

LA INCADUCIBILIDAD TÍPICA Y ATÍPICA*

TYPICAL AND ATYPICAL NON-EXPIRABILITY

Rev. Boliv. de Derecho N° 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 614-637

*Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, Perú y es parte del proyecto de investigación denominado *Tratado del Derecho de la prescripción y la caducidad* (2019) auspiciada por el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima. Con la colaboración de Mariana Aguilar Ávila, estudiante de Derecho de la Universidad de Lima.



Enrique A.
VARSI y Marco
A. TORRES

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: Los autores cuestionan la premisa de que sólo la ley puede crear supuestos de incadubilidad, pues la jurisprudencia también ha identificado otros casos más allá de los típicos supuestos previstos expresamente en algún artículo del Código Civil peruano. Se trata de un estudio nuevo que, a partir del formante doctrinal, jurisprudencial y legal (nacional y comparado), busca describir cada una de los supuestos de incaducibilidad atípicos e identificar la razón de ser de los mismos.

PALABRAS CLAVE: caducidad; tiempo; transcurso del plazo.

ABSTRACT: *The authors question the premise that only the law can create assumptions of incadubility, since case law has also identified other cases beyond the typical assumptions expressly provided for in an article of the Peruvian Civil Code. This is a new study that, based on the doctrinal, jurisprudential and legal (national and comparative) formant, seeks to describe each of the atypical cases of unfeasibility and to identify their rationale.*

KEY WORDS: *expiration; time; running period.*

SUMARIO.- I. GENERALIDADES.- II. DE LA CADUCIBILIDAD LEGAL A LA INCADUCIBILIDAD JUDICIAL.- III. LA INCADUCIBILIDAD TÍPICA.- I. De la pretensión de nulidad de matrimonio.- 2. De la pretensión de declaración de filiación extramatrimonial.- IV. LA INCADUCIBILIDAD ATÍPICA.- 1. Reclamación de filiación matrimonial.- 2. Impugnación de la paternidad matrimonial.- 3. Impugnación de la maternidad matrimonial.- 4. Impugnación de la adopción.- 5. Negación del reconocimiento por padre o la madre.- 6. Negación del reconocimiento por parte del hijo.- V. CONCLUSIÓN.

I. GENERALIDADES.

Hay derechos que nacen con un tiempo de vida para ejercerlos, transcurrido el mismo fenecen. Hay otros derechos, básicamente los personalísimos, que son eternos, el decurso del tiempo no los afecta, de allí que se diga que son incaducibles.

El tratamiento de los supuestos de incaducibilidad, tanto típicos como atípicos, constituye el objetivo específico de este estudio. En efecto, al igual de lo que viene sucediendo con el instituto de la prescripción es posible advertir la transición de algunos supuestos de caducidad hacia la incaducibilidad¹ a partir de los criterios jurisprudenciales.

Y es así como, según lo advertiremos, a pesar de que el Código civil peruano como *ius scriptum* indica plazos de caducidad de forma expresa (sea utilizando el término propio de caducidad u otro que dé a entender un plazo fatal del derecho o, erróneamente, se refiera al término prescripción), por razones de interés social (principios y derechos fundamentales) estos han variado a ser incaducibles por orden jurisprudencial.

II. DE LA CADUCIBILIDAD LEGAL A LA INCADUCIBILIDAD JUDICIAL.

No solo la ley, también la jurisprudencia, indican el carácter caducible de un derecho.

¹ No hay uniformidad en la terminología: no caduca (como la utiliza el Código en los artículos 276 y 410) o incaducable.

• Enrique Antonio Varsi Rospigliosi

Doctor y Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Investigador RENACYT (P0010485) del CONCYTEC. Responsable del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima. Dirección postal: Alameda del Premio Real, 500, casa 1, la Encantada de Villa, Chorrillos, Lima. Dirección de correo electrónico: enriquevarsi@gmail.com.

• Marco Andrei Torres Maldonado

Maestro en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú). Profesor e investigador adjunto de la Universidad de Lima. Dirección postal: Calle Chinchón 611 San Isidro. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima. Dirección de correo electrónico: marcoandreitortorresmaldonado@gmail.com.

De ese modo, en los últimos años, conforme lo demostraremos, se han ido consolidando diversos supuestos de incaducibilidad atípica; i.e., que aun cuando no se encuentren previstas en un tipo legal, resultan plenamente admisibles como tales.

III. LA INCADUCIBILIDAD TÍPICA.

La incaducibilidad es determinada por la ley, esta es su origen, su fuente.

Como regla general, la incaducibilidad es determinada por la ley; esto es, impuesta en el tipo normativo de nuestro ordenamiento jurídico (v.g. Código Civil). De ahí la expresión “incaducibilidad típica”.

Según la doctrina “lo que no prescribe o que, supletoriamente, no caduca, está señalado específicamente con tal carácter en siete normas del Código civil peruano”².

En el sistema jurídico local, la incaducibilidad viene impuesta por ley (*incaducibilidad típica*) como sucede, v.g., con:

| Acción | Base legal |
|---|------------|
| Nulidad de matrimonio | 276 |
| Declaración de filiación extramatrimonial | 410 |

Los plazos de caducidad son típicos en materia de acciones en el derecho de familia tomando en cuenta el interés superior involucrado, la necesidad de certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas³.

A continuación, a la luz del formante legal analizaremos cada uno de los supuestos en los que la incaducibilidad se encuentra prevista, de forma expresa, en una ley.

I. De la pretensión de nulidad de matrimonio.

La nulidad de matrimonio es una institución del Derecho de familia en virtud de la cual se genera la invalidez del matrimonio como acto jurídico por la existencia de un vicio esencial, anterior o a la celebración permitiéndose que sea eficaz, que

2 OSTERLING PARODI, F; CASTILLO FREYRE, M: *Todo prescribe o caduca, a menos que la Ley señale lo contrario*, Derecho & Sociedad, Vol. 23, Lima, 2004, p. 274.

3 RODRIGUEZ RUSSO, J.: *Prescripción extintiva y caducidad en el Derecho Civil. Estudio de su régimen jurídico en el Código civil y en la Ley de relaciones de consumo*, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 2010, p. 141.

produzca efectos jurídicos respecto de los cónyuges y frente a los terceros que hayan actuado de buena fe⁴.

Con relación a la pretensión de nulidad de matrimonio, el art. 276 del Código ha previsto que:

La acción de nulidad de matrimonio no caduca.

Conforme a ello la acción de nulidad del matrimonio tiene carácter inextinguible, i.e. es susceptible de ser formulada en cualquier momento”⁵.

En los supuestos de invalidez del matrimonio existe una consideración de interés general derivado del orden público familiar que trasciende el interés particular de los cónyuges y es que el matrimonio no puede quedar consolidado por la inacción de los cónyuges para deducir la nulidad de este⁶.

Pero la incaducibilidad de la acción de nulidad matrimonial tiene una excepción, en el caso de bigamia (art. 274, inc.3). De ese modo, cuando no se establezca un plazo de caducidad, la pretensión puede ser ejercitada en todo momento, lo que imposibilita la convalidación del matrimonio; en cambio, previsto un plazo de caducidad y no habiéndose ejercitado la pretensión oportunamente, el matrimonio queda convalidado.

Se resalta en nuestra legislación una supuesta incongruencia entre las disposiciones relacionadas con la materia. Como hemos indicado, el art. 276 del Código establece que la acción de nulidad no caduca; sin embargo, el art. 274 contempla un caso en que caduca la pretensión de nulidad. Esta incongruencia se resuelve considerando el principio de *in favor nuptiae*, principio de promoción del matrimonio⁷.

4 VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de familia. Matrimonio y uniones y estables*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima & Gaceta Jurídica, Vol. I, Lima, 2014, p. 247.

5 GALLEGOS CANALES, T; JARA QUISPE, R.: *Manual de Derecho de familia*, Jurista Editores, Lima, 2008, p. 99.

6 BOSSERT, G; ZANNONI, E.: *Manual de Derecho de familia*, Astrea, 6. ed, Buenos Aires, 2007, p. 184.

7 VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, Fondo editorial de la Universidad de Lima y Gaceta Jurídica, Vol. II, Lima, 2011, p. 257.

| Artículo 276 | Artículo 274 |
|---------------------------------------|---|
| 276.- La acción de nulidad no caduca. | Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bígamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. <i>La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.</i> |

En consecuencia, salvo el caso previsto en el art. 274, al amparo de lo indicado en el art. 276 la acción de nulidad de matrimonio deviene en incaducible, i.e. quien tenga interés legítimo podría solicitar la nulidad del matrimonio en cualquier momento luego de su realización.

Nos encontramos ante este supuesto de incaducibilidad típica, en el cual nuestro Código expresamente ha previsto que, en los casos de nulidad de matrimonio, por estar involucrado el principio de protección de la familia, la pretensión sea incaducible.

2. De la pretensión de declaración de filiación extramatrimonial.

Con relación a la pretensión de declaración de filiación extramatrimonial, el art. 410 del Código ha previsto que:

No caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial.

La naturaleza inextinguible de la acción de declaración de filiación extramatrimonial está contemplada en el Código, según el cual no caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial⁸, situación lógica que se ampara en el derecho a la identidad de una persona de solicitar en cualquier momento se declare su filiación.

Al respecto se ha señalado que:

El Código Civil de 1984 dejó de lado los plazos de caducidad para la declaración de la paternidad extramatrimonial. El hijo puede interponer la demanda en cualquier momento pues la pretensión de declaración judicial de filiación extramatrimonial no está sujeto a plazo de caducidad ni de prescripción alguno. Ello debe ser así pues no debe existir restricción del derecho a la identidad del menor⁹.

8 GALLEGOS CANALES, T; JARA QUISPE, R.: *Manual de Derecho de familia*, cit., p. 306.

9 LASTARRIA RAMOS, E.: "Carácter inextinguible de la acción", en AA.VV.: *Código Civil comentado* (coord. por W. GUTIÉRREZ & M. MURO ROJO), 2 ed., Vol III, Lima, 2007, p. 46.

Nos encontramos ante otro supuesto de incaducibilidad típica, en el cual nuestro Código expresamente ha previsto que, en los casos de declaración de filiación extramatrimonial, por estar involucrado el derecho fundamental a la identidad, la pretensión sea incaducible.

IV. LA INCADUCIBILIDAD ATÍPICA.

La caducidad de las acciones, al igual como ocurre en materia de prescripción, no se limita a las establecidas en el Código Civil.

Precisamente, es lo que ocurre en materia de estado filial y sus acciones. Dada la necesidad de tutelar, como lo veremos a continuación, la existencia de derechos fundamentales y por estar involucrado aspectos de estado de familia, el formante jurisprudencial y doctrinal contemporáneo han ido construyendo, para determinadas acciones, supuestos de incaducibilidad.

Así refiere GARCÍA VICENTE¹⁰ que: ...el régimen de filiación está trascendido por el interés público, interés que se trasluce en varias facetas. En primer lugar, es esencial para el tráfico jurídico, para su seguridad y estabilidad, la determinación precisa de la identidad de las personas, formulada, entre otras, por su concreta filiación. La filiación no sólo tiene una dimensión personal y tuitiva. Por ello se ha configurado como un estado civil que se inscribe en el Registro Civil.

Precisamente, la existencia de dicho carácter justifica la presencia de la institución de la caducidad, la cual no se encuentra limitada por el transcurso del tiempo. Y es que, como indica AÍDA KEMELMAJER¹¹, “el tiempo no tiene influencia en el estado de las personas. Dicho de otro modo, el estado de familia no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo”. El orden público familiar es compatible con la existencia de acciones que no se encuentren afectadas a plazos de caducidad. Además, téngase en cuenta que la prescripción *per se* afecta a los derechos subjetivos patrimoniales (derechos con pretensión), mientras que la caducidad a derechos potestativos (derechos sin pretensión) en los que no hay exigencia obligacional que cumplir sino, simplemente, el reconocimiento de un derecho fundamental, siendo estos últimos los consagrados en el Derecho de familia; asimismo, las acciones de naturaleza declarativa son incaducibles.

Como lo hemos expuesto, las acciones no solo prescriben o caducan por el imperio de la ley sino que, en determinados supuestos, la jurisprudencia también decreta la imprescriptibilidad o incaducibilidad de las mismas.

10 GARCÍA VICENTE, J.: “La filiación”, en AA.VV.: Tratado de Derecho de la familia. Las relaciones paterno – filiales (coord. por M. YZQUIERDO & M. CUENA CASAS, Thomson Reuters Aranzadi, 2 ed., Vol. 5, Navarra, 2017, p. 84.

11 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “Prescripción y caducidad en el Derecho de familia”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 22°, 1999, p. 101.

De manera didáctica, se advierte lo siguiente:

| | |
|------------------------|--|
| Primera afirmación | Las acciones prescriben o caducan no solo por ley |
| Segunda afirmación | La jurisprudencia también decreta casos de imprescriptibilidad o incaducibilidad |
| Afirmación consecuente | La ley y la jurisprudencia determinan los efectos del tiempo |

Existen otros supuestos en los que incluso, aun cuando la norma haya establecido un plazo de caducidad --o prescripción--, la jurisprudencia vía control difuso ha considerado la incaducibilidad. Precisamente es lo que ocurre con las acciones de estado filial en nuestro ordenamiento jurídico. Y es que, sea cual fuera el tiempo, así como puedo reclamar puedo también desconocer una filiación. A todas las acciones de estado filial se les debe aplicar la nueva tendencia en el Derecho comparado y jurisprudencial en la que un plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del hijo, como es el derecho a la filiación y el derecho de gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico.

De esta forma es que las acciones de estado filial al ser acciones de naturaleza declarativa son incaducibles. Existe un error cuando el Código Civil se refiere a la prescripción pues, dado el carácter de estado civil, debiera ser caducidad.

No obstante, el Código sigue considerando plazos límites para la acción derivada del estado filial planteando seis casos en los que las acciones de filiación son caducibles o, como prefiere indicarlo *expressis verbis*, prescriptibles, lo que ha sido también erróneamente aceptado por la jurisprudencia¹². Algunos de estos artículos, en que se establecen plazos límites para ejercer la acción, han sido inaplicados (sin afectar su vigencia) vía sentencia judicial, tendiendo a la incaducibilidad como base del derecho a la identidad biológica y, como hemos indicado, por el carácter declarativo de este tipo de acciones de filiación. Es decir, no solo no son prescriptibles, sino que técnicamente serían caducibles, pero las tendencias jurisprudenciales comparadas los han declarado incaducibles, por dictado a la esencia de las acciones de estado filial.

Veamos cómo se distribuyen los plazos en las acciones de filiación:

| RECLAMACIÓN | IMPUGNACIÓN | | | NEGACIÓN | |
|---|-----------------------------------|-----------------------------------|---------------------|---|---------------------------------------|
| Filiación matrimonial (arts. 373 y 374) | Paternidad matrimonial (art. 364) | Maternidad matrimonial (art. 372) | Adopción (art. 385) | Reconocimiento por el padre o la madre (art. 400) | Reconocimiento por el hijo (art. 401) |

¹² Casación 488-2005-Cuzco, Corte Suprema de Justicia de la República. Determina que el art. 364 consagra un plazo de prescripción.

| | | | | | |
|---|---|--|--|--|---|
| <p>Para el hijo es imprescriptible. La acción pasa a los herederos del hijo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Si murió antes de cumplir 23 años sin haber demandado. - Si devino incapaz antes de cumplir dicha edad y murió en el mismo estado. - Si el hijo dejó iniciado el juicio. <p>En los dos primeros incisos, los herederos tendrán 2 años para interponer la acción.</p> | <p>La acción conestatoria debe ser interpuesta por el 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.</p> | <p>La acción se interpone dentro del plazo de noventa días desde el día siguiente de descubierto el fraude y corresponde únicamente a la presunta madre (...).</p> | <p>El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad (...).</p> | <p>El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.</p> | <p>El hijo menor o incapaz puede negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.</p> |
| 2 años | 90 días | | 1 año | 90 días | 1 año |

Así tendríamos:

| |
|--|
| Incaducibilidad |
| Atípica |
| <p>Reclamación de filiación matrimonial</p> <p>Impugnación de la paternidad matrimonial</p> <p>Impugnación de la maternidad matrimonial</p> <p>Impugnación de la adopción</p> <p>Negación del reconocimiento por el padre o la madre</p> <p>Negación del reconocimiento por parte del hijo</p> |

Desarrollemos detenidamente el tratamiento de cada una de las referidas acciones:

I. Reclamación de filiación matrimonial.

Según lo previsto en el art. 373: El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos.

El hijo reclama su filiación cuando así lo desee - sine die, sin que el decurso del tiempo afecte su legitimidad, su pretensión. Utiliza el término prescripción, aunque GARCÍA VICENTE¹³ considera que debe hablarse del carácter vitalicio.

Sin embargo, conforme al art. 374, de ser esta acción incoada por los herederos estos tendrán la legitimidad en la medida que el hijo, en favor de quien se demanda la filiación, tenga menos de 23 años y haya muerto sin demandar o devenido en incapaz y muera en el mismo estado antes de dicha edad o si dejó iniciado el proceso filial. De no cumplirse ninguno de estos supuestos la acción sería improcedente. Además, en los dos primeros casos los herederos tendrán 2 años para accionar; frente al último no hay plazo para accionar pues la acción ya está iniciada.

Si el hijo muere después de cumplidos los 23 años y siendo capaz, nadie podrá intentar la acción presumiéndose, *jure et de jure*, que su silencio significó una renuncia tácita de su derecho, y es que no ha intentado la acción pues estaba convencido que no era hijo matrimonial de los posibles demandados¹⁴.

En ese extremo, la pregunta es ¿Por qué 23 años?

No hay base doctrinaria, al respecto el antecedente que tenemos es que el Código del 36 y el del 52 establecían la edad de 25 años (arts. 310 y 228, respectivamente).

Esta acción debiera ser, con una correcta terminología, incaducible.

Base legal: arts. 373 y 374.

2. Impugnación de la paternidad matrimonial.

La decimonónica regulación jurídica de la determinación y establecimiento de la filiación estuvo basada en un sistema presuncional en el que la certeza de los vínculos parentales fue objetada por carecer de certeza. El matrimonio justificó que el marido sea padre de la prole de su compañera legal, correspondiéndole en exclusividad negar su estado de ascendiente. Los vínculos familiares y, en especial, los filiales, gozaron continuamente de una protección exclusiva; es por ello, en consonancia con los principios de integridad familiar (no dejar en suspenso el aspecto patrilíneo *in illo tempore*) y del *favor filii* (no es bueno un niño sin padre), se fijó un plazo a fin de que el padre accione la negación de la paternidad del hijo parido por su mujer, criterio que se tomó y aplicó para las demás acciones de impugnación y negación del estado filial.

¹³ GARCÍA VICENTE, J.: "La filiación", cit., p. 420.

¹⁴ CORNEJO CHAVÉZ, H.: *Derecho familiar peruano*, 10 ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 45-46.

Son 90 los días que fija la ley peruana para la acción. Con el mismo planteamiento del Código de 1852 (art. 223) y de 1936 (art. 302), que se ampararon en el Digesto (Lib. XXV, Tit. III, Ley 1, §14)¹⁵, el art. 364 establece un plazo de caducidad cuyo cómputo se inicia desde el día siguiente: (i) Al parto, si estuvo presente en el lugar; o, (ii) A su regreso, si estuvo ausente. Presente, ausente, términos con hondo contenido subjetivo. Diríamos: Presente (en la casa, en la clínica, en el distrito), básicamente se relaciona con la capacidad de respuesta para constituirse al lugar de los hechos (regreso inmediato). Ausente, imposibilidad de regresar por lejanía (regreso mediato, venidero).

Independientemente del derecho de pernada y del *ius prima noctis*, el fundamento es que, existiendo matrimonio, fidelidad de por medio, corresponde al marido estar al tanto de lo acontecido sexual y biológicamente por su mujer, situación para nada fidedigna. Estos supuestos, creados con antelación al cinturón de castidad (Edad Media) se basan en la ausencia física del marido que era común, antiguamente, en épocas de campañas, conquistas, guerras y viajes prolongados (en fin), llevando al hombre prácticamente a abandonar a su mujer por largos periodos que sumaban meses y hasta años. La ilegitimidad por el ausentismo del marido no pudo seguir siendo desconocida. Entonces, había que proteger el regreso del hombre y su reinserción a la familia, que había quedado en manos de la mujer, con los instrumentos legales convenientes en caso se encontrara con descendencia que no le perteneciese, todo ello sin poner en peligro la estabilidad familiar frente a sus excesos o indecisiones. La teoría y la ley fueron construidas de esa forma.

Siguiendo la doctrina clásica, el plazo para impugnar la paternidad matrimonial estaba dirigido a proteger los intereses de la prole, la intangibilidad de la paz doméstica¹⁶, que la paternidad no sea incierta en el tiempo, así como el envilecimiento de la prueba¹⁷, lo que generó una suerte de indisolubilidad de filiación *a simili* del matrimonio¹⁸, sumándose el rango imperativo de la norma insuflada por el interés del menor de contar con una filiación carente de contingencia alguna.

La presencia sitial del marido es lo que fija el cómputo del plazo. Situación bastante absurda para nuestros días si tomamos en cuenta el progreso de los medios de comunicación, del transporte y, sobre todo, por la veracidad filial a través de la prueba genética.

15 APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, G.: *Código Civil. Concordancias*, Vol. X, Americana, Lima, 1942, p. 282.

16 LIMONGNI, F.: *Instituicoes de direito civil*, Saraiva, 5 ed., São Paulo, 1999, p. 268.

17 DA COSTA PIMENTA, J.: *Filiação*, Coimbra, 1986, s/l, p. 113.

18 POCAR, V.; ROFANI, P.: *La familia e il diritto*, Laterza, 5 ed., Roma, 2003, p. 200.

Frente a esta coyuntura Espinoza Espinoza¹⁹ plantea una interrogante y se aproxima a una respuesta: ... ¿Por qué el plazo de caducidad de la pretensión contestatoria está en función de la 'presencia' del marido? Simple y llanamente, debido a que de esa manera se encuentra en una posibilidad objetiva de constatar si, efectivamente, es (o no) el padre. Entonces, forzosamente se tendrá que llegar a la conclusión de que el inicio del plazo no debe entenderse solamente a partir de la presencia física del marido, sino desde que se configura una situación en la que objetivamente se constata que el marido no es el padre, como es el supuesto de una prueba de validez científica.

Este último planteamiento compenetrado con la verdad biológica es lo que apoya nuestra tesis como iremos sustentando.

Toda acción de estado filial debe sustentarse en una realidad, no en una eventualidad, considerando como esencial la verdad genésica. Esta es la tendencia contemporánea que sigue el Derecho comparado.

Una primera aproximación se dio con el Código civil alemán que estableció una fórmula abierta: el plazo de 2 años para accionar la impugnación comienza a contarse "desde que el impugnante tenga conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad" BGB (art. 1600b), posición seguida por el Código portugués (art. 1842, I, a). Para nada toman en cuenta la ausencia, alejamiento ni falta de presencia del consorte tan común en aquellos tiempos, como indicáramos.

Como explica Nery y De Andrade²⁰ en el sistema brasilero la acción de investigación de paternidad es perpetua, *imprescritível*²¹ e *incaducável*. Según propias palabras, esto determinó que el Supremo Tribunal Federal do Brasil emita una Súmula (resumen de sentencias repetidas sobre una misma materia) respecto al tema, puntualizándolo de la forma siguiente (comunicación personal, 13 de octubre del 2002): *Súmula N. 149*: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança"²².

Precisamente, con el Código civil brasilero del 2001 se suprime el plazo decadencial para el ejercicio de la acción para contestar la paternidad²³, independientemente que el padre esté presente en la casa donde se produjo

19 ESPINOZA ESPINOZA, J.: *El acto jurídico a través de la jurisprudencia*. En: Diálogos con la jurisprudencia, núm. 74º, 2004, pp. 94-95.

20 NERY JUNIOR, N; & DE ANDRADE NERY, R.: *Código civil comentado*, 4 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 310.

21 Dice NICOLAU JUNIOR "A paternidade seria, assim -em má hora lembrando a fórmula stammleriana- uma espécie de direito permanente de conteúdo variável. A cada um estaria deferido, como inerente à filiação, algo como um poder interno de mudar de pai, um autêntico jus variandi".

22 NERY JUNIOR, N; & DE ANDRADE NERY, R.: *Código civil comentado*, cit., p. 1081.

23 DINIZ, M.: *Curso de Derecho civil brasilero. Direito de familia*, Saraiva, 17 ed., Vol. 5, São Paulo, 2002, p. 383.

el nacimiento, esté ausente o se le haya ocultado el nacimiento²⁴, lo que se presenta como una verdadera novedad en el Derecho comparado sudamericano. En efecto, el art. 1601 consagra: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único - Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”.

De este modo, se desploman los vetustos presupuestos del derecho brasileiro anterior arraigados en principios sociales y culturales totalmente superados por la biociencia, de manera que en cualquier momento el marido puede impugnar la paternidad del hijo parido por su mujer bajo el sustento que la verdad de la paternidad genética no puede estar subordinada a un plazo, a decir de VENOSA²⁵.

El art. 364 indica: La acción contestatoria debe ser interpuesta por el 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.

La norma nacional protege la integridad familiar y preserva la paternidad del hijo matrimonial, además establece un plazo breve para impugnar la paternidad en aras de salvaguardar el interés del hijo (teoría de los efectos favorables, art. I del CC) que es utilizada vía excepción²⁶.

No obstante, ello viola los derechos del padre imponiéndole un estado parental que no le corresponde; además, veta de manera plena la posibilidad de una filiación verdadera del menor, afectando derechos sustanciales como es el derecho a la filiación real y de gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico, derechos estos amparados en la ley. No es la idea mantener vínculos vacíos de afecto y ejercicio, ello conduciría a consolidar una ficción que no se corresponde con el espíritu de la ley²⁷. Afirmar lo contrario es una hipocresía. Aparte, es hora de empezar con la observancia del principio de transparencia en determinación de la filiación, así como el del respeto a la identidad que corresponda tanto en su faz estática como dinámica²⁸.

24 RIZZARDO, A.: *Direito de familia*, 2 ed., Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 430

25 VENOSA, S.: *Direito civil*, 2 ed., Vol. 6, Atlas, São Paulo, 2002, p. 263.

26 Si extemporáneamente se propone la excepción de prescripción alegándose el art. 364 del Código Civil, que prevé que la acción para negar hijos matrimoniales prescribe a los 90 días del parto y dado que las excepciones se proponen conjuntamente, y en el plazo previsto para cada vía procedimental, habiendo precluido la oportunidad para invocarlas deben ser declaradas infundadas. Casación 488-2005-Cuzco. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, DOEP., 31/07/2006.

27 KRASNOW, A.: *La presunción legal de la paternidad matrimonial*, La Ley, 2005.

28 LLOVERAS, N.; & SALOMÓN, M.: *El paradigma constitucional familiar: Análisis a una década de su reformulación*, Jurisprudencia Argentina, 2005.

Algunas decisiones judiciales en nuestro medio se orientan a favor del carácter inextinguible de la acción de negación de paternidad, inaplicando el art. 364.

Así, por ejemplo: Que, encontrándose en discusión la filiación biológica del niño, resulta imperiosa la necesidad de que esta se dilucide y la justicia resuelva la incertidumbre generada a fin de que pueda gozar de las garantías que el ordenamiento jurídico le otorga en aras de su seguridad y protección presente y futura, máxime si existe el imperativo que en toda decisión que adopte el Estado peruano, particularmente el órgano jurisdiccional se debe tomar en consideración el interés Superior del Niño (...) por lo que en el presente proceso deben agotarse las acciones necesarias para la obtención de los medios probatorios (...), debiendo disponer la juez de la causa en el estadio correspondiente se ordene la prueba de ADN respectiva (...) declararon NULA la resolución ... mediante la cual se declara improcedente la demanda propuesta por don XXX contra doña YYY sobre Contestación de Paternidad, en razón de que ha caducado el derecho del recurrente en amparo de lo dispuesto en el artículo 364 del Código Civil; ORDENARON a la Juez de la causa renovar al acto procesal correspondiente (...) ²⁹.

Esta Resolución de vista fue elevada en consulta a la Suprema, la que decreta: NOVENO: Que, en el caso concreto al estar en discusión la filiación del menor nacido dentro del matrimonio contestado por quien aduce no tener la condición de padre biológico, es necesario que tal circunstancia sea dilucidada en concordancia con lo que establece el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; por lo que APROBARON la resolución consultada de fojas ciento cincuenta, su fecha tres de diciembre del dos mil cuatro, que en el caso de autos deja de aplicar el artículo 364 del Código Civil al preferir la norma constitucional contenida en el artículo 2, inciso 1 de la Carta Magna (...) ³⁰.

Asimismo: No es de aplicación lo dispuesto en el art. 364 del Código Civil por cuanto una aplicación extensiva importa la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho de filiación el nombre y la identidad, la posibilidad de pertenecer a una familia y gozar del estado de familia que, de acuerdo con su origen biológico, le corresponda, así como el derecho del padre y de la madre a que se le reconozca y ejerza su paternidad ³¹.

Los argumentos que orientan estos criterios, en los que prima el vínculo genésico frente al vínculo formal, son clarísimos y van en nuestra dirección, pudiendo ser perfectamente aplicados a todas las acciones de estado filial

29 Corte Superior de Justicia de Lima Sala Especializada de Familia, Exp. 3041-2004-Lima. Contestación de Paternidad.

30 Sala Social y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta 149-2005-Lima (14/02/2005).

31 Resolución 1307-A del 30/12/2004, Corte Superior de Justicia de Lima, Sala Especializada de Familia.

establecidas en el Código civil en los que se establece un plazo de caducidad para accionar³².

El problema es que no hay unanimidad de criterios en los casos judiciales. Esta posición, al no ser secundada por otras instancias, en lugar de uniformidad logró deformidad de criterios en la materia en *litis*. Debe reconocerse que el asunto, al tratarse de intereses personales, familiares y de contenido social, merece una especial discusión siendo la doctrina y la jurisprudencia la encargada de orientarnos, fijando y afinando el criterio concluyente, sea a favor, como sustentamos en el presente ensayo o, según el caso, en contra³³.

Independiente de la seguridad jurídica, de la protección a la integridad de la familia, la consagración del matrimonio y al interés del menor, que es aquello en que se asienta el plazo de caducidad de la acción negatoria de paternidad, no es menos cierto que las relaciones personales y familiares han evolucionado. Los problemas de paternidad deben ser resueltos en forma objetiva. Deliberar acerca del interés del menor y su identidad no es del todo concluyente, dado que tenemos al frente los derechos del padre a saberse y reconocerse como tal en mérito al *nexum sanguinis*.

Resulta recomendable modificar el sistema proponiendo que todas las acciones de estado civil sean *incaducibles*, sincerando el sistema, tal como se hizo en la propuesta integral de Reforma al Libro de familia³⁴ que en su art. 240 señaló que: Las acciones de estado de familia son imprescriptibles e irrenunciables, la ley regula expresamente los casos de extinción de las mismas vía de caducidad.

Base legal: art. 364.

3. Impugnación de la maternidad matrimonial.

Esta acción, según el art. 372 del Código, se interpone dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude, *i.e.* el parto

32 VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: "Plazo para negar el conocimiento", en AA.VV.: Código civil comentado (coord. por W. GUTIÉRREZ & M. MUÑOZ ROJO), 2 ed., Vol. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 400.

33 En la jurisprudencia comparada existe un criterio en contra como es el caso por la Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén en junio de 2006 que falla declarando que Corresponde rechazar la impugnación de paternidad en tanto el actor dejó transcurrir largamente el plazo señalado por el art. 259 del Código Civil, no obstante que el mismo señala haber tenido dudas en todo momento respecto a su paternidad, pues dicho plazo de caducidad no es un capricho legislativo, dado que la conformación del orden familiar requiere cierta estabilidad en las diversas formas de emplazamiento de sus integrantes, por lo que dejar liberada indefinidamente la posibilidad de que el padre cuestione su carácter de tal, sin limitaciones temporales, lesionaría claramente tal estabilidad (del voto en disidencia del doctor Videla Sánchez). Vid. Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén". Sala I, 06/06/2006, Publicado en: *La Ley Patagonia*. 2006 (agosto), p. 474.

34 VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Divorcio, filiación y patria potestad*, Grijley, Lima, 2004, p. 351.

supuesto o la suplantación del hijo. Los herederos o ascendientes solo pueden continuar el proceso si la madre lo dejó iniciado.

Tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente³⁵, la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico, derechos contemplados en el inc. 1, art. 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño.

Por ende, esta acción debería ser incaducible a fin de no afectar el derecho a la identidad de la persona.

Base legal: arts. 371 y 372.

4. Impugnación de la adopción.

El menor o incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la cesación de su incapacidad. El plazo es de 1 o 2 años que se computará desde que adquiere su mayoría de edad o cese de su incapacidad.

No es este un caso de revocación; *i.e.* uno que se retracte de su voluntad quien libremente y con plena capacidad jurídica la dio, pues se trata de un menor o un incapaz que no expresó en forma alguna su voluntad; en este caso, no está revocando su voluntad sino manifestando, ahora, la que realmente tiene³⁶. Su carácter jurídico-legal va a permitir que la adopción sea susceptible de revocación y de anulación -actos y sanciones- que son impensables en materia de filiación biológica³⁷.

Citemos un ejemplo: Juan fue adoptado siendo menor de edad. Él cumplirá 18 años el 24 de setiembre de 2001. La norma nos dice que el plazo para que pueda dejar sin efecto la adopción se computa dentro del año siguiente a su mayoría de edad. Esto es que el plazo de 1 año se computará recién a partir del 24 de setiembre de 2002, caducando su derecho a impugnar su adopción el 24

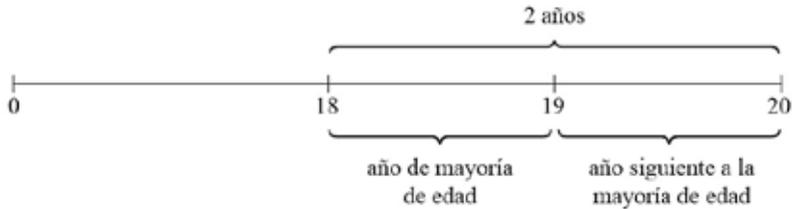
35 Consulta 75212-014, Lima Sur, Corte Suprema de Justicia, del 25/8/2015. "Décimo Séptimo: Por consiguiente, al encontrarnos ante un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso *sub litis*, de un lado la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el derecho a la identidad, artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política del Estado y, de otro, la norma contenida en el artículo 372 del Código Civil; sin que de la interpretación conjunta de las normas invocadas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución Política del Estado; por esta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la norma legal y preferirse la norma constitucional; razón por la cual corresponde aprobar la consulta formulada".

36 CORNEJO CHAVEZ, H.: *Derecho familiar peruano*, cit., p. 80.

37 MEDINA, G.: *La adopción*, Vol. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 12.

de setiembre de 2003. Ejemplo similar debe aplicarse desde el momento de la cesación de la incapacidad.

Con un esquema quedará más claro:



Tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente, al igual que los otros supuestos que venimos analizando, la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico.

Base legal: art. 385.

5. Negación del reconocimiento por padre o la madre.

El Código civil de 1852 establecía el derecho del padre o la madre de disputar el reconocimiento en el que no hayan intervenido, sin un plazo de caducidad (art. 240). A diferencia de ello, el Código de 1936 consagró un plazo para poder accionar de tres meses (art. 364), regla considerada por el Código de 1984.

El reconocimiento puede ser negado por el padre o la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo. Con base en un criterio de seguridad jurídica y de defensa de los intereses familiares la ley determina un plazo para su ejercicio, conforme lo ampara y trata la doctrina.

El padre o la madre que no interviene en el reconocimiento, los descendientes y quienes tengan interés legítimo gozarán de un plazo de 90 días a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto, para negar el reconocimiento. Este plazo es reducido y perentorio dado que el reconocimiento beneficia, favorece y mejora la situación de un hijo, *indubio pro filii*. Es así como, dado que cualquier impugnación de reconocimiento habrá de perjudicarlo³⁸ al hijo, la norma determina el tiempo para que este acto pueda ser deslegitimado.

Si bien la ley ha establecido, en aras de salvaguardar el interés del hijo (teoría de los efectos favorables), un plazo breve para impugnar el reconocimiento, una de las

38 CORNEJO CHAVÉZ, H.: *Derecho familiar peruano*, cit., p. 126.

variadas propuestas de modificación del Código civil consideró variar este artículo proponiendo que la acción de negación del reconocimiento sea imprescriptible³⁹. Esta propuesta se fundamenta en el Derecho comparado (Brasil, Portugal, Costa Rica solo considera la imprescriptibilidad de la impugnación matrimonial cuando no hay posesión constante de estado, Argentina determina la imprescriptibilidad de la acción del hijo para impugnar su reconocimiento) en la medida que las acciones de estado de filiación, sea de reclamación como de impugnación, son imprescriptibles, más aún que este criterio viene siendo aplicado jurisprudencialmente a nivel local.

El análisis del plazo considerado en el art. 400 del Código genera una posición jurisprudencial⁴⁰ que ha determinado la inaplicación de este, ya que se inserta propiamente en un sistema cerrado de paternidad sustentado en presunciones, no habiéndose considerado la posibilidad del conocimiento de algo más certero que el propio acto jurídico de reconocimiento, que implica el conocimiento de la relación biológica de la filiación.

Consideramos, *data venia*, que la aplicación del art. 400 implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero del art. 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de civil de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los derechos del niño.

Sobre el particular, la Sala Especializada de Familia⁴¹ consideró que, con base en el interés superior del niño y siendo que el menor cuenta con un año de edad, deben agotarse en el presente proceso las acciones necesarias para la obtención de los medios probatorios pertinentes, debiendo disponer el juez se practique la prueba de ADN, por lo que se declara nulo el auto que falla improcedencia de la demanda.

Esta Resolución de vista fue elevada en consulta a la Suprema⁴² con la finalidad que se pronuncie sobre si el control difuso de la Constitución realizado por la Sala de Familia, respecto de la no aplicación del art. 400 -por preferirse la norma constitucional, art. 2, inciso I-, era correcto, fallando la instancia suprema con la aprobación del auto en mención que declara inaplicable al caso el art. 400, sin afectar su vigencia.

Y es que el criterio de salvaguarda del derecho a la identidad, y con base en la técnica de la ponderación de derechos, mediante el test de proporcionalidad,

39 ARIAS-SCHREIBER PEZET, M.: Exégesis del Código civil de 1984, Vol. VIII, Gaceta Jurídica, Lima. 2001, p. 111.

40 Casación 2047-2011-Lima. Corte Suprema de Justicia de la República.

41 Exp. N° 860-2002-Lima, Impugnación de reconocimiento paternidad.

42 Sala de Derecho Constitucional y Social, Consulta N° 2858-2002-Lima.

la Corte Suprema⁴³ ha establecido que el art. 400 del Código colisiona con el derecho fundamental a la identidad biológica del menor; en la medida que, en razón de un plazo, no debe restringirse una acción destinada a determinar la identidad biológica con la prueba del ADN que aporta información relevante y confiable de quién es el padre y quién no lo es; en tal sentido inaplica el art. 400.

Así también, se ha considerado en el Pleno Jurisdiccional Nacional de familia del 2018 (Ica, 20 y 21/09/2018) “No se aplica el artículo 400 del Código Civil, pues se prefiere garantizar el derecho a la identidad de los menores de edad, el cual implica que estos conozcan su origen biológico”.

Base legal: art. 400.

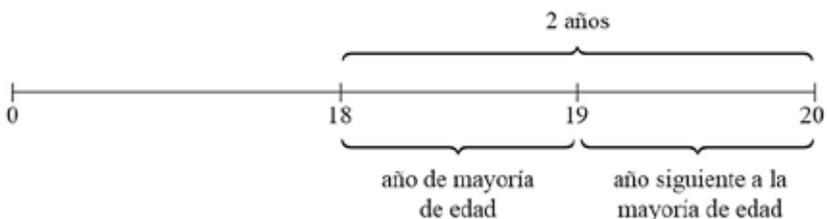
6. Negación del reconocimiento por parte del hijo.

A diferencia de la negación del reconocimiento por parte del padre o la madre (arts. 399 y 400) que no interviene en el plazo que es de 90 días, el hijo tiene un tiempo mayor para negar su reconocimiento que es dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la cesación de su incapacidad.

El plazo para negar paternidad transcurre cuando se conoce al verdadero padre⁴⁴, debiéndose tener en cuenta la fecha efectiva del conocimiento de la paternidad para computar dicho plazo y el derecho a la identidad de toda persona.

Citemos nuevamente el ejemplo antes mencionado: Juan fue reconocido siendo menor de edad. Él cumplirá 18 años el 24 de setiembre de 2001. La norma nos dice que el plazo para que él pueda negar el reconocimiento se computa dentro del año siguiente a su mayoría de edad. El plazo de 1 año se computará recién a partir del 24 de setiembre de 2002, caducando su derecho a negar el reconocimiento el 24 de setiembre de 2003. Ejemplo similar debe aplicarse desde el momento de la cesación de la incapacidad.

Veamos el siguiente esquema:



43 Casación 3873-2014-San Martín. Corte Suprema de Justicia de la República. Esta sentencia está nominada al Premio Justicia y Convencionalidad 2016 del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

44 Casación 1303-2013-San Martín, DOEP., 30/12/2015. Corte Suprema de Justicia de la República.

Este plazo es, en realidad, de dos años que se computará desde que adquiere su mayoría o cese de su incapacidad. Este plazo mayor se explica por sí solo. Nadie más interesado que el propio hijo en velar por la legitimidad de su reconocimiento. De modo que si es él mismo quien lo impugna, afrontando los perjuicios que eventualmente pudiera acarrearle esa impugnación, la ley no puede prohibírselo, pues a nadie se le puede imponer que acepte como padre a quien no es⁴⁵, este criterio es mucho más provechoso en la legislación comparada.

El plazo indiscutiblemente es uno de caducidad, no de prescripción, por lo que no admite interrupción ni suspensión⁴⁶. Queda preguntarse si los descendientes del hijo premuerto gozan de periodo de plazo. A diferencia de otras legislaciones la nuestra no permite esta posibilidad por lo que encuentra vetado dicha facultad a los descendientes quienes contarían con el plazo menor de 90 días que consagra el artículo precedente.

De acuerdo al estudio del art. 400 del Código y tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente, la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero art. 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de civil de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los derechos del niño.

El Código Civil de la ciudad de México en materia federal establece una norma similar, pero indica de manera expresa que el término que tiene el hijo para deducir esta acción es de dos años, que comenzará a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento, y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió (art. 377).

Cabe indicar que, si bien el carácter inextinguible de las acciones de estado filial son una realidad en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación comparada, no faltan los criterios contrapuestos que validan el plazo de caducidad para accionar la contradicción de la paternidad.

Nuestra Corte Suprema ha señalado lo siguiente⁴⁷: Sétimo.- Que, tal como se puede apreciar, la Sala Revisora se ha limitado a aplicar el artículo trescientos sesenta y cuatro del Código Civil conforme aparece de su texto claro y expreso, esto es, que el plazo para la caducidad de la pretensión Contestatoria de Paternidad se computa '(...) desde el día siguiente del parto, si estuvo presente

45 CORNEJO CHAVÉZ, H.: *Derecho familiar peruano*, cit., p. 127.

46 CORNEJO CHAVÉZ, H.: *Derecho familiar peruano*, cit., p. 127.

47 Casación 2390- 2004-Ica. DOEP., 31/07/2006. Corte Suprema de Justicia de la República.

en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente'; premisas absolutamente claras que en modo alguno permiten interpretar que el plazo para incoar dicha pretensión puede contabilizarse a partir del momento en que el marido toma recién conocimiento de su no paternidad; debiendo agregarse que situaciones como la descrita por el recurrente deben motivar una reforma de los dispositivos legales vinculados a la contestación de la paternidad en virtud al avance de la ciencia y la tecnología que permiten hoy conocer con un altísimo grado de certeza la paternidad de las personas; empero, la modificación de las normas legales no es función de este Poder del Estado sino su interpretación y aplicación para la solución de los conflictos de intereses y la eliminación de alguna incertidumbre jurídica; de tal modo que la aplicación correcta de la ley en ninguna forma puede constituir la afectación del derecho al debido proceso del recurrente; no configurándose esta causal denunciada.

En otra sentencia⁴⁸, se ha señalado lo siguiente: Cuando se impugna la paternidad, esta no puede justificarse solo en el dato genético (carácter estático de la identidad) lo que implicaría olvidar que el ser humano se hace a sí mismo en el proyecto continuo de su vida. Más allá de los datos fijos es la historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo, se le conoce como la filiación socioafectiva.

En nuestra opinión, más allá de la pertinencia de lo resuelto por la Corte Suprema -que considera que el plazo debe computarse desde que se toma conocimiento-, la pretensión de negación de paternidad por el hijo, *lege ferenda*, debería ser inadmisible. Sobre el particular, el art. 593 del actual Código Civil y Comercial argentino prescribe que “[e]l hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo”, sustentando en el nuevo estado del arte jurisprudencial y en el principio de la identidad dinámica⁴⁹.

La propuesta que planteamos esto es, que la pretensión de negación del reconocimiento por el hijo no tenga plazo de caducidad, sería acorde al proceso de constitucionalización del Derecho Civil, reflejado en el derecho a la identidad filiatoria y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero art. 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de Civil de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño⁵⁰.

Base legal: art. 401.

48 Casación 3797-2012-Arequipa. DOEP., 30/09/2014. Corte Suprema de Justicia de la República.

49 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A; HERRERA, M; LLOVERAS, N.: *Tratado de Derecho de familia según el Código civil y comercial de 2014*, Rubinzal – Culzoni, Argentina, 2014, p. 88.

50 TORRES MALDONADO, M.: “Y ahora ‘El plazo para negar paternidad por el hijo inicia cuando se toma conocimiento del verdadero progenitor’. Una propuesta (de *lege ferenda*) hacia su incadicibilidad”, *Actualidad jurídica*, núm 267, pp. 116.

V. CONCLUSIÓN.

No solo la ley, también la jurisprudencia, indican el carácter caducible de un derecho.

El Código civil peruano contempla plazos de incaducibilidad (típica) y la jurisprudencia ha llegado a identificar, por razones de interés social, otros plazos de orden incaducibles (atípica).

La incaducibilidad de las acciones siempre es excepcional. Nuestra legislación civil sólo ha reconocido dos casos de incaducibilidad, referidos a las pretensiones de nulidad de matrimonio y para la declaración de filiación extramatrimonial.

Sin embargo, cuando existen razones de estado filial, que reposan en el derecho fundamental a la identidad y a la dignidad del sujeto, nuestro formante jurisprudencial y doctrinal, pese a los plazos que se establecen en algunos artículos del Código civil, considera que las acciones de filiación deben ser incaducibles, lo que debiera ser tomado en cuenta para cualquier regulación de *lege ferenda*.

El tratamiento de la caducidad e incaducibilidad es un tema que amerita una reflexión, el derecho comparado tiene un compromiso en aras de lograr la uniformidad requerida en esta institución.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, G.: *Código Civil. Concordancias*, vol. X, Americana, Lima, 1942.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, M.: *Exégesis del Código civil de 1984*, vol. VIII, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

BOSSERT, G; ZANNONI, E.: *Manual de Derecho de familia*, Astrea, 6ª ed, Buenos Aires, 2007.

CORNEJO CHAVÉZ, H.: *Derecho familiar peruano*, 10 ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

DA COSTA PIMENTA, J.: *Filação*, Coimbra, s/l, 1986.

DINIZ, M.: *Curso de Derecho civil brasileiro. Direito de familia*, Saraiva, 17 ed., Vol. 5, São Paulo, 2002.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: *El acto jurídico a través de la jurisprudencia*. Diálogos con la jurisprudencia, núm. 74º, 2004.

GALLEGOS CANALES, T; JARA QUISPE, R.: *Manual de Derecho de familia*, Jurista Editores, Lima, 2008.

GARCÍA VICENTE, J.: "La filiación", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la familia. Las relaciones paterno-filiales* (coord. por M. YZQUIERDO & M. CUENA CASAS), Thomson Reuters Aranzadi, 2 ed., Vol. 5, Navarra, 2017.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: "Prescripción y caducidad en el Derecho de familia", *Revista de Derecho Privado*, núm. 22, 1999.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A; HERRERA, M; LLOVERAS, N.: *Tratado de Derecho de familia según el Código civil y comercial de 2014*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2014.

KRASNOW, A.: *La presunción legal de la paternidad matrimonial*, La Ley, 2005.

LASTARRIA RAMOS, E.: "Carácter inextinguible de la acción", en AA.VV.: *Código Civil comentado* (coord. por W. GUTIÉRREZ & M MURO ROJO), 2 ed., Vol III, Lima, 2007.

LIMONGNI, F.: *Instituições de direito civil*, Saraiva, 5 ed., São Paulo, 1999.

LLOVERAS, N.; & SALOMÓN, M.: *El paradigma constitucional familiar: Análisis a una década de su reformulación*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2005.

MEDINA, G.: *La adopción*, Vol. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998.

NERY JUNIOR, N.; & DE ANDRADE NERY, R.: *Código civil comentado*, 4 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

NICOLAU JUNIOR, M.: "Investigação de paternidade procedente. Coisa julgada material. Prazo para ação rescisória expirado. Ação negativa de paternidade. Exame de DNA negativo. Qual prevalece?" En: Jus. Recuperado de <https://jus.com.br/artigos/3449>, 2002.

OSTERLING PARODI, F; CASTILLO FREYRE, M: *Todo prescribe o caduca, a menos que la Ley señale lo contrario*, Derecho & Sociedad, Vol.23, Lima, 2004.

POCAR, V.; ROFANI, P.: *La familia e il diritto*, Laterza, 5 ed., Roma.

RIZZARDO, A.: *Direito de família*, Forense, 2 ed., Rio de Janeiro, 2004.

RODRIGUEZ RUSSO, J.: *Prescripción extintiva y caducidad en el Derecho Civil. Estudio de su régimen jurídico en el Código civil y en la Ley de relaciones de consumo*, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 2010.

TORRES MALDONADO, M.: "Y ahora `El plazo para negar paternidad por el hijo inicia cuando se toma conocimiento del verdadero progenitor´. Una propuesta (de lege ferenda) hacia su incaducibilidad", *Actualidad jurídica*, núm 267.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.:

- *Divorcio, filiación y patria potestad*, Grijley, Lima, 2004.
- "Plazo para negar el conocimiento", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por W. Gutiérrez & M. Muro Rojo), 2 ed., Vol. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- *Tratado de Derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, Fondo editorial de la Universidad de Lima y Gaceta Jurídica, Vol. II, Lima, 2011.
- *Tratado de Derecho de familia. Matrimonio y uniones y estables*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima & Gaceta Jurídica, Vol. I, Lima, 2014.

VENOSA, S.: *Direito civil*, Atlas, 2 ed., Vol. 6, São Paulo, 2002.