Art. 400° C. C.).

Aún más, el Art. 401° le confiere el derecho a negar el reconocimiento hecho a favor al menor o incapaz dentro del año siguiente a su mayoría o dentro del año siguiente en que cesó su incapacidad (Art. 401° C. C.).

### **Reconocimiento judicial de la filiación extramatrimonial o declaración judicial de filiación extramatrimonial**

Se da cuando los padres de mutuo propio, no se avienen a reconocer al hijo extramatrimonialmente concebido, por lo que este o su representante legal (padre o madre que lo hubieren reconocido), tutor o curador en su caso y con autorización del consejo de familia, pueden solicitarlo, e incluso la madre cuando es menor de edad, puede demandar dicha filiación de acuerdo con el Art. 407° C. C.

Esta acción puede ejercitarse antes del nacimiento del hijo (Art. 405° C. C.). Puede ejercitarse contra el padre, o la madre o sus herederos si hubiese muerto cualquiera de los primeros de quien se solicita judicialmente el reconocimiento judicial de la filiación extramatrimonial (Art. 406° y 411° del C. C.).

La acción de reconocimiento judicial de la filiación extramatrimonial no caduca nunca (Art. 410), quedando abierta la posibilidad de poderla hacer valer en cualquier momento.

En estos procesos sobre filiación judicial de la paternidad o de la maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza, siendo admisibles también dichas pruebas a petición de la parte demandante en el caso del Artículo 402° Inc. 4° (en los casos de violación, rapto, o retención violenta de la mujer cuando la época del delito coincida con la de la concepción) cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada solo si alguna de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores de dichos delitos.

De igual manera, si uno de los demandados se niega a someterse a una de las pruebas será declarada su paternidad si el examen descarta a los demás.

Cabe anotar que la responsabilidad de la obligación alimentaria es solidaria respecto de aquellos que habiendo participado en la violación, rapto o retención violenta en grupo, se niegan a someterse a alguna de estas pruebas (Art. 413° C. C.).



Es preciso acotar, que de acuerdo a lo prescrito en la Ley N° 28457, promulgada por el Congreso de la República el 7 de Enero de 2005, al no haberlo hecho el señor Presidente y ser publicado en el Diario Oficial El Peruano el 8 de Enero de 2005, en el Artículo 1° se prescribe que quien tenga interés en obtener la declaración de paternidad puede pedir al Juez de Paz letrado que expida resolución declarando la filiación matrimonial que demanda, e incluso que si el demandado no formula oposición dentro del plazo de 10 días de haber sido notificado válidamente.

El mandato dado por el juez se convertirá en declaración judicial de paternidad, añadiéndose en el Artículo 2° de la ley precitada, que hecha la oposición por el demandado, se suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los 10 días siguientes, cuyo costo será abonado por el demandante en el momento de toma de las muestras o podrá solicitar auxilio judicial a que se refiere el Artículo 179° del Código Procesal Civil (beneficio del que gozan las personas que carecen de recursos económicos liberándoseles de pagar), debiendo realizarse dicha prueba con muestras tomadas del padre, de la madre y el hijo, de modo tal, que si vencido el plazo de 10 días, el oponente no cumple con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Agrega dicha ley en su Artículo 3°, que si la prueba arrojara un resultado negativo, se declarará fundada la oposición y el demandante que interpuso la demanda de filiación será condenado al pago de costas y costos del proceso; pero si por el contrario, prescribe el artículo 4° de la misma Ley, la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso pudiendo ser apelada dicha declaración judicial de filiación dentro del plazo de tres días, la misma que será resuelta por el juez de familia dentro del plazo no mayor de 10 días.

### **LA FILIACIÓN JUDICIAL EXTRAMATRIMONIAL PATERNA (Art. 402° C.C.)**

La filiación representa el vínculo jurídico que une un niño a su madre (filiación materna) o a su padre (filiación paterna). Para establecer ese vínculo, que funda el parentesco, el Derecho se apoya en ciertos elementos: la verdad biológica, la verdad sociológica (el hecho de vivir en calidad de hijo), la manifestación de voluntad de los interesados (el reconocimiento).

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada de acuerdo a los siguientes presupuestos:

1. Exista un documento indubitable del padre que la admite, es decir, algún documento escrito público o privado en donde el padre deja entrever que el hijo es suyo.



2. El hijo se halla o se hubiere hallado hasta un año antes de la demanda en la posesión constante de hijo extramatrimonial, comprobando por actos directos del padre o de su familia. Es decir, que le hubiere dado el trato de hijo.
3. El presunto padre hubiere vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción, considerándose para tal efecto como concubinato cuando un varón y una mujer sin estar casados entre sí, hacen vidas de tales.
4. En los casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. Se entiende que si la época en que hubiere sido concebido el hijo es coincidente con la época en que se perpetró cualquiera de los delitos líneas arriba indicados en agravio de la madre, el hijo extramatrimonial lo es del presunto padre y esto dará lugar a su reconocimiento judicial aún cuando se siga todo el proceso de filiación extramatrimonial en su rebeldía, será el juez quien ordene su inscripción como tal, luego de expedir el fallo final declarando fundada la demanda, consentida y ejecutoriada que sea la sentencia. Naturalmente que estas demandas se tramitan en vía de proceso abreviado de acuerdo con la Ley en comentario.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio, en época contemporánea con la de la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable, es decir, conste en algún documento —por decir lo menos—y hablando de documentos pueden ser cualquiera de los previstos en el C.P.C., teniendo como principio cuando se trata de prueba escrita que esta produzca convicción por sí misma.
6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza prescribiendo, además, que lo dispuesto en el inciso sexto del Artículo 402° del C. C., modificado por la primera disposición complementaria de la Ley 28457, publicada el 8 de Enero de 2005, en el diario oficial El Peruano, que lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo tenido en una mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad, excepción que se entiende el legislador lo ha hecho para evitar el rompimiento familiar.

Añadiéndose, además, en esta primera disposición complementaria de la ley en referencia, que el juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes (primero al quinto del Artículo 402° C. C.), cuando se hubiese realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza y que van a decidir definitivamente la paternidad extramatrimonial.

El artículo 57° Inciso 8, de la ley en comentario establece que las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el Inciso 6 del Artículo 402° del C. C., se tramitarán ante los juzgados de paz letrados, lo cual consideramos que de alguna manera constituye



un avance en el afán de proteger el derecho que tiene toda persona a conocer su identidad.

De igual manera, es menester señalar que la citada ley en comentario, en su segunda disposición complementaria modifica el Artículo 57° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Otro de los aspectos importantes que merece especial atención al hablar de la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial, así como cuando el padre reconoce al hijo voluntariamente es el del derecho que tiene la madre a alimentos durante los 60 días anteriores y 60 días posteriores al parto así como los gastos ocasionados por este y el embarazo, además de la indemnización por el daño moral, y en los casos en que ha habido abuso de autoridad (era dependiente, subordinada, secretaria) promesa de matrimonio, cohabitación delictuosa o estado de minoridad en la época de la concepción, siempre que conste de manera indubitable. Naturalmente que estas acciones son personales y se deben hacer valer antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente, contra el padre o sus herederos (hijos del presunto padre si este fallece), ante el juez donde domicilia el demandado o el demandante. (Art. 403° C. C.).

### **LA FILIACIÓN JUDICIAL EXTRAMATRIMONIAL MATERNA (ART. 409° C. C.)**

La maternidad está dada por la propia naturaleza, pero para que genere consecuencias jurídicas debe ser legitimada por el Derecho, a través del reconocimiento o una investigación judicial.

La filiación extramatrimonial materna puede ser declarada:

- a)** Cuando se pruebe el hecho del parto, es decir, que la madre dio a luz (en tal o cual hospital o clínica).
- b)** Cuando se pruebe la identidad del hijo (mediante la prueba pelmatoscópica (de las manos, plantas de los pies) que coincida con la que obra en el Centro Médico en que se atendió y la que fue remitida por el nosocomio a la Policía al nacer, en donde queda archivada.

Esta acción no caduca nunca, es personal y también en este caso es admisible la prueba científica y biológica del ADN.

La determinación de la maternidad, comparativamente con la paternidad, presenta menor dificultad, ya que es constatable físicamente, por medios directos: se anuncia el embarazo y se manifiesta por el parto, es decir se prueba por hechos físicos posibles de observar por terceros.