

FAMILIA.— Filiación ilegítima. Procedencia.

- 1.—El art. 366 del C.C. prevé varios casos que permiten declarar la filiación ilegítima.
- 2.—El escrito indubitado es uno de los medios por los que puede pedirse la declaración judicial de la paternidad pero no el único.
- 3.—Concepto de concubinato en el Derecho moderno: permanencia y habitualidad de las relaciones aunque no exista el techo común.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diecisiete de Agosto de mil novecientos setentidós.

Vistos; por los fundamentos del voto discordante de fojas ciento ochenta; y Considerando: que las relaciones sexuales habidas entre la demandante y el demandado han quedado debidamente probadas, al declararse fundada la acción de alimentos, como consta de la sentencia de fojas ciento cuarentiséis del expediente acompañado; que con la prueba escrita y las fotografías que obran en dicho expediente, algunos de cuyos documentos han sido reproducidos y reconocidos a fojas ciento cuarentinueve del presente proceso y la testimonial actuada, como son las declaraciones de fojas setentiocho, noventidós, noventicinco, ciento dos y ciento catorce, ha quedado ratificado que la actora y el demandado mantuvieron dichas relaciones desde el año de mil novecientos sesenticuatro; que pese a la negativa del demandado, se ha probado que éste tenía alquilado un departamento en la calle Pizarro y después otro en la calle Deán Valdivia, cuya conformación ha descrito la demandante, precisando aún, los muebles que tenía, lo que no ha sido desvirtuado; que el demandado al contestar la demanda a fojas veintidós, manifestó, negándola, que siendo hombre casado siempre había observado buena conducta y cumplido sus obligaciones derivadas del matrimonio, agregando que, por su comportamiento correcto, dentro de la fidelidad y respeto mutuo con su cónyuge, ha sido inseparable de ella, arguyendo también en su favor que la demandante ha observado mala conducta, ya que continuamente estaba acompañada por diversos varones; por último y con posterioridad, ha tratado de insinuar que él es impotente generandi; que

ninguna de estas alegaciones ha sido probada y, por el contrario, la primera, que resulta la primordial para él, ha quedado rotundamente desmentida con el expediente del juicio de divorcio que el propio demandado inició a su cónyuge, expediente que corre acompañado a estos autos y del que consta que aquél estuvo separado de hecho de su mujer, después de lo cual, la demandó por divorcio vincular, prueba que también desvirtúa la de sus testigos que han afirmado que siempre vivió en armonía con su esposa; que la segunda o sea la mala conducta atribuida a la demandante no se ha probado y menos que hubiera tenido relaciones sexuales con otros hombres, contemporáneamente a las que sostuvo con el demandado; que la acción contenida en la demanda de fojas cuatro tiene como fundamento los incisos segundo, cuarto y quinto del artículo trescientos sesentiséis del Código Civil o sea, la posesión constante del estado de hijo ilegítimo, el concubinato coincidente con la época de la concepción y la seducción de la madre con promesa de matrimonio; que en lo que respecta a la primera causal, se ha probado solamente el trato familiar que recibía y que daba el demandado a los parientes de la accionante y en cuanto a la tercera, es oportuno tener presente que, aunque la Exposición de Motivos del Código Civil en este aspecto, acepta la posibilidad de la ocurrencia de actos delictuosos para los que estaría expedita la acción penal, no descarta la posibilidad de la existencia de relaciones extramatrimoniales que, sin constituir delito por la edad de la madre u otras circunstancias, den origen al nacimiento de hijos y no considera inevitablemente vinculados los hechos de la seducción con la promesa de matrimonio porque en la vida práctica suelen no estar vinculados, como lo expresa dicha Exposición de Motivos; que como lo explica la demandante (fojas ciento ocho) no le fue dable denunciar la seducción por ser ella mayor de edad, a lo que se agrega que ambos son maestros al servicio del Estado; que para declarar judicialmente la paternidad ilegítima, no se requiere prueba indubitable proveniente del padre, como lo considera la sentencia recurrida, pues la existencia de tal prueba es uno de los medios por los que puede pedirse esa declaración, como lo prevé el inciso primero del citado artículo trescientos sesentiséis, pero no es necesaria para las cuatro situaciones siguientes contempladas en los demás incisos, que exigen la prueba de circunstancias diversas, precisamente por no existir prueba indubitable; que, en consecuencia, quedan por analizar los hechos en relación con el inciso cuarto del precitado artículo trescientos sesentiséis; que el concepto del concubinato por el que se con-

sideraba como tal la unión ilegítima de un hombre y una mujer libres, que hacen vida común sin haber llenado las formalidades establecidas para celebrar el matrimonio y que viven bajo el mismo techo, ha sido superado en el Derecho moderno, ya que dadas las características de la vida actual y la relajación de las normas morales, quedarían desamparados los hijos nacidos de relaciones ilícitas tenidas por hombre casado con mujer distinta a su cónyuge porque no existiría el requisito del mismo techo, aunque tales relaciones ilícitas tuvieran el carácter de permanencia y habitualidad puesto que aquél tiene como hogar el legítimamente formado por el matrimonio; que, probadas como están en el caso de autos, las relaciones del demandado con la accionante con esos caracteres de permanencia y habitualidad que se extienden desde el año de mil novecientos sesenticuatro hasta mil novecientos sesentinueve, lapso dentro del cual han nacido los tres hijos sin que se haya probado que aquélla hubiera tenido comercio carnal con otros hombres, forzoso es concluir que dichos hijos son el resultado de las indicadas relaciones, resultando de aplicación el inciso cuarto del artículo trescientos sesentiséis del Código Civil: declararon HABER NULIDAD en la sentencia recurrida corriente a fojas ciento setentisiete, su fecha catorce de enero del año en curso, completada a fojas ciento setentiocho, su fecha tres de abril del propio año, en cuanto confirmando la apelada de fojas ciento cincuentiuno, fechada el treinta de Setiembre del año próximo pasado, declara infundada la demanda interpuesta a fojas cuatro por doña Idalia Georgina Muñoz García, sobre declaración de paternidad ilegítima; reformando la primera y revocando la segunda en este extremo: declararon fundada dicha demanda; y que, en consecuencia, los menores Jorge Luis, José Alvaro y Yemile Lorena son hijos ilegítimos de don José Manuel Rodríguez Cardaña; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; con costas; y los devolvieron.— PONCE MENDOZA.— BALLON LANDA.— LEON MONTALBAN.— LLOSA RICKETTS.— GARCIA CALDERON.— Fausto Viale.— Secretario General.

Cuaderno N° 344.—Año 1972.

Procede de Arequipa.