

LA FILIACION EN EL UMBRAL DEL TERCER MILENIO

Carmen Meza Ingar

Profesora de Derecho de Familia U.N.M.S.M.

1. FILIACION.- Concepto importante del Derecho de Familia que vincula a una persona con sus antepasados, con sus descendientes, si los tuviere, y con sus parientes, sean colaterales próximos o remotos.

Por la filiación se conoce el entrocamiento de cada persona, su pertenencia a una familia. Consecuencia de filiación puede ser el nombre, también la identidad. Sin embargo, no siempre los que ostentan un nombre pueden acreditar una filiación.

Es una institución del área de las relaciones paterno-filiales, desde el ángulo del hijo, del filio.

Si tuviéramos presentes a los progenitores, tendríamos que referirnos a la paternidad o a la maternidad, pero diciendo "filiación" nos centramos en el hijo, partimos desde el hijo, trátase del concebido, del recién nacido, del menor de edad, del niño, del adolescente o del adulto.

2. CLASIFICACION.- Pese al precepto Constitucional¹ que sirvió de marco al Código Civil de 1984, que reconoce "iguales derechos" a todos los hijos, el Código Civil Peruano presenta una clasificación de hijos: matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos y alimentistas.

Esta lectura del Código, podría invitarnos a reflexionar sobre adjetivos que podrían contener rezagos de "discriminación", aún cuando este cuadro obedece a un nuevo esquema que supera en parte, la vieja clasificación de hijos legítimos, así como las subclasificaciones que tenían los hijos ilegítimos antes de 1936.

Se mencionaba hijos naturales y espúreos, los últimos podían ser adulterinos, sacrílegos y manceres.

¹ Constitución Política del Perú de 1979, art. 6 In Fine.

En el Código de 1936 sólo son legítimos e ilegítimos, pero en 1984 el código civil Peruano presenta un cuadro que incluye, al hijo alimentista, es decir, un hijo que no acredita su filiación, verosímil, pero no cierta.

3. DIFERENCIAS ELEMENTALES. - La filiación tiene su propia naturaleza y no puede confundirse con los conceptos de nombre e identidad, aún cuando ambos vocablos pueden referirse a la misma persona.

Mientras la "filiación" vincula a cada persona con su familia, el nombre solo se refiere a la individualidad de cada persona en relación con los demás miembros de la sociedad.

Es evidente, que el nombre protege el ejercicio efectivo de toda clase de derechos, sin embargo, difiere de la filiación, porque ésta vincula a la persona con una familia, con una cultura, con una tradición y una forma de vida.

El nombre nos dice de alguien que es un ser único, en la humanidad entera, pese a ello, se queda con cada persona, con cada individuo. Nótese que al referirnos al nombre estamos considerando los "pre-nombres" y los "apellidos", -que individualmente- también podrían pertenecer a una familia. No obstante ello, el nombre, como atributo personalísimo puede quedarse allí, en señalar a un ser humano, sin vincularlo necesariamente a un grupo social o a una familia.

Esa es la gran diferencia con la filiación, que sí une y vincula, de ahí que surgiera la crítica constructiva frente al articulado del Código Civil Peruano, en su libro I - Derecho de las Personas - artículo 21.

En efecto, dicho precepto del Derecho Civil, no se limita a legislar sobre el nombre de las personas, sino que, limita los derechos del hijo extramatrimonial condicionando a que lleve los apellidos de sus progenitores, solamente en el caso de ser reconocido. Más aún, agrega, que rige la misma regla en caso de filiación por declaración judicial.

¿No sería poco serio legislar sobre el nombre y confundir distintos conceptos jurídicos, en este caso, el de la filiación, que tiene otra naturaleza?

Para comprender la diferencia de los significados de la filiación y el nombre, nos preguntamos ¿Cómo queda el espíritu de la Ley N° 14772?

Dicha norma de orden legal prohibió en forma expresa consignar en los documentos oficiales, entre ellos, la partida de nacimiento, los datos relativos a la filiación legítima o ilegítima.

Es verdad que en 1998 ningún peruano recién nacido será señalado como "legítimo" o "ilegítimo", pero hay un trato desigual y que contiene el peso de la discriminación cuando se prohíbe la inscripción de "sus" apellidos a niños no reconocidos voluntariamente por sus progenitores.

Si se respetará el "derecho al nombre" quedaría a salvo el trato social y el derecho civil de cada persona, identificada, como tal, diferenciando su status como hijo, es decir, su filiación, que es otro aspecto de los derechos.

4. CAUSISTICA EN EL DERECHO DE FAMILIA.- FILIACION:
Los ejemplos son numerosos, sin embargo nos limitaremos al estudio de algunos casos que, dada su naturaleza, merecen la atención de los juristas, investigadores y legisladores especialistas en la materia:

a) Filiación Matrimonial.- Parece sencillo, se trata de los hijos de padres casados entre sí. Los ejemplos surgen del articulado del Código Civil. Si leemos los preceptos 361 y 362.

a1) El primero de ellos declara que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

a2) Hay casos en los cuales el hijo puede nacer en diferente fecha, si se piensa, por ejemplo en los partos quirúrgicos o por vía artificial. No se ha legislado sobre el particular.

a3) Más difícil es el caso de los que nacen en fecha intermedia, es decir, no precisamente cumplidos los cientos ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio (art. 163 inc. 1). Se explica si algunas parejas contracen matrimonio cuando se encuentran esperando el nacimiento de su hijo... es factible que el niño esté concebido y que nazca durante el matrimonio, pero, en el caso que naciera después de fenecido el matrimonio ¿Quién es el padre?

No han transcurrido 180 días después de la celebración del matrimonio y tampoco tiene vigor el matrimonio, por muerte del cónyuge. La legislación

peruana dice: "dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido" (art. 161 C.C.).

El análisis depende si se aplica la "teoría de la concepción" o la "teoría del nacimiento". Por la teoría de la concepción se considera si ésta se haya producido dentro del Estado Matrimonial. Y la teoría del nacimiento exige que el niño nazca durante la vigencia del matrimonio.

a4) Y otro caso serio es el de la viuda que contrae matrimonio sin respetar el plazo de término de viudedad.

Si la viuda tuviera un hijo se presenta varias alternativas: Si el niño naciere dentro de los trescientos días de fenecido su primer matrimonio, ¿Sería padre el primer marido? ¿Sería padre el actual marido? Podría darse el caso de un hijo con 2 padres.

a5) Caso derivado del art. 396 del Código Civil Peruano, por el que "el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable".

Para estudiar debidamente este precepto civil, debemos traer a la memoria el art. 670 del Código Civil Peruano de 1936.

Mediante dicho numeral quedaba excluido de la sucesión el hijo matrimonial reconocido por tercero.

La redacción del mismo y la casuística jurisprudencial prueban, lamentablemente, que los registros no estaban debidamente organizados, o custodiados, para que en el acta o partida de un hijo matrimonial pueda ocurrir un reconocimiento por tercero. ¿Podía el hijo matrimonial tener dos padres?

En el umbral del tercer milenio, difícilmente podría encontrarse similar hecho. Sin embargo, la redacción del art. 396 supone que hay hijos matrimoniales, que en puridad, no son tales.

En efecto, se impide al pretendido padre, o mejor, al pretendiente a ser padre, a que reconozca a su hijo, mientras no se esclarezca la paternidad legítima. La ley, por el principio de *juris tantum*, señala quien es el padre. Y, si no acciona el marido de la mujer, él es el padre y el hijo es "matrimonial".

Los presupuestos jurídicos parten del hecho que el padre legal se encuentra en el hogar conyugal, o, que, por lo menos conoce el nacimiento del niño.

Si el padre estuviere en un lugar remoto, durante varios años, imposibilitado de accionar, es un padre que ignora tener un hijo matrimonial.

b) La Filiación Adoptiva.- Tiene el rango de "matrimonial", aún cuando se tendría que analizar el problema de la "verdad biológica", que implica el "derecho de la identidad" y situaciones vinculadas al novísimo concepto del "interés superior del menor".

c) Filiación Extra Matrimonial.- Regula la situación de hijos de padres no casados. Antiguamente, se presumía que la madre era "cierta" y la casuística se refirió, en gran parte a la vinculación paterno-filial.

c1) El reconocimiento voluntario, se explica por sí mismo y no genera problemas, salvo el caso del reconocimiento al hijo mayor de edad, que tiene un requisito sine quanon, el consentimiento del hijo para conferir derecho sucesorio al padre (art. 398).

c2) Estando en prensa la Revista el Congreso promulgó la Ley 27048 que admite la prueba biológica para probar la paternidad y la maternidad en la acción de filiación a que se refieren los arts. 363, 371 y 373 del Código Civil.

Esta novísima norma modifica los arts. 363, 402, 413 y 415 del Código Civil.

En efecto, mediante inc. 5 del art. 363 incorpora la prueba del ADN u otras de validez científica. Además, el mismo inciso faculta al Juez a desestimar las presunciones diversas, cuando se hubiere realizado una prueba genética u otro de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

En los casos de negativa de someterse a algunas de las pruebas, luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento, por segunda vez, el Juez evaluará las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado, declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole al hijo los derechos contemplados en el art. 415.

Consecuencia importante de la Ley N° 27048 es la derogatoria de los arts. 403 y 416 del Código Civil. El primero excluía el derecho de investigación de la paternidad a los hijos de madres, que en la época de la concepción tuvieran vida desarreglada. La ciencia ofrece pruebas con alto grado de certeza.

El art. 416 del Código Civil sigue la suerte del art. 403, pues regulaba dichos casos, aplicando el precepto de hijo alimentista, el que queda sin efecto si la prueba genética diera resultado negativo.

Las pruebas genéticas de investigación de filiación se incluyeron con esta Ley en el Código Civil Peruano.

c3) Estos casos de hijos alimentistas deberían ser superados con la admisión de pruebas genéticas y de ADN. Sin embargo, hay padres, especialmente jóvenes que no tienen los medios económicos para solicitar pruebas que tienen costos excesivos.

Sobre el particular, el art. 4° de la Ley 27048 propone que el demandante pueda acogerse al auxilio judicial ideado por el Código Procesal Civil, para casos de pobreza.

Como vemos, la novísima Ley que incorpora las pruebas genéticas en la investigación, deroga el art. 403 del Código Civil, referido a la conducta "deshonrosa" de la madre.

Ante la ciencia no serán válidos los argumentos subjetivos o de calificación previa de la conducta de la madre, para investigar debidamente la paternidad de sus hijos.

c4) Casos Atípicos:

Consideramos de especial interés el estudio de los arts. 21, 23, 43 y 396, del Código Civil por sus consecuencias en la filiación de los peruanos:

Art. 21. - "Al hijo extramatrimonial le corresponde los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos lleva el primer apellido de los dos. Rige la misma regla en caso de filiación por declaración judicial".

Recordemos, que el derecho al nombre está íntimamente vinculado al derecho de la persona, pues garantiza la individualidad frente a los demás miembros de la sociedad. El nombre, asimismo, protege el ejercicio efectivo de toda clase de derechos.

Tiene también connotaciones jurídicas con el Derecho de Familia, por cuanto es ella la institución básica de la sociedad la que da el sello característico, denominando “apellido” es decir, el que distingue a unas familias de otras.

Pero, no se puede confundir **NOMBRE** con **FILIACION**, de ahí que el Código Civil Peruano no ha seguido la sistemática correcta.

La lectura del artículo 21 del Código Civil, denota cierta confusión entre los conceptos de “nombre” y de “filiación”. También habría una falta en la sistemática del cuerpo de leyes de 1984, pues el tema de filiación corresponde al Derecho de Familia (Libro III) y no al Derecho de Personas, que regula –en puridad- el Derecho al Nombre.

Respetando el derecho universal de todo ser humano, de tener un nombre aún cuando no acredite entroncamiento con ninguna familia, el Código de los Niños y Adolescentes, Decreto Ley N° 26102; y Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), N° 26497, han subsanado vacíos y contradicciones del Código Civil.

La ley 26497 en su art. 52 magistralmente, declara:

“Las inscripciones... de la presente Ley probarán únicamente el nacimiento y el nombre de la persona. No sufren efectos en cuanto a filiación, salvo que se haya cumplido las exigencias y normas del Código Civil, sobre la materia”.

Se entiende que se refiere a disposiciones del Libro III, del Código Civil Peruano de 1984 que tiene específicamente la regulación sobre “filiación”.

No obstante, esta aclaración debida, el 25 de Abril de 1998 la publicación en el Diario Oficial “El Peruano” del Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), por D.S. N° 015-98-PCM nos sorprendió con su extraño art. 37.

“Cuando el reconocimiento lo hiciera el padre o la madre por separado, no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo.

El registrador queda impedido de inscribir cualquier indicación al respecto, bajo responsabilidad.

De incumplirse esta disposición, la información consignada se tendrá por no puesta y será suprimida a pedido de parte”.

¿Tiene este art. 37 de un Decreto Supremo, su origen en el art. 21 del Código Civil? ¿No se ha excedido RENIEC? ¿Será posible que todos los protagonistas quieran señalar a distinta persona del progenitor, como tal? ¿No se está vulnerando el principio constitucional del “fin supremo de la persona”?

Igualmente, se contraviene la Convención para eliminar todas las formas de discriminación de la Mujer, adoptada por la ONU en 1979, ratificada por el Perú en 1982 y que en su art. 16 inc. f) in fine dice: “En todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

Se transgrede -además- el principio general del Derecho que consagra “el interés superior del menor” y que es Ley de la República al haber ratificado en 1990 el Perú la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y, en mérito del Código Peruano de 1992 de los Niños y Adolescentes.

En la práctica diaria, hay todavía esperanza, cuando se lee dictámenes y sentencias que en acciones de nulidad de partida, por falta de pruebas, fallan excluyendo el nombre del padre de una partida, pero respetando que el niño continúe llevando ese apellido, por ser así conocido, en el colegio, etc. Se cautela el interés superior del niño, en defensa de su dignidad².

El Art. 23.- del Código Civil regula el nombre de niños sin progenitores conocidos. Como signo de contradicción, a favor de estos niños abandonados en una canasta, o en la calle, dispone el Código que “debe ser inscrito con el nombre adecuado que le asigne el registrador del Estado Civil”.

Se trata de un numeral imposible de ser cumplido, pues el registrador es un empleado con responsabilidades civiles, administrativas y penales, y en el

² Rentería Durand, Margarita: “Administración de Justicia y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”. Lima, 1998.

caso de un error, sería emplazado ante la justicia. ¿Cómo podría, además inscribir a dichos infantes, si no tiene facultad, para hacer batidas, ni actividad similares?

En otros países, con propósito de inscribir, a toda su población, considerando que en los ambientes rurales, hay negligencia o ignorancia sobre la validez del documento de identidad, los registradores van de casa en casa, anotando a los recién nacidos. No es el caso del Perú. No obstante que en parajes aislados o en comunidades altas o ribereñas no funcionan los registros de inscripción.

La naturaleza y esencia del art. 23 nos invita a reflexionar sobre una enmienda de dicho precepto, en orden a facilitar la inscripción de recién nacidos e indocumentados, hecho que garantiza el nombre y, si fuere el caso, la filiación.

El Art. 43.- del Código Civil, este precepto en su inciso primero declara que los menores de 16 años son incapaces absolutos.

Dada la realidad del país, se está excluyendo o impidiendo que los padres de familia, menores de edad, inscriban el nacimiento de sus hijos. Los letrados nos dirán, olvida Ud. que esos menores tienen padres que pueden actuar como representantes legales. No es así, esos padres adolescentes, son huérfanos, o viven solos desde pequeños, hay muchas explicaciones sobre hogares prematuros o padres muy jóvenes, cuya omisión de inscripción de sus hijos no obedece a su voluntad. Esta situación suscita problemas de compatibilidad del ordenamiento jurídico peruano con los arts. 3, 23, 24 y 26 del Pacto de San José, conocido como de Derechos Humanos.

El Art. 396.- del Código Civil: "El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable"

Este precepto está presente en la legislación de Colombia y de Argentina (art. 259).

El problema surge cuando la casuística no es simple y el precepto deviene en imposible jurídico.

Como se afirmó ante los alumnos integrantes del taller de investigación, “este precepto es el más claro ejemplo que la mentalidad del legislador no puede -en el reducido espacio de una norma- regular sobre la frondosa realidad social”.

Ya hemos explicado el origen del precepto, al estudiar la filiación matrimonial. El art. 396 se originó en el Proyecto del Código, inspirado en el art. 670 del Código Peruano derogado de 1936.

Veamos ahora el mismo artículo 396, desde el punto de vista del hijo o del padre biológico.

En los albores del tercer milenio, hay felizmente, mayores probabilidades de probar la paternidad y la maternidad; sin embargo, el numeral que motiva el análisis, puede, en algunos casos, excluir del ejercicio de sus derechos a algún hijo o hija de mujer casada.

El estudio de la ejecutoria suprema recaída en el Exp. N° 1560-85, iniciado en Huánuco, versa sobre la impugnación de la partida de nacimiento que formularon las hermanas del causante al enterarse que la hija reconocida de su hermano, sería declarada heredera de sus bienes.

Las demandantes habían tomado conocimiento que la madre tenía el estado civil casada y por tanto invocaron como fundamento el art. 396 referido.

En su contestación, la madre, por su propio derecho y en representación de su hija manifestó haber contraído matrimonio cuando era muy joven y encontrarse alejada durante muchos años de su cónyuge, asimismo expuso que en varias oportunidades inició demandas de separación y de divorcio, sin que los procesos pudieran proseguir por falta de la debida notificación al demandado, ya que ella desconocía su domicilio actual. La ejecutoria suprema, revocando la de vista, declara la nulidad de la partida de nacimiento de la niña.

Por lógica, en el caso comentado, es imposible que un marido que desconoce el nacimiento de una hija que le atribuye la ley, por el supuesto *juris tantum*, accione o presente la demanda de contestación de la paternidad.

¿Tendrá la madre que inscribir a su hija como matrimonial? ¿Cuándo aparecerá el presunto padre para accionar?

Para la niña, aparte de las cuestiones patrimoniales tiene mucho valor el respeto a su identidad.

Puntualizando, se trata de un precepto que consagra la exclusión de la madre y del padre biológico, en el derecho de accionar, pues se acepta únicamente la acción del "marido de la mujer".

En consecuencia, se enfrentan distintos derechos personalismos como el derecho a la identidad del menor en contra del derecho a la intimidad de sus padres, madre, padre biológico y padre presunto. También está en debate el honor del marido o el de la mujer casada, pero frente a estas consideraciones prevalece "el derecho a la identidad del menor" aún cuando habrá casos en los que también se puede analizar conflictos de intereses del mismo niño, por ejemplo:

- ¿Es más importante su derecho a la identidad?
- ¿Tiene el niño otro interés superior? ¿El bienestar de sus padres?
- ¿Pertener a una familia?

La nueva Ley N° 27048 en su argumento sobre estos casos del Código Civil excluye de la prueba del ADN, la investigación de filiación, si es que no se prueba que el marido de la mujer casada haya negado la paternidad del hijo.

5. CONCLUSIONES

1. Falta concordar debidamente los preceptos constitucionales y las normas de Derecho Internacional ratificadas por el Perú con las disposiciones del Código Civil Peruano vigente.
2. Es necesario realizar campañas de difusión sobre los derechos elementales de la persona y sobre las diferencias entre el derecho al "nombre" y la "filiación". Igualmente se debe divulgar la nueva Ley N° 27048 sobre pruebas científicas de la paternidad.
3. En mérito del análisis que presenta la ponencia tiene fundamento válido pedir la derogatoria del art. 21 del Código Civil y del art. 37 del Reglamento Nacional de Inscripciones de Identificación y Estado Civil, por contravenir principios generales del Derecho, como "el interés superior del niño".

4. Se recomienda modificar el art. 23 del Código Civil, para asegurar la inscripción debida a los indocumentados.
5. Debe legislarse sobre la excepción en cuanto a capacidad de los padres para declarar e inscribir a sus hijos, sin considerar la edad. Los derechos de los recién nacidos tienen carácter prevalente.
6. Se debe pedir la derogatoria del art. 396 del Código Civil, pues duplica la norma de impugnación de la paternidad y excluye sin fundamento a los protagonistas del acontecimiento, del ejercicio de sus derechos.