



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

**“DETERMINACIÓN DE FILIACIÓN DEL HIJO
EXTRAMATRIMONIAL DE MUJER CASADA”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

PRESENTADO POR:

BACH. LUIS EDUARDO MESTANZA GONZALES

ASESOR:

DR. LUIS MANUEL CASTILLO LUNA

CUSCO – PERÚ

2016



DEDICATORIA

A mi madre, por darme la vida, quererme tanto y darme una carrera para mi futuro.

A Rosa, por creer en mí, y a nuestros pequeños hijos, Valeria y Celso Eduardo por las fuerzas que me inspiran.

Luis Eduardo



AGRADECIMIENTO

A Dios y a mis padres por permitirme haber estudiado y concluido mi carrera, a mi familia por apoyarme en cada decisión y momento, a mi asesor; Dr. Luis Manuel Castillo Luna, quien con sus conocimientos y experiencia logré realizar mi tesis.



RESUMEN

En la presente investigación titulada *Determinación de Filiación del Hijo Extramatrimonial de Mujer Casada*, explicaremos porque creemos que dicha determinación de filiación no debe estar sometida a presunciones legales como la presunción de paternidad (artículo 361 del Código Civil), la presunción de filiación matrimonial (artículo 362 del Código Civil) o a que el marido primero niegue y después obtenga sentencia favorable (artículo 396 del Código Civil), puesto que la certeza biológica debe prevalecer frente a cualquier presunción legal. Así, ante la presunción *pater ets*, presunción de legalidad matrimonial, lo que debe primar es el derecho de identidad del menor, además de su derecho a filiación en base a la prueba del ADN. En esta investigación además de determinar la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada, proponemos la modificación del artículo 396 del Código Civil.

Abordamos la filiación, su naturaleza jurídica y examinamos como la doctrina se ha dividido para encontrar la esencia de la filiación; analizamos la filiación matrimonial y sus teorías: de la concepción, del nacimiento y la teoría mixta; de igual manera la filiación extramatrimonial o también llamada filiación ilegítima. Desarrollamos las acciones de filiación que buscan la adecuación entre la verdad formal y la verdad biológica exponiendo la delimitación conceptual de dichas acciones, sus características y clases, entre ellas, las acciones de reclamación y las acciones de desconocimiento. También describimos el derecho de identidad y su naturaleza jurídica abordando el nombre como atributo de la personalidad tal como lo menciona el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes. Nos involucramos con el derecho a la identidad a nivel constitucional y estudiamos jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al Derecho a la Identidad.



La investigación trata las presunciones legales por ser afirmaciones de certeza que la ley establece en base a lo que normalmente sucede en el devenir de los acontecimientos donde a una determinada causa es sucedida por una lógica consecuencia, de este modo nos introducimos a la naturaleza jurídica de las presunciones e indagamos sobre la presunción pater est.

Por todo lo antes mencionado, concluimos que el reconocimiento de la filiación del hijo extramatrimonial de una mujer casada, estipulado en el artículo 396 del Código Civil debe ser modificado en el sentido de que *“el hijo extramatrimonial de mujer casada puede ser reconocido por quien se considere el padre biológico, siempre y cuando tenga como sustento la prueba del ADN. También puede ejercer y solicitar su reconocimiento en base a su derecho de identidad, el menor mediante representación de su tutor”*.



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	III
RESUMEN.....	IV
ÍNDICE DE TABLAS.....	XI
ÍNDICE DE FIGURAS.....	XII
INTRODUCCIÓN.....	1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	8
1.2.1. Problema Principal.....	8
1.2.2. Problemas Secundarios.....	9
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	9
1.3.1. Objetivo General.....	9
1.3.2. Objetivos Específicos.....	9
1.4. HIPÓTESIS DE TRABAJO.....	9
1.5. CATEGORÍAS TEMÁTICAS.....	10
1.6. METODOLOGÍA DEL ESTUDIO.....	11



1.7. UNIDAD DE ESTUDIO 11

1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN 12

1.9. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN 12

1.10. VIABILIDAD DEL ESTUDIO 14

CAPITULO II

FILIACIÓN

2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FILIACIÓN 15

 2.1.1. Derecho 15

 2.1.2. Relación Jurídica 16

 2.1.3. Atributo De La Personalidad 17

 2.1.4. Vínculo Jurídico 17

 2.1.5. Doctrina Mixta 18

2.2. DERECHO DE LA FILIACIÓN 19

2.3. CLASIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN 19

 2.3.1. Filiación Matrimonial 20

 2.3.1.1. TEORÍA DE LA CONCEPCIÓN 21

 2.3.1.2. Teoría Del Nacimiento 22

 2.3.1.3. Teoría Mixta 23

 2.3.2. Filiación Extramatrimonial 26



2.3.2.1. Filiación Extramatrimonial Del Hijo De Mujer Casada.....30

2.4. ACCIONES DE FILIACIÓN33

2.4.1. Delimitación Conceptual De Las Acciones De Filiación33

2.4.2. Características35

2.4.3. Clases.....37

2.4.3.1. Acción De Reclamación.....38

2.4.3.2. Acciones De Desconocimiento39

2.4.4. Acciones De Estado Con Respecto A La Filiación Matrimonial.....41

2.4.4.1. Acciones De Contestación42

2.4.4.2. Contestación De La Paternidad.....43

CAPITULO III

DERECHO DE IDENTIDAD

3.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD46

3.1.1. Antecedentes47

3.1.2. Derecho De Identidad.....48

3.1.3. Identidad Filiatoria50

3.2. EL NOMBRE COMO ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD.....50

3.2.1. El Nombre En El Código Civil.....51

3.2.2. El Nombre En El Código De Los Niños Y Adolescentes.....54



3.3. EL DERECHO DE IDENTIDAD A NIVEL CONSTITUCIONAL54

 3.3.1. Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional En Torno Al Derecho De Identidad ...55

 3.3.1.1. EXP. N° 2273-2005-PHC/TC LIMA.....55

 3.3.1.2. CASACIÓN N° 2726-2012-DEL SANTA.....60

 3.3.1.3. EXP. N.° 04509-2011-PA/TC.....63

 3.3.1.4. EXP. N° 04305-2012-PA/TC.....67

3.4. DERECHO A LA IDENTIDAD A NIVEL SUPRA NACIONAL71

 3.4.1. Convención Sobre Los Derechos Del Niño71

CAPITULO IV

PRESUNCIONES LEGALES DE PATERNIDAD

4.1. ANTECEDENTES73

4.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PRESUNCIONES74

 4.2.1. PRESUNCIONES LEGALES74

 4.2.1.1. Presunciones “Iuris Et De Iure”.....74

 4.2.1.2. Presunciones “Iuris Tantum”75

 4.2.2. Presunciones Hominis O Judiciales75

4.3. PRESUNCIÓN PATER EST76

 4.3.1. Plazos Aplicables77

 4.3.2. Sustento De La Presunción.....78



4.3.3. Teorías Que La Sustentan.....79

4.4. Presunción De Filiación Matrimonial80

4.4.1. Significado De La Presunción De Paternidad81

4.4.2. Fundamento De La Presunción De Paternidad.....82

4.4.3. Alcances De La Presunción De Paternidad82

CAPITULO V

**MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA DETERMINACION DE FILIACION DEL HIJO
EXTRAMATRIMONIAL DE MUJER CASADA**

5.1. ANTECEDENTES84

5.2. DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS Y LOS OBJETIVOS PROPUESTOS85

5.2.1. Derecho De La Filiación Y Derecho A La Identidad.....87

5.2.2. Presunciones Legales De Paternidad.....90

5.3. DEL PROBLEMA PRINCIPAL Y OBJETIVO GENERAL93

CONCLUSIONES.....100

RECOMENDACIONES102

BIBLIOGRAFÍA104

ANEXOS110



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 – Tablas Temáticas	10
Tabla 2 – Metodología del Estudio	11
Tabla 3 – Diferencias de Acción de Negación e Impugnación	40



ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 – Acciones de Filiación.....	37
Figura 2 – Primer Objetivo Específico.....	85
Figura 3 – Segundo Objetivo Específico.....	87
Figura 4 – Tercer Objetivo Específico.....	90
Figura 5 – Objetivo General.....	93



INTRODUCCIÓN

En derecho, las relaciones de parentesco como las conocemos, múltiples y diversas, son definidas gracias a un elemento principal: la filiación, que es *“el vínculo de una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, el vínculo de los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto)”* (CORNEJO CHÁVEZ H. , 1991).

La filiación, legalmente, se puede definir como *“el vínculo jurídico que existe entre los progenitores y sus descendientes directos obtenido por medio del reconocimiento de la paternidad o maternidad de un niño o niña”*.

Dicho vínculo se funda en la procreación y se acredita tangiblemente con la inscripción del nacido en el registro civil, otorgándole el estado legal que le permite definir sus relaciones familiares, disfrutar de sus derechos y ser reconocido como parte de la sociedad. La filiación y la identidad son conceptos que no se contraponen, ya que la filiación como derecho significa el vínculo jurídico entre padres e hijos que está determinado por la paternidad y/o maternidad, cuyo origen se evidencia en la procreación; y la identidad, que es un derecho fundamental definido como *“el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad permitiendo que cada cual sea uno mismo y no otro”*. Por lo tanto el derecho a la identidad le permite al ser reconocerse como persona y ubicarse como sujeto de derecho y obligaciones en la sociedad.

Creemos que la determinación de filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada no debe estar sometida a presunciones legales como la presunción de paternidad (artículo 361 del Código Civil), la presunción de filiación matrimonial (artículo 362 del Código Civil) o a que el



marido primero niegue el parentesco filial y después obtenga sentencia favorable (artículo 396 del Código Civil) porque la certeza biológica debe prevalecer frente a cualquier presunción legal. Así, ante la presunción pater ets, presunción de legalidad matrimonial, lo que debe primar es el derecho a la identidad del menor, además del derecho de quien es padre por ley a impugnar el reconocimiento en base a la prueba del ADN.

En esta investigación determinaremos la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada y propondremos la modificatoria del artículo 396 del Código Civil. Para tales efectos este proyecto de investigación está dividido en cinco capítulos.

En el Capítulo I, Aspectos Metodológicos de Estudio, describiremos los aspectos metodológicos de la investigación, que contiene: el planteamiento del problema, los objetivos de la investigación, la hipótesis del trabajo, las categorías de estudio, la metodología del estudio. Todo aquello que permite señalar la dirección de la investigación, cuáles son los objetivos trazados y el método utilizado.

En el Capítulo II se hace un análisis sobre la Filiación; primero exponiendo una breve reseña concerniente a dicho instituto jurídico y desarrollando la naturaleza jurídica de la filiación cuyo carácter innato y consustancial identifican al ser humano; tal postura, por ser aceptada de forma general, concede a la persona el derecho de conocer su filiación, y en consecuencia, gozar de una identidad. Mencionaremos la clasificación de la filiación y trataremos la filiación matrimonial o también llamada filiación legítima, que es una institución parte del Derecho de Familia, abordaremos las distintas teorías que tratan de determinar los hijos del matrimonio y los concebidos fuera del matrimonio como parte de la clasificación de la filiación, por ende, abarcamos la filiación extramatrimonial o también llamada filiación ilegítima, que viene a ser



un modo de reconocimiento de la paternidad o maternidad de una persona determinada sin el estado civil de casado. Desarrollaremos las acciones de filiación que tienen la finalidad de determinar la existencia de una filiación como pretensión en un proceso judicial; entre estas se hallan las acciones reclamación de filiación, acción de desconocimiento y las acciones de estado.

En el Capítulo III estudiaremos el Derecho a la Identidad, realizando una síntesis sobre la naturaleza jurídica del derecho a la identidad, que determina la facultad de toda persona de conocer sus orígenes y gozar de su pertenencia, abarcando el nombre, la filiación, la nacionalidad, el idioma, la costumbre, la cultura propia y demás elementos componentes de su propio ser. Consideramos al nombre como atributo de la personalidad, tal como está regulado en el Código Civil y en el Código de los Niños y Adolescentes; también incluiremos en la tesis el derecho a la identidad a nivel constitucional que se encuentra en la Constitución Política en el artículo 2, inciso 1 que a la letra dice: *“Toda persona tiene derecho a: la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”*. Trataremos jurisprudencia del tribunal constitucional en torno al derecho a la identidad y el derecho a la identidad a nivel supra nacional.

En el Capítulo IV se tratarán las Presunciones Legales de Paternidad, que son supuestos que brinda la norma para definir el estado de paternidad pero no necesariamente determinan el mismo ya que, siguiendo la premisa de nuestra investigación, el vínculo de parentesco deberá ser probado por medio de pruebas científicas. En este capítulo construiremos la naturaleza jurídica de las presunciones para explicar el problema de su naturaleza jurídica, muy discutida por la doctrina, y cuyo principal tema en debate es si son o no, medios de determinación idóneos para el establecimiento de un estado de paternidad.



El hecho de que las presunciones no sean uniformes nos permite dividir las en las llamadas: a) judiciales, de hombre o simples; b) las legales; c) las de derecho. Hablaremos sobre la presunción pater est o también llamada presunción de legitimidad matrimonial. Y presentaremos la presunción de filiación matrimonial ubicada en el artículo 362° de nuestro Código Civil que señala: *“El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”*.

En el Capítulo V discutiremos sobre los motivos que justifican la determinación de filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada y desplegaremos la comprobación de nuestra hipótesis analizando cada uno de los problemas planteados y los objetivos para arribar a su comprobación.

Finalmente llegaremos a las conclusiones, ofreceremos recomendaciones y exhibiremos las referencias bibliográficas utilizadas.

Hemos considerado relevante el desarrollo de esta tesis por abarcar aspectos fundamentales en la vida de los seres humanos: el derecho de filiación y el derecho a la identidad.

El Autor.



CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El ordenamiento jurídico peruano, específicamente, el Código Civil, contiene presunciones respecto de la filiación matrimonial y extramatrimonial, por ejemplo: “*que el hijo nacido dentro del matrimonio se reputa como hijo del marido aunque la madre o esposa diga lo contrario*”. Esta presunción conocida como *pater ets*, también es llamada presunción de legalidad matrimonial.

La filiación extramatrimonial se conforma por el reconocimiento del vínculo que existe (biológico) y el que debe existir (legal) entre los padres y el hijo. Según la Convención de los Derechos del Niño, toda persona tiene derecho a su identidad filiatoria, es decir, a conocer a sus padres, corresponderles y saberse correspondido a la identidad del vínculo con sus familiares.



Actualmente nuestro Código Civil, en materia de filiación extramatrimonial, se complementa con la Ley N° 28457 que regula la Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial, siendo una clara muestra del avance en la materia. Dicha ley regula un proceso judicial meramente probatorio, que supone la realización de la prueba de ADN (prueba científica que determina o excluye la paternidad al 99.9 %) como evidencia científica de paternidad, otorgando como única oposición al demandado el poder someterse esta prueba. Ante la negatividad o rebeldía del demandado, el juez declarará judicialmente la paternidad.

La persona, por su propia naturaleza de *ser*, tiene derecho a satisfacer la duda sobre su origen e identidad, en este contexto, se estructura el derecho de la identidad y a la filiación como derechos complementarios. De esta premisa parte la idea de concebir a la filiación como la identidad primigenia; el doctrinario nacional Fernández Sessarego, define a la identidad como: *“el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad permitiendo que cada cual sea uno mismo y no otro”* (FERNANDEZ SESSAREGO, Derecho a la Identidad Personal, 1992, pág. 113).

Tratando a la filiación, la doctrina señala que: *“los lazos de parentesco son variados y múltiples, de diverso origen e intensidad. Se extienden como un vínculo o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción). La más relevante relación de parentesco existente en la ciencia jurídica es la establecida entre el padre/madre e hijo, y la filiación genera la relación jurídica más trascendente de la persona en torno a la cual, descendente y ascendente, forjan su destino en común y se despliegan consecuencias*



legales” (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia "Derecho de la Filiación", 2013, pág. 61).

Para el hombre, la determinación de su identidad como la de su filiación significan aspectos importantísimos ya que se complementan como uno ante las situaciones comunes y ante el derecho; es precisamente para la ciencia jurídica que la determinación de la *paternidad matrimonial* es un tema de continua discusión por sus consecuencias, por su peso como prueba y por lo que en sí representa, ya que siempre cabe la posibilidad de afirmar el romano: *pater semper incertus*, es decir, la paternidad no siempre es cierta.

Antes de que se conozca como incuestionable la prueba de ADN, la paternidad matrimonial y extramatrimonial eran establecidas por presunciones concebidas por simple lógica pero que en ciertos casos no llegaban a determinar al cien por ciento el verdadero vínculo filiatorio, por tanto, no reconocían la verdadera identidad del sujeto. En el caso de la determinación de la paternidad matrimonial, el Código Civil recoge las presunciones contenidas en los artículos 361: *el marido es padre de los hijos de su mujer* y 362: *el hijo se presume matrimonial así la mujer declare que no es del marido*, por la cual, la norma engloba en todos los casos a los hijos como frutos del matrimonio.

Nuestra investigación trata específicamente al artículo 396 del Código Civil el cual señala: *“El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”*, observamos la concordancia existente entre este artículo con el artículo 362, entonces deducimos que el legislador no prevé situaciones de nuestra sociedad contemporánea en la cual la mujer y el varón aun



manteniendo un vínculo matrimonial cesan de compartir vida en común, lo que significa que aunque exista una situación legal de matrimonio prevalece la situación real de separación de cuerpos, y se hace evidente que la norma impide el reconocimiento del sujeto nacido extramatrimonialmente, aun cuando el matrimonio como institución social ya haya desaparecido de los supuestos esposos; hecho que con frecuencia podemos admirar en nuestra realidad en la cual los hijos de la “mujer casada” no pueden ser reconocidos por ese mismo detalle, a pesar de que se compruebe la carga biológica de paternidad (prueba de ADN).

Las presunciones legales de paternidad son una barrera que impide reconocer la verdadera identidad del menor y por tanto su filiación, pero además, también representa una barrera para desestimar la denominada presunción legal de paternidad matrimonial del sujeto aun casado pero sin realizar vida en común.

Por cuanto las presunciones legales de paternidad implican la afectación de derechos sustanciales del hijo, proponemos la modificación del artículo 396° del Código Civil, con el fin de determinar que toda persona tiene derecho a su identidad filiatoria.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema Principal

¿La filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada, debe estar sometido a presunciones legales de paternidad?



1.2.2. Problemas Secundarios

1. ¿Qué se entiende por la acción de impugnación o contestación de paternidad matrimonial?
2. ¿Qué se entiende por derecho de filiación y derecho a la identidad?
3. ¿Cuál es la naturaleza de las presunciones de paternidad?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivo General

Determinar si la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada debe estar sometida a presunciones legales de paternidad.

1.3.2. Objetivos Específicos

1. Determinar que se entiende por la acción de impugnación o contestación de paternidad matrimonial.
2. Determinar que se entiende por derecho de la filiación y derecho a la identidad.
3. Determinar cuál es la naturaleza de las presunciones de paternidad

1.4. HIPÓTESIS DE TRABAJO

La filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada no debe estar sometida a presunciones legales de paternidad debido a que se vulnera el interés superior del niño y por ende el derecho a su identidad filiatoria.

1.5. CATEGORÍAS TEMÁTICAS

Dada la naturaleza cualitativa de nuestro estudio, las categorías de estudio quedan establecidas de la siguiente forma:

Tabla 1 – Tablas Temáticas

Categorías de Estudio	Subcategorías
Categoría 1°: Derecho a la Filiación	<ul style="list-style-type: none">- Naturaleza jurídica de la filiación- Determinación de la filiación matrimonial- Determinación de la filiación extramatrimonial
Categoría 2°: Derecho a la Identidad	<ul style="list-style-type: none">- Naturaleza jurídica del Derecho a la Identidad- Derecho a la identidad a nivel constitucional- Derecho a la identidad a nivel supranacional
Categoría 3°: Presunciones Legales de Paternidad	<ul style="list-style-type: none">- Naturaleza jurídica de las presunciones- Presunción pater est- Presunción de filiación matrimonial

1.6. METODOLOGÍA DEL ESTUDIO

Tabla 2 – Metodología del Estudio

Enfoque de investigación	Cualitativo: Nuestra investigación está direccionada al conocimiento y análisis del problema planteado y no a verificar nuestra hipótesis mediante herramientas estadísticas.
Tipo de Investigación jurídica	Dogmático propositivo: Nuestro estudio analiza elementos jurídicos y proponemos la modificación de un artículo determinado.

1.7. UNIDAD DE ESTUDIO

La tesis enfoca su tarea a demostrar que la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada no debe estar sometida a presunciones legales de paternidad, ni a la negación del marido y posterior sentencia a su favor.



1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Se recurrió al uso de las siguientes técnicas e instrumentos:

- a) Técnicas.
 - 1) Análisis documental.
- b) Instrumentos
 - 1) Fichas de análisis documental.

1.9. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación se justifica por las siguientes razones:

a. Conveniencia

El estudio se desarrolla porque dentro de nuestro ordenamiento jurídico y específicamente en el artículo 396 del Código Civil se establece que: “*el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable*”, estos requisitos para la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada no son razonables pues, constituye una barrera para la determinación de filiación e identidad biológica del hijo, la cual puede ser determinada en cualquier momento en base a la prueba del ADN.

b. Relevancia Social

Actualmente los requisitos de negación de paternidad y sentencia a favor del marido, del artículo en cuestión (396 del Código Civil) vulneran el derecho de filiación e identidad del hijo extramatrimonial. Nuestro ordenamiento jurídico impide la determinación del lazo biológico del menor con los padres, generando discriminación



legal contra los hijos habidos fuera del matrimonio, por ende, tiene absoluta relevancia social en cuanto se produce un estado de incertidumbre sobre el estatus familiar del menor que afecta a su entorno directo, además que puede originar considerables perjuicios sociales presentes y futuros.

c. Implicancias Prácticas

Lograr que los magistrados tengan claro que la figura jurídica de la filiación de hijos extramatrimoniales es sobre todo un derecho que tutela a los menores, y que incluye el derecho constitucional a la identidad. Así la modificación del artículo que proponemos hará que las decisiones jurisdiccionales sean eficaces sobre la protección del derecho de los menores, reconociendo a cada quien su lazo de consanguinidad y fidedigno origen.

d. Valor Teórico

La investigación logrará determinar los lazos de filiación de los hijos que reconoce el propio derecho natural a cada persona y que tiene como consecuencia ser meritorio de una identidad que lo haga único.

e. Unidad Metodológica

De las conclusiones se obtendrán soluciones para el problema acerca de la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada. La síntesis de la información recabada proveniente de la norma, la doctrina y la jurisprudencia que ayudará a la definición del tema de investigación, y también a la selección más adecuada de información.



1.10. VIABILIDAD DEL ESTUDIO

El investigador cuenta con la disponibilidad de recursos económicos que posibiliten la recopilación y la adquisición de la bibliografía necesaria para ser estudiada, asimismo, en cuanto a la factibilidad de recursos humanos y tiempo, será el propio investigador quien efectúe el estudio, recurriendo a expertos en el tema para un mejor panorama sobre el problema y las hipótesis, además del esclarecimiento de las consultas que sean necesarias.

Se cuenta con la bibliografía nacional y extranjera de reconocidos autores en materia de Derecho de Familia.

Por la facilidad del acceso al material bibliográfico la investigación se efectuará aproximadamente en un periodo de tres meses, de esta manera se manifiesta la real posibilidad de llevar a cabo la investigación.



CAPITULO II

FILIACIÓN

2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FILIACIÓN

Diversas corrientes doctrinarias se han dado la tarea de identificar la naturaleza de la filiación:

2.1.1. Derecho

Según la doctrina de García Sarmiento el derecho de filiación es “(...) *el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia(...) el derecho de filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen sujetos a los padres respecto de los hijos, y recíprocamente que atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación, cuando el contenido que funcionaliza su objeto, es decir, la realización de los fines e*



intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y la maternidad (...)” (GARCÍA SARMIENTO, 1999, pág. 67).

Concluimos positivamente que el derecho de filiación determina el vínculo jurídico existente entre los padres y sus hijos por la relación paterno-filial.

2.1.2. Relación Jurídica

Enrique Varsi Rospigliosi citando define la filiación como “ *la relación de parentesco que se establece entre dos personas, unas de las cuales es nacida de la otra, adoptada, o vinculada mediante posesión de filiación o por la concepción derivada de inseminación artificial heteróloga*” (VARSI ROSPIGLIOSI, 2013, pág. 74).

El jurista identifica cuatro maneras por las cuales se puede establecer una relación de parentesco filial:

(a) Nacimiento, (b) Adopción, (c) Posesión y (d) Concepción asistida o inseminación.

Se entiende la filiación como una relación jurídica de hijos y padres, evidente entre padre e hijo, o madre e hijo, caracterizada por ser bilateral; esta es una ley natural de carácter biológico. El hijo puede tener una madre y/o un padre, por quien se genere el hecho que determina la relación de parentesco.



Se establece el parentesco filial con el nacimiento del *ser* por consecuencia de la concepción. El nacimiento del hijo es el hecho de implicancia jurídica que confirma el parentesco filial, por lo tanto determina la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídico familiares.

2.1.3. Atributo de la Personalidad

“La filiación es consustancial e innata al ser humano en el sentido que el status filii es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no solo para generar consecuencias legales sino para permitir la realización y goce de su derecho a la identidad” (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia "Derecho de la Filiación", 2013, pág. 74).

Por la naturaleza humana la filiación es inherente a todos, esto concede al *ser* el derecho a conocer su propio origen biológico y consecuentemente el reconocimiento de una identidad; a ello podemos agregar la tutela efectiva de derechos *per se*.

2.1.4. Vínculo Jurídico

“La filiación es el vínculo jurídico entre padres e hijos que tiene normalmente como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza) pero también, puede encontrar su fuente en la ley misma (filiación por adopción)” (KRASNOW, 1996, pág. 49).



Según esta jurista la filiación es un vínculo jurídico que une a dos personas: padre e hijo, respaldando la posición que la define como un derecho pero cuyo origen puede darse por un hecho natural o por un acto jurídico.

2.1.5. Doctrina Mixta

“La filiación es ante todo un hecho natural, por ser efecto de la procreación y que ese hecho está regulado por el derecho, por tanto, un hecho jurídico” (PERALTA ANDIA, 2002).

La doctrina citada, señala que la filiación es un estado con base en un hecho natural, jurídico y normado, así lo manifiesta Javier Rolando Peralta Andía.

“La filiación, como categoría es más que un hecho jurídico, es un acto jurídico familiar, porque el surgimiento de la filiación no existe hasta que haya una manifestación de voluntad del reconocimiento y solo a falta de tal voluntad, surge la declaración judicial que atribuye, ahora sí, las consecuencias de lo biológico” (SOTO LAMADRID, 1990, págs. 68-69).

Según Soto Lamadrid, ser un hecho jurídico no configura en su totalidad el origen de la filiación, esta requiere identificarse como un acto jurídico familiar por el cual se manifieste la voluntad de reconocer la relación de parentesco; solo cuando esta adolezca de dicha manifestación se podrá recurrir a la vía judicial con el fin de declararla.

2.2. DERECHO DE LA FILIACIÓN

El derecho de la filiación regula la relación paterno-filial fruto del hecho natural de la procreación.

El derecho de la filiación permite reconocer nuestra ascendencia como el vínculo biológico entre los progenitores y sus vástagos estableciendo una relación jurídica la cual está acompañada del derecho a la identidad personal.

Para el jurista Mauricio Mizrahi, el derecho de la filiación se refiere *“al conjunto de normas jurídicas relativas al emplazamiento, determinación o establecimiento de las relaciones paterno materno filiales en los tres ámbitos hasta hoy conocidos: a) la procreación por naturaleza; b) la generación por los más diversos métodos de fecundación artificial; c) la filiación adoptiva. Este derecho está integrado por las normas legales pertinentes relativas a la modificación y extinción de las mencionadas relaciones”* (MIZRAHI, 2002, pág. 1198).

2.3. CLASIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN

La doctrina nos dice que existe *“dos clases de filiación, la matrimonial y la extramatrimonial, tienen antecedentes y deben su origen al derecho romano. En efecto una de las características del derecho familiar romano era el de dividir a los hijos en aquellos habidos dentro del matrimonio y los habidos fuera de él, criterio este que prevalece hasta nuestros días para efectos de la determinación mas no para la jerarquía filial, la cual ha sido desplazada por el principio de igualdad”* (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004, pág. 96).

2.3.1. Filiación Matrimonial

“Denominada en roma filiación legitima, ésta deriva del matrimonio otorgando a los hijos ex iusto matrimonio la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos. Esta filiación se encuentra unida al matrimonio entre los padres, siendo su origen esencial. Sin embargo, el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación, hecho por el cual han surgido teorías que tratan de determinar que hijos son matrimoniales y cuáles no” (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004, págs. 96-97).

La etimología de filiación matrimonial deriva de las palabras latinas *filius* y *matrimonium*, que da a entender que la criatura nacida de padres casados o de un matrimonio, ostenta una filiación legítima que le otorga derechos civiles y políticos.

Josserand especifica el concepto al decir que *“la filiación legitima tiene su origen en el matrimonio; solo tendrá calidad de legitimo aquel cuya concepción sea obra de las esposas”* (JOSSERAND, 1950, pág. 213).

La filiación, por lo tanto, es una institución fundamental del derecho de familia cuya estructura recae en la relación de parentesco derivada del matrimonio; entonces, son hijos de legítima filiación los nacidos de padres que han conformado un matrimonio.

Franco Suarez señala que *“la filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, como consecuencia de la relación natural de procreación que liga con la otra. Es un estado social en cuanto se tiene como*



respecto a otra u otras personas; es un estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones. Indistintamente los hijos matrimoniales y extramatrimoniales son sujetos de derechos personales y patrimoniales, reglamentados de manera minuciosa por la ley; unos se deriva de la autoridad paterna, como los de crianza, educación y establecimiento, y otros de la patria potestad al tutelaje de sus bienes y a la representación de su persona, obediencia, socorro, todo lo cual (...) es la consecuencia del estado que surge de la relación paterno filial. En virtud de las relaciones familiares originadas en la filiación, las normas que las reglamentan son de orden público, no susceptibles de ser modificadas por la voluntad contractual” (SUAREZ FRANCO, 2001).

Se describen tres características de la filiación sobre el sujeto: como un estado jurídico, social y civil, que brindan, indistintamente, dentro o fuera del matrimonio, derechos personales y obligaciones de carácter familiar, e indisponibles.

2.3.1.1. Teoría de la Concepción

Esta teoría establece una diferencia muy marcada entre los hijos de los mismos padres; la concepción significará que si el hijo ha sido procreado dentro del matrimonio, entonces será tenido como matrimonial, aun cuando el nacimiento se produzca fuera del matrimonio. Esta teoría es seguida por los ordenamientos jurídicos civiles dispuestos en los



códigos francés (artículo 312°), italiano (artículo 231°) y nicaragüense (artículo 199°).

Por otro lado, Enrique Varsi Rospigliosi, nos dice que *“son hijos matrimoniales los engendrados por los padres casados, sea que nazcan dentro del matrimonio, o sean alumbrados después de disuelto o anulado el vínculo. Es decir, los concebidos antes del matrimonio serán extramatrimoniales, aun cuando su nacimiento ocurra una vez realizado el casamiento”* (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004, pág. 97).

Para este postulado es hijo matrimonial aquel cuya concepción se origina de dos esposos, durante o después de disuelto o anulado el matrimonio.

“Ocurre, sin duda, que el hijo concebido fuera del matrimonio se encuentra a continuación legitimado por la unión tardía de sus padres, es decir que el hijo legitimado se asimila en hijo legítimo no para el pasado sino para el futuro” (VARSI ROSPIGLIOSI, 2013, pág. 125).

Entendemos que la concepción da inicio a la vida humana por lo que la calidad jurídica del *ser* parte desde ese instante.

2.3.1.2. Teoría del Nacimiento

Esta teoría considera hijos matrimoniales a los concebidos antes de la celebración del matrimonio y a los nacidos durante el mismo, pero no



considera a los nacidos después de la disolución o anulación del matrimonio, así hayan sido concebidos durante su vigencia.

Son hijos matrimoniales los nacidos cuando la unión de dos sujetos por voluntad de los mismos conforma un matrimonio.

“Los concebidos con anterioridad a la celebración de las nupcias serán matrimoniales si nacen cuando aquellas hayan sido ya contraídas; contrario sensu, no lo serán los nacidos después de la disolución del casamiento, a pesar de que la procreación se produzca durante su vigencia” (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004, pág. 97).

Esta teoría enmarca la dependencia de la calidad de filiación de tres hechos:

- El matrimonio
- El parto
- La disolución o anulación del vínculo matrimonial

2.3.1.3. Teoría Mixta

Es una síntesis de las dos anteriores teorías, y postula lo siguiente:

“También denominada del nacimiento-concepción, es la adoptada por nuestro Código Civil (artículos 1º, 243º inciso 3, 361º y 363º incisos 1 y 2), sustentándose en los siguientes postulados”: (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004, pág. 98).



- La vida humana se inicia con la concepción.
- El marido de la mujer se presume padre del hijo de ésta.
- La no permisibilidad del matrimonio de la viuda en tanto no transcurran 300 días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz, disposición que se amplía para la mujer divorciada.
- La facultad del marido de impugnar la paternidad del hijo de su mujer.

Es necesario que para atribuir la paternidad matrimonial se respeten los plazos legales determinados, es decir que sea concebido 180 días antes del matrimonio o que nazca a los 300 días de su solución.

“Por tanto, los presupuestos de filiación matrimonial son: (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004, pág. 98).

- *Matrimonio de los progenitores*
- *Maternidad acreditada*
- *Identidad del hijo con el nacido de la esposa*
- *Presunción legal de paternidad del marido*

Tabla 3 – Presunciones de Filiación Matrimonial

LA MATERNIDAD	LA PATERNIDAD
Indudablemente, ante el hecho del parto y la identidad del hijo.	El marido de la madre es el padre de los hijos concebidos dentro del matrimonio (<i>pater est is quem justae nuptia demostrant</i>) siempre que el hijo nazca dentro de los términos indicados (<i>patre certo nasci</i>).

Fuente: Tomado del libro Divorcio, Filiación y Patria Potestad; Enrique Varsi Rospigliosi (2004)

“Obviamente, matrimonio, maternidad e identidad del hijo siempre resultaron, como hechos objetivos, susceptibles de prueba directa pero la concepción y la paternidad ofrecen especiales dificultades pues, como refiere Diego Espín Cánovas: (ESPÍN CANOVAS, Diego, 1982, pág. 345).

- No todos los periodos de gestación son exactos o cumplen con el tiempo previsto, entonces no se puede determinar la fecha exacta de la concepción con relación al parto.
- No cabe establecer una prueba segura de la paternidad en todos los casos, ni siquiera con las modernas investigaciones de los grupos sanguíneos.



En nuestros días el uso de medios científicos que esclarecen la incertidumbre de la paternidad, el momento de la concepción y el riguroso conteo de los plazos desestima los criterios mencionados, asimismo, consideramos que actualmente contamos con pruebas genéticas que determinan en forma casi absoluta (99%) la inclusión o exclusión de la paternidad.

2.3.2. Filiación Extramatrimonial

“Tradicionalmente la doctrina ha distinguido la filiación legítima de la ilegítima, determinando para aquella un trato privilegiado y degradando a esta última. Sus antecedentes históricos los tenemos en el derecho de la roma clásica donde se estimulaba la unión matrimonial dando fijeza, certidumbre y estabilidad a los derechos y obligaciones emergentes de la procreación y a las relaciones parentales derivadas de la unión matrimonial” (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004).

La protección a las relaciones matrimoniales trajo como consecuencia la sanción de las uniones sexuales extramatrimoniales, de tal manera que constituía delito la unión sexual de dos personas libres, delito de estupro, o la unión de una persona libre con una que no lo fuese, delito de contubernio.

Un trato diferente mereció la figura del concubinato, ya que el vínculo que derivaba del mismo configuraba similar certeza que la del matrimonio.

Sin embargo, este criterio de paridad de la relación que surgía del matrimonio o del concubinato solo tuvo vigencia hasta que el Derecho Canónico afianzó el nexo matrimonial monogámico, basándose en el axioma jurídico de



“enfamado es de fecho aquel que non nasce de casamiento derecho” (CORNEJO CHÁVEZ H., 1987, pág. 90).

“Concurriendo con el aspecto propuesto, el derecho de filiación extramatrimonial recae sobre la base del reconocimiento del vínculo biológico y del que señala la ley, entre los padres y el menor. En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, es por ello que la voluntad (reconocimiento) o la imposición legal (declaración judicial) son los medios de establecerla” (FLORES FLORES, pág. 6).

Situándonos en el marco actual, y teóricamente, el Código Civil, destaca la sociedad paterno-filial, y distingue tres modalidades: la filiación matrimonial (para los hijos nacidos dentro del matrimonio)¹, filiación para los hijos adoptivos², la filiación extramatrimonial (los concebidos y nacidos fuera del matrimonio)³. En esta última modalidad, se avocarán las siguientes líneas.

La filiación extramatrimonial ha pasado por un proceso legislativo, evolutivo y paradigmático, donde el legislador y la legalidad, han tenido que afrontar la difícil tarea de disolver lo normado en la materia por encontrarse

¹ Artículo número 361 del Código Civil: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. En tal sentido, el hijo se presume matrimonial, pese a que la madre declare lo contrario. (art.362). Se denota con claridad que el sentido de la norma y el interés del estado, es en primer lugar, salvaguardar el matrimonio.

² Artículo número 377 del Código Civil: “Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.”

³ Artículo número 386 del Código Civil: “Son hijos extramatrimoniales los concebidos fuera del matrimonio y nacidos fuera del matrimonio”.



obsoleto y porque, evidentemente, no correspondía la normativa anterior a la sociedad actual donde el formalismo no puede prevalecer por sobre la realidad.

En referencia a lo anterior, el autor Varsi Rospigliosi lo describe de la siguiente manera: *“La investigación de la paternidad tiene toda una evolución y, aún, no avizoramos su puerto final. Antiguamente no solo fue vedada- desde el punto de vista social- sino que de iure condendo, la legislación clásica, influenciada por la francesa, limitó y desterró el denominado reconocimiento forzado en aras del respeto al honor del varón y de la integridad de la familia matrimonial que este conformaba”* (VARSI ROSPIGLIOSI, 2006, pág. 14).

“Actualmente nuestro Código Civil, en materia de filiación extramatrimonial, se complementa con la Ley N° 28457, ley que regula la Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial, que es una clara muestra del avance en la materia. La ley, regula un proceso judicial, meramente probatorio, lo que constituya la prueba de ADN, será la evidencia biológica de paternidad, otorgando como única oposición al demandado el realizarse esta prueba, el efectuarse la mencionada prueba u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negatividad o rebeldía del demandado, el juez declarará judicialmente la paternidad” (FLORES FLORES, pág. 6).

“Se desprende una controversia en el estado de oposición del demandado que concluye con la carga probatoria. La declaración judicial de paternidad es una medida que se le otorga al juez para que en casos como: a) un resultado



negativo de la prueba genética y/o b) el demandado no haya formulado oposición o esté declarado rebelde en plena jurisdicción y potestad, el juez declarará padre al demandado y oficiará a la entidad de registros para la emisión de una nueva partida” (FLORES FLORES, pág. 7).

Podemos apreciar de esta disposición que la parte demandada se encuentra en un estado vulnerable en el sentido que la prueba de ADN se comportará como único medio para probar el lazo de parentesco y para ejercer la oposición a la pretensión de la demandante, resulta el único medio que se tiene para resolver la pretensión de filiación; de esta manera su derecho de defensa se delimita y la ley presume que la prueba tiene una certeza indubitable.

Sin embargo surge la interrogante ¿si la ley prepondera la prueba de ADN, como medio irrefutable y totalmente eficaz, para nuestro siguiente enlace a la declaración judicial de paternidad, porque no toma el mismo criterio en el caso de filiación de hijo de mujer casada? No es sencilla la respuesta, para entender esto, el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, detalla:

“Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad”.

“Bajo esta premisa queda en evidencia que la ley restringe al hijo de madre casada a su derecho filiatorio, y por ende, el reconocimiento de su verdad



biológica y del vínculo con el verdadero padre. Resulta propicio mencionar, que la ley debe perseguir y velar por el estado, la protección y desarrollo del menor” (FLORES FLORES, pág. 7).

Siendo congruentes con nuestro análisis, formulamos otra pregunta: ¿esta disposición legislativa es concorde con el derecho a la identidad y filiación del menor, o resulta de esta presunción un atentado contra sus derechos y, en consecuencia, el estado de vulnerabilidad en su proceso de desarrollo? Un esfuerzo para poder explicar y entender, de manera precisa y clara lo antes mencionado, deriva en nuestro posterior ítem.

2.3.2.1. Filiación Extramatrimonial del Hijo de Mujer Casada

Es de nuestro conocimiento que el menor, al amparo de sus derechos reconocidos y ratificados en los diversos mecanismos jurídicos nacionales e internacionales, tiene como derecho inherente su identidad; tema que abordaremos en nuestro siguiente capítulo de investigación.

Observemos el artículo 362° del Código Civil que detalla: *“El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”*. Claramente la ley muestra una preponderancia del matrimonio como instituto natural y fundamental de la sociedad sobre la identidad filiatoria y biológica del menor. En tal sentido, nuestro ordenamiento jurídico es contradictorio y vulnera derechos fundamentales del menor, no solo el ya mencionado derecho a la identidad, sino también el derecho a su libertad, igualdad, desarrollo



personal y social, y en su conjunción se estaría violando la dignidad del menor.

“La familia como institución jurídica y social, es pilar fundamental en el desarrollo de cualquier país. El Derecho de Familia entonces, debe ser compacto y preciso, pero sobretodo adaptable a la realidad para que de este modo se logre un sentido actual a la norma, protegiendo y promoviendo la familia como institución base del derecho. Sin embargo, existen aspectos y circunstancias que el derecho, en cualquier ámbito, no ha podido prever” (FLORES FLORES, pág. 8).

Con respecto al artículo 396° del Código Civil, con frecuencia podemos encontrar hijos extramatrimoniales, no reconocidos por el impedimento de “la mujer casada”, a pesar de que se compruebe la carga biológica de paternidad (prueba de ADN). Ante este suceso es válida la pregunta: ¿Podríamos decir que el niño ha quedado restringido de su derecho a ser reconocido?

Entonces surge una inquietud jurídica susceptible de proceso judicial para el reconocimiento del menor en el cual se necesitará la negación de paternidad y/o impugnación de paternidad y no solo como un precedente probatorio, sino, que después de interponerse la demanda, la sentencia resulte a favor del marido. Como mencionamos líneas anteriores, la ley prepondera el matrimonio civil, que en muchos casos ya no existe, por



encontrarse en separación de cuerpos, sin percatarse del menor, que en este sentido, urge de reconocimiento de identidad.

La filiación busca una adecuación entre la verdad biológica, la relación jurídica y social, entre el padre y el menor.

“La casuística en materia de filiación nos muestra un razonamiento del juez en pro de buscar la adaptación entre la intimidad, relación matrimonial del padre o la familia y el derecho de identidad del menor, del cual no podemos presumir que carezca de familia. El juez, por ende, puede calificar la demanda de impugnación de paternidad o filiación extramatrimonial, sobre la base del caso en concreto y con los requisitos y pruebas presentadas que proponemos en la investigación por creer que la demostración de la realidad ante el órgano jurisdiccional prevalecerá sobre las presunciones legales. Entendiendo que no existirá ninguna vulneración a la institución del matrimonio porque el derecho a la identidad está estipulado en la Constitución, norma suprema del estado” (FLORES FLORES, pág. 8).

El interés superior del niño es altamente relevante en este punto, al respecto Rivero Hernández nos dice que: *“El interés del menor, es en efecto un estándar jurídico: un modelo de conducta o de actuación jurídico social que se adecua a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidad sociales” (RIVERO HERNÁNDEZ, 2000, pág. 67).*



El autor expresa que el interés superior del niño, como estándar jurídico, normado por la acción del juez inmiscuido en el proceso, y en la posterior sentencia, debe sin duda alguna, evaluar un sentido de protección a favor del menor en los determinados casos a fin de que el niño pueda obtener el mayor beneficio en su porvenir.

No podemos evitar mencionar, que el “interés superior del niño”, es el pilar fundamental en el accionar del Estado respecto a los derechos, deberes, protección y desarrollo del menor y de sus padres.

En conclusión podemos establecer que tanto el juez en su potestad jurisdiccional debe hacer prevalecer los derechos del menor reconocidos en los principios jurídicos nacionales e internacionales, y que respecto al derecho de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada, como se ha podido apreciar en la jurisprudencia peruana al respecto, en muchos casos la norma no se ajusta a la realidad tratándola de forma general, por consiguiente, el juez toma un adecuado sentido de razonamiento con apego al interés superior del niño y debe reconocer legalmente la verdad biológica y el vínculo filiatorio.

2.4. ACCIONES DE FILIACIÓN

2.4.1. Delimitación Conceptual de las Acciones de Filiación

La paternidad es de interés fundamental para el Estado, es por ello que se presta especial cuidado a las acciones de filiación dentro del derecho civil a



efectos de brindar la máxima seguridad y certeza a las relaciones de parentesco destinadas a proteger a la institución jurídica de la familia.

“Las acciones de filiación son acciones dirigidas a la afectación del estado civil del sujeto, pues sus resultados pueden variar completamente los atributos de la persona y su identidad personal, justificándose su denominación como acciones de estado” (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004, pág. 139).

Su importancia, en palabras de Luis Diez Picazo, está dada *“en la relevancia que adquiere en los momentos patológicos en los que se origina un conflicto o un litigio”* (DIEZ PICAZO, 1986, pág. 341).

“Las acciones y pretensiones de filiación están referidas al estado de familia y buscan el establecimiento del verdadero status filii o calidad de hijos a través de un emplazamiento (iniciado por quien lo carece) o un desplazamiento (cuando la filiación establecida no coincide con la real)” (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004, pág. 139).

Jorge Osvaldo Azpiri expresa que *“son aquellas que procuran obtener un pronunciamiento judicial para construir, modificar o extinguir un emplazamiento familiar”* (AZPIRI, Derecho de Familia, 2000, pág. 113).

En nuestro caso ubicamos este razonamiento en buscar el asentamiento de la pretensión de filiación con la afirmación jurídica de una realidad biológica probada por medio de una prueba científica.



“Las acciones de filiación buscan facilitar la adecuación entre la filiación como hecho y la filiación como relación jurídica” (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004, pág. 140).

Por medio de las acciones judiciales se procura la identificación de los vínculos de filiación.

“El fundamento de estas acciones reside en la prueba de un hecho; la correspondencia entre la verdad biológica (procreación) y el estado filial (situación de hecho). De allí que sea de la realidad biológica el que se establezca (determinación) o quede sin efecto (impugnación) el vínculo filiativo respecto del hijo y sus padres” (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004, pág. 140).

Concluimos que, las acciones de filiación buscan la adecuación entre la verdad formal y la verdad biológica

2.4.2. Características

De acuerdo con el jurista Enrique Varsi Rospigliosi, las acciones de filiación tienen las siguientes características: (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia "Derecho de la Filiación", 2013).

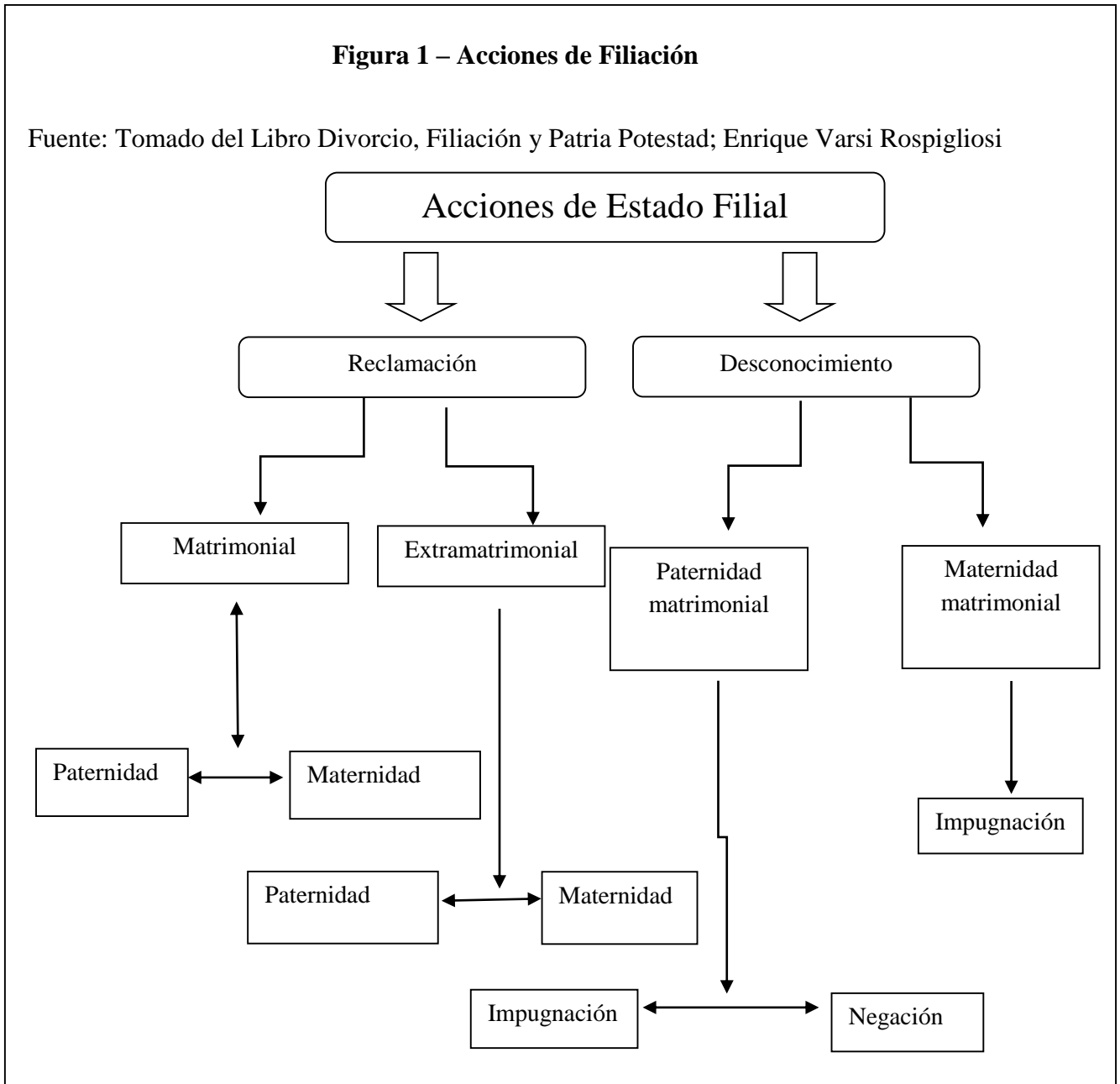
- a) Imprescriptibles.-** El tiempo no puede afectar el ejercicio del derecho de acción ni su procedibilidad y admisibilidad.
- b) Inalienables.-** No tienden a ser limitados, ni pueden ser susceptibles de restringir su único efecto de determinación del vínculo filial.



- c) **Personales.-** Porque la titularidad de la acción solo recae en el interesado en su declaración. Esta característica está perdiendo relevancia por no ser *intuitio personae*, al primar el interés de la verdad. Sin embargo, la tendencia actual es liberalizar la legitimidad de obrar.
- d) **Intransmisibles.-** Por tratarse de un derecho personalísimo.
- e) **Indisponibles.-** Por tratarse del reconocimiento de derechos propios, intransmisibles, e incapaces de encontrar solución a través de un medio alternativo de solución de conflictos.
- f) **Irrenunciables.-** Puede dejar de ejercitarse el derecho de acción pero el derecho mismo de reclamar o reconocer un vínculo filiatorio es propio al sujeto.
- g) **Eficacia Erga Omnes.-** Sus efectos son generales respecto a las personas que están vinculadas filiativamente, sentencia que involucra a todos sus sujetos procesales. “*Las sentencias derivadas de estas acciones tienen efecto erga omnes*” (SAMBRIZZI, 2010, pág. 537).
- h) **Declarativas.-** Por medio de la resolución judicial se reconoce la pretensión exigida declarándola positiva o negativa según la parte resolutive emitida por el órgano jurisdiccional.
- i) **Eficacia en su realización.-** Una vez reconocido legalmente el vínculo es posible el ejercicio de derechos propios del carácter jurídico del nuevo estatus, por lo tanto genera responsabilidad la relación de parentesco y la imposición de obligaciones que determinan el derecho de familia, menores y sucesiones.

2.4.3. Clases

Entre ellas tenemos las siguientes:



2.4.3.1. Acción de reclamación

“Se le conoce como la acción de declaración positiva o vinculación de estado civil. Es una acción de emplazamiento, se traduce en colocar a una persona en un determinado estado de familia; es decir busca establecer una filiación a quien no la tiene” (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004, pág. 141).

Es un acto de estado que busca la declaración de un vínculo de filiación que no se ostenta.

a. Matrimonial

“Se da a falta de una inscripción regular. Tales son los casos: inscripción sin mención a los padres, inscripción como hijo extramatrimonial de otras personas, inscripción como hijo matrimonial de otros” (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004, pág. 141).

Por medio de esta acción se establece que la filiación matrimonial opera cuando el hijo no cuenta con el estado de hijo matrimonial por lo que solicita ser declarado como tal.

b. Extramatrimonial

La doctrina muestra los parámetros necesarios para interpretar esta acción:



“Lógicamente es exigible al padre o a la madre, teniendo: (VARSI ROSPIGLIOSI, E., Tratado de Derecho de Familia “Derecho de la Filiación”, 2013).

- *Paternidad, acreditado los supuestos sociales o la vinculación genética.*
- *Maternidad, acreditado los supuestos biológicos o la vinculación genética.*

Esta proposición sustenta nuestra posición, la cual se refiere a que por medio de una prueba científica, con la declaración de voluntad del reconocimiento filial y la prueba indubitable de la separación de cuerpos, se busca la determinación y el reconocimiento del hijo extramatrimonial de la mujer casada (que no comparte vida en común pero mantiene el estado matrimonial).

2.4.3.2. Acciones de Desconocimiento

El jurista en familia, Enrique Varsi Rospigliosi nos dice que son las:

“Llamadas acciones de declaración negativa o de repudio filial. Es una acción de desplazamiento, es decir, busca dejar sin efecto la filiación de quien la goza fuera de los supuestos permitidos por ley” (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, 2004, pág. 142).

La doctrina diferencia la acción de negación y la de impugnación.

Tabla 4 – Diferencias de Acción de Negación e Impugnación

Negación	Impugnación
<ul style="list-style-type: none"> • Desconocimiento simple, repudio por negación o simple declaración perentoria 	<ul style="list-style-type: none"> • Desconocimiento riguroso
<ul style="list-style-type: none"> • El hijo de mujer casada no está amparado por la presunción <i>pater est</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • El hijo de mujer casada está amparado por la presunción <i>pater est</i>
<ul style="list-style-type: none"> • La prueba recae sobre el hijo y la madre 	<ul style="list-style-type: none"> • La prueba recae sobre el marido
<ul style="list-style-type: none"> • Destruye la presunción de paternidad matrimonial 	<ul style="list-style-type: none"> • Destruye la presunción de concepción dentro del matrimonio
<ul style="list-style-type: none"> • Se presume que el hombre no pudo tener relaciones sexuales con la madre durante la época de concepción. • No existe la presunción de paternidad, no hay una verdad biológica probable. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se presume que el marido tuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción. • Existe la presunción de paternidad hay una verdad biológica.
<p>Base Legal</p>	
<ul style="list-style-type: none"> • Art. 363, inc. 1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio • Art. 363, inc. 4. Cuando adolezca de impotencia absoluta 	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 363, inc. 2. Cuando sea imposible que haya cohabitado con su mujer en los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento del hijo • Art. 363, inc. 3. Cuando esta judicialmente separado durante el periodo <i>ut supra</i>; salvo cohabitación en dicho periodo

Fuente: Tomado del libro Tratado de Derecho de Familia; Enrique Varsi Rospigliosi (2013)

2.4.4. Acciones de Estado con Respecto a la Filiación Matrimonial

La familia es una institución social, jurídica y natural; se conoce que la persona tiene un padre y una madre, en derecho, debe ser manifiesto el vínculo paterno o materno filial, vínculo que tiene dos elementos, uno de hecho natural que alude a la procreación y otro legal, que habla del estado o título como instrumento que prueba la pertenencia familiar de una persona.

Así, en el caso de la filiación matrimonial, el estado está representado con la partida de nacimiento y la de matrimonio de los padres; y en el caso de los extramatrimoniales el estado está representado o por el reconocimiento o por la declaración judicial de paternidad.

Quien no se encuentre emplazado como familiar tiene a su alcance la acción de estado destinada a declarar que existen los presupuestos de vínculo, por ejemplo, el hijo que se considera como tal respecto de un matrimonio, demandará a sus presuntos padres matrimoniales para asumir la condición de hijo matrimonial; también se puede pretender la modificación del estado de familia de determinada persona por no coincidir con la realidad, por ejemplo, el marido de la mujer que alumbró un hijo y considera que no es suyo, puede accionar para hacer desaparecer ese estado de familia del hijo de su mujer que por la presunción legal estaría gozando de la calidad de hijo matrimonial.

Existiendo el vínculo matrimonial y habiendo hijo nacido en él pero que no goza de tal calidad, este puede reclamar su estado; también quien no se



considerare progenitor de un determinado hijo puede impugnar el título, entonces estamos ante acciones de reclamación y de impugnación.

En la reclamación la pretensión será el reconocimiento de la filiación matrimonial, y en la de negación o impugnación la pretensión será la negación de la paternidad.

En torno a la filiación legítima, pueden intentarse acciones diversas, que según el sujeto que niegue o impugne determinado estado, o que, por el contrario se reclame el título para quien debe tenerlo pero no goza de él.

Estas acciones son:

- a) De contestación (negación o desconocimiento de la paternidad, impugnación de la paternidad, impugnación de la maternidad, impugnación de “legitimidad”, repudio de filiación).
- b) De reclamación (de la paternidad, de la maternidad, de la “legitimidad”, de la filiación).

2.4.4.1. Acciones de contestación

Son las acciones que pretenden extinguir la situación jurídica que no le pertenece a un individuo, por ejemplo, la filiación del hijo extramatrimonial que goza de la calidad de hijo matrimonial. La ley faculta al marido intentar las acciones para contestar la negación de tal situación.



Max Mallqui Reynoso nos dice que *“en la doctrina se distingue la negación o desconocimiento de la paternidad y la impugnación de la paternidad. La negación o desconocimiento de paternidad, se da cuando el hijo tenido por la mujer casada no está amparado por la presunción pater est, de tal modo que el marido solo se limita a expresar que el hijo no es suyo. De esta manera le corresponde probar lo contrario a la madre y al hijo”* (MALLQUI REYNOSO, 2002, pág. 740).

Por su lado, la acción de impugnación de paternidad corresponde al marido (que niega el parentesco sanguíneo con el hijo) cuando el hijo tenido por la cónyuge se halla tutelado por la presunción *pater est*, es decir, nació después de los 180 días de celebrado el matrimonio y antes de los 300 días de disuelto este, le corresponderá al marido la carga de la prueba.

2.4.4.2. Contestación de la paternidad

Se requiere diferenciar la negación de la impugnación, siguiendo a Alberto Hinostroza Mínguez *“la primera se da cuando el hijo alumbrado por mujer casada no se halla protegido por la presunción pater is quem nuptiae demostrant, por lo que el marido solo se limita a negarlo, debiendo la mujer probar el sentido contrario”* (HINOSTROZA MINGUEZ, 1999).



La acción de impugnación es básicamente la acción dirigida a obtener una declaración que niegue la paternidad atribuida respecto de determinada persona, que se da cuando el marido no considera como suyo al hijo nacido bajo la presunción de paternidad, es decir nacido después de los 180 días de celebrado el matrimonio y antes de los 300 días de terminado este, y tiene como finalidad cortar la situación jurídica, es así que, la ley le faculta al marido intentar las acciones para contestar, negar o impugnar tal situación jurídica.

“Si el marido basa su acción en el hecho de haber nacido el hijo antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, debería probar la fecha de dicha celebración y la del nacimiento; si basa su acción en el hecho de que el hijo nació después de los 300 días de la disolución y anulación, según el caso, y la del nacimiento; si funda su acción en el hecho de que el hijo fue concebido durante un periodo de separación legal: entonces debería probar la fecha de la separación y del nacimiento lo cual puede hacerlo con las partidas y sentencias correspondientes. En cambio la madre o el hijo a través de su representación legal deberían probar que a pesar de haber nacido en tales circunstancias, es el marido el verdadero progenitor”
(HINOSTROZA MINGUEZ, 1999).

La prueba determina la distinción de ambas acciones recayendo ésta en la mujer en el caso de hallarse la presunción pater est y recayendo la carga de la prueba en quien afirma los hechos tratándose de la acción de



negación o desconocimiento, y sobre el marido en la impugnación de paternidad.



CAPITULO III

DERECHO DE IDENTIDAD

3.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Los derechos fundamentales son los inherentes a la persona, reconocidos por el derecho positivo y tutelado en sede procesal. El derecho a la identidad es un derecho fundamental de la persona, considerado como bien jurídico por el ordenamiento constitucional vigente y tutelado por el derecho objetivo.

La constitución en su artículo 2 inciso primero lo manifiesta “*Toda persona tiene derecho a: (...) su identidad (...)* Entre los derechos fundamentales de la persona la constitución señala todos los incluidos en su artículo 2, y respalda los futuros tal como lo indica su artículo 3. El derecho a la identidad es un derecho humano que determina la esfera íntima de una persona la cual contará con un nombre, una identidad, un origen, una ascendencia, una nacionalidad, cultura, y demás elementos subjetivos.



La identidad de la persona permite la distinción individual y colectiva de los sujetos ya sea por características físicas, psíquicas, morales; estas características propias deben ser reconocidas por todos los hombres para poder individualizarnos y ser reconocidos en la sociedad.

3.1.1. Antecedentes

Las características y atributos personales que son heredados por los genes y los contextos histórico-sociales en los cuales los hombres se hallan en el transcurso natural del tiempo, definen el comportamiento y la moral de cada quien.

La identidad como derecho fue reconocida en 1989 al incorporarse a la Convención de Derechos del Niño. Este convenio internacional obliga al estado a hacer valer el derecho de los niños y garantizar la preservación de su identidad; a que lleven un nombre y apellido, al reconocimiento de una nacionalidad, al cuidado de sus relaciones de familia, conforme a la ley.

Este derecho de identidad según el Pacto de San José de Costa Rica no se suspende ni siquiera ante graves emergencias como guerras o peligros públicos, parte del derecho natural que por criterio de goce y necesidad se positiviza en los ordenamientos constitucionales, y en los tratados internacionales.

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad *“puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en*



sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende; entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia”. La Corte manifiesta la existencia del “derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad”.

Así mismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que el derecho a la identidad *“es un derecho humano el cual se encuentra correlacionado con otros derechos como: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios que disponga para hacerlo efectivo”* (MELENDEZ GARCIA, 2013).

Todo individuo tiene derecho a la identidad personal para reconocerse como parte de la humanidad, miembro de un pueblo y sujeto de derechos, por lo tanto para ser titular de derechos que defiendan su personalidad y protejan su dignidad por ser fines supremos de nuestro estado.

3.1.2. Derecho de Identidad

El derecho a la identidad es importante por atribuírsele jurídicamente a una persona la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, este reconocimiento es realizado sobre el fundamento de libre desenvolvimiento del



individuo dentro del proceso de interacción social, implicando que el estado tiene la obligación de hacer respetar esta condición humana.

Recordemos que la identidad es posible por los atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, admitiendo que cada cual sea uno mismo, dentro de estas características está la identidad filiatoria paterna o materna, que mantiene la unidad familiar y la inclusión en las relaciones sociales.

La identidad personal, desarrollada por el proyectista del Libro de Personas del Código Civil de 1984, Carlos Fernández Sessarego, *“es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, permitiendo que cada cual sea uno mismo y no otro. De esta manera el sujeto tiene derecho a que se le conozca y defina en su verdad personal, tal cual es, sin alteraciones, desfiguraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalización de sus atributos (...) que lo distinguen de los demás”* (FERNANDEZ SESSAREGO, Derecho a la Identidad Personal, 1992, pág. 115).

La identidad personal no concluye con los caracteres externos que conforman signos distintivos, también incluyen un conjunto de valores internos que definen la personalidad de cada sujeto, atributos, pensamientos, dones, cualidades, que son comportamientos de fácil percepción social. Plantea que cada persona no sea negada de la proyección social de su esencia personal.



En conclusión, todo individuo tiene derecho a ser reconocido como único y parte del resto, como elemento de la sociedad pero de libre desenvolvimiento dentro de ella.

3.1.3. Identidad Filiatoria

“Y es que la identidad filiatoria es la que surge del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres” (CIFUENTES, 1995, pág. 606).

De Cupis, precursor académico del estudio de la identidad filiatoria, refiere que las identidades al ser de sí mismo con sus propios caracteres y acciones, constituyen la verdad de la persona, y ponen en especial detalle a la identidad filiatoria, paterna o materna que será necesaria para que la persona pueda posicionarse en la sociedad.

3.2. EL NOMBRE COMO ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD

Junto con la doctrina definiremos este atributo de identidad:

Guillermo Cabanellas se refiere a él como *“la palabra o vocablo que se apropia, que se da a alguna cosa o persona para diferenciarla y distinguirla de las demás”* (CABANELLAS, 1946, pág. 342).

Para Ciocco y Sánchez Urite *“el nombre individualiza a la persona dentro de la masa de sus semejantes. El nombre es, pues, la designación exclusiva que permite*

mencionar individualmente a la persona; también se lo ha definido como el modo de identificación de una persona dentro de la sociedad en que vive” (CIOCCO, 1970, pág. 16).

Para Cesar Augusto Abelenda *“cada persona representa, como miembro de una sociedad jurídicamente organizada, un centro de imputaciones de derechos y deberes, y como es necesario que ese centro aparezca con toda nitidez, se le asigna un nombre o vocativo personal, con cuya sola expresión aparece” (ABELENDA, 1980, pág. 425).*

Para las personas naturales como jurídicas existen ciertas atribuciones que se unen a su naturaleza o esencia, de tal modo que resultan inseparables, siendo a la vez derechos y deberes, pueden gozar de sus beneficios, estos son irrenunciables. No se pierden por el paso del tiempo, son imprescriptibles, ni tampoco pueden embargarse ni transferirse a otras personas, son personalísimos e indisponibles.

3.2.1. El Nombre en el Código Civil

Artículo 19°. “Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos”.

No se ha encontrado antecedente para el presente artículo salvo una tenue mención en el Código Civil de 1936, que lo sostiene como una novedad. Por el articulado civil se establece que el nombre constituye un derecho y un deber de toda persona; la doctrina para dilucidar este asunto parte de la concepción jurídica subjetiva que lo cuadra como un estatus de la persona frente al derecho, de la cual se derivan derechos subjetivos.



Partiendo de esta premisa sugerimos que una persona titular de un derecho subjetivo obtendrá de manera implícita un deber, que se deriva del ejercicio de su facultad. Sin embargo, dicho deber no actúa como un límite frente al derecho subjetivo, puesto que ellos no son ejercidos de manera simultánea, es decir, actúan bajo diferentes circunstancias.

Escobar Rojas afirma que *“podemos encontrarnos frente a situaciones jurídicas de poder (como el derecho subjetivo), o de deber (como el deber jurídico); pero no se pueden dar ambas simultáneamente. Existe un derecho al nombre y aparte un deber al nombre, es decir, una situación jurídica de desventaja, pero resulta imposible que ambas se fusionen en una sola”* (ESCOBAR ROJAS cit. ESPINOZA ESPINOZA, 2003, pág. 186).

La norma civil trata, o intenta, referirse al nombre como expresión genérica de los sujetos, incluyendo sus apellidos. Que en los términos utilizados o en el orden de redacción, no expresan la idea que tal vez hubiera querido el legislador, partiendo de nuestros conceptos recogidos de la doctrina, tenemos entendido que el nombre como unidad, comprende el prenombre y los apellidos.

Con respecto a este asunto, Carlos Fernández Sessarego señala que: *“El nombre comprende el prenombre y los apellidos. Se estimó que así se podría distinguir con sentido didáctico el todo que es el nombre, de sus componentes, o sea, el prenombre y los apellidos”* (FERNANDEZ SESSAREGO, Derecho de las Personas, 9° edición, 2004, pág. 104).



Podemos reconocer que el artículo en tratamiento no establece el límite relativo al número de prenombrados y a su manera de designarlos, dejando a criterio del registrador civil la cuantía de los prenombrados, de misma manera la calidad de los mismos no cuenta con un parámetro que indique si un nombre puede o no ser idóneo o extravagante.

Esta situación es acrónica pues el artículo 33°, derogado por el artículo 1° del decreto supremo N° 016 – 98, indicaba que *“la persona no podrá tener más de dos prenombrados. No podrá ponerse prenombrados que por sí mismos o en combinación con los apellidos resulten extravagantes, ridículos, irreverentes, contrarios a la dignidad o al honor de la persona, así como al orden público o a las buenas costumbres, que expresen o signifiquen tendencias ideológicas, políticas o filosóficas, que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se pretende poner, o apellidos como prenombrados”*.

Creemos que en la actualidad la importancia de regular este asunto es menester de los legisladores puesto que de lo contrario y en palabras de Carlos Fernández Sessarego *“la ausencia de una debida y oportuna regulación del derecho de los padres a determinar el prenombre de los hijos podría conducir en el futuro a incrementar situaciones intolerables para la persona, las que han de generar frecuentes acciones destinadas a obtener el cambio de aquellos nombres de pila que no contribuyen, precisamente, al equilibrado y sereno desarrollo de la personalidad o la función individualizadora propia de la institución”* (FERNANDEZ SESSAREGO, 2004, pág. 104).

En conclusión, el nombre no debe ser entendido como un derecho y un deber al mismo tiempo, sino como consecuencia de un derecho subjetivo nace un deber jurídico. Y en cuanto a la falta de legislación sobre la cantidad y forma del nombre, seguimos contando como fuente, de esta particularidad del derecho, a la doctrina, dejando la posibilidad al legislador de interceder en la positivización del nombre.

3.2.2. El Nombre en el Código de los Niños y Adolescentes

En el Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337, apreciamos que el nombre se ubica en el Libro Primero – Derecho y Libertades, Capítulo I – Derechos Civiles, artículo 6° - A la identidad que a la letra dice: *“El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad”*.

El Estado por medio de sus instituciones públicas y la administración estatal reservan la inscripción e identidad de los niños y adolescentes; sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad.

3.3. EL DERECHO DE IDENTIDAD A NIVEL CONSTITUCIONAL

En nuestra Constitución Política encontramos el Derecho de Identidad en el Título I, De la Persona y de la Sociedad, Capítulo I, Derechos Fundamentales de la



Persona, artículo 2º Derechos fundamentales de la persona, inciso 1 que a la letra dice: toda persona tiene derecho: *“A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”*.

La doctrina peruana despliega un concepto, que *“cada persona, es idéntica a sí misma, no obstante que todos los seres humanos son iguales. La igualdad radica en que todas las personas, por ser tales, comparten la misma estructura existencial en cuanto son "una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad". Es la libertad la que, al desencadenar un continuo proceso existencial autocreativo, hace posible el que cada persona desarrolle -dentro de las opciones que le ofrece su mundo interior y su circunstancia - su "propio" proyecto de vida, adquiera una cierta personalidad, logrando así configurar "su" identidad. La identidad es, precisamente, lo que diferencia a cada persona de los demás seres humanos, no obstante ser estructuralmente igual a todos ellos. Es, pues, el derecho a ser "uno mismo y no otro" (FERNANDEZ SESSAREGO, Derecho a la Intimidad Personal, 1992).*

3.3.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al Derecho de Identidad

3.3.1.1. EXP. N° 2273-2005-PHC/TC LIMA

El presente recurso de agravio constitucional interpuesto por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra la sentencia de la Sala Penal Superior de Emergencia para Procesos con Reos Libres de la Corte



Superior de Justicia de Lima, de fojas 73, su fecha 2 de marzo de 2005, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

Con fecha 9 de febrero de 2005, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas interpone demanda de hábeas corpus contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), tras considerar que al denegarle el otorgamiento de un duplicado correspondiente a su Documento Nacional de Identidad (DNI) se vulneran sus derechos constitucionales a la vida, a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar y a la libertad personal.

Manifiesta que la emplazada no le otorga el duplicado de su DNI N.º 19327439 desde hace más de 4 años, no obstante haber cancelado los pagos correspondientes para tal expedición, y que tampoco ha emitido resolución alguna en la que señale los motivos por los cuales no le ha entregado el duplicado en referencia; por el contrario, los funcionarios de la entidad demandada le indicaron, en forma verbal, que su identidad se encontraba cuestionada, siendo necesario que presente su Partida de Nacimiento, requerimiento que oportunamente cumplió. Sin embargo, y pese a ello, le han continuado denegando el duplicado correspondiente. Expresa, además, que en el año 1989 interpuso una demanda judicial sobre Rectificación de nombre y, como consecuencia de ello, el Poder Judicial dispuso la rectificación de su nombre, conforme está acreditado en el Acta de Nacimiento emitida por el Jefe del Registro Civil del Distrito de Guadalupe, Departamento de La Libertad. Con dicha acta es



que se apersonó a la entidad demandada con la finalidad de que se consignen sus nombres rectificadas judicialmente, razón por la cual se le entregó el DNI N.º 19327439, cuyo extravío ha originado el que tenga que tramitar el duplicado que, sin embargo, ahora se le niega.

En efecto, en el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que la autoridad administrativa no puede pretender ampararse en el hecho de tener la calidad de titular del Registro Único de Identificación para no emitir el correspondiente documento de identidad a favor de la parte actora. En efecto, si la emplazada consideraba que en el procedimiento que iniciara la parte demandante en junio del año 2001 –nueva rectificación del nombre de Manuel Jesús, según se aprecia a fojas 24– requería verificar, necesariamente, los nuevos nombres contenidos en la partida de nacimiento (rectificados por mandato judicial), resulta irrazonable que a la fecha de interposición de la presente demanda –9 de febrero de 2005– dicho trámite no haya concluido con la expedición del documento de identidad que le corresponda, o la emisión de una resolución administrativa que motive las razones de su rechazo.

No debe perderse de vista que, si bien es cierto, la administración ha actuado con arreglo a ley, pues conforme al inciso 4) del artículo 67º, y el artículo 77º de la Ley N.º 14207, está permitida la depuración del registro electoral por inscripciones múltiples, en cuyo caso, **sólo la primera inscripción conservará su validez**, cancelándose todas las demás, sin embargo, **la parte demandante cuenta con una decisión**



judicial que ha permitido la modificación de los nombres consignados en su partida de nacimiento –no cuestionada en autos– según consta en la copia que corre a fojas 5, mandato **que ha adquirido la calidad de cosa juzgada** y que se encuentra vigente; en consecuencia, la inscripción realizada el 24 de mayo de 1976 como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas está vigente, lo único que ha variado es el nombre a “Karen Mañuca”, quedando inalterables los demás elementos identitarios (sexo, fecha de nacimiento, etc.) contenidos en la inscripción original.

Comentario del Caso:

Como podemos apreciar en el EXP. N° 2273-2005-PHC/TC LIMA se reclama la expedición de un duplicado del Documento Nacional de Identidad con los datos actualizados que venía registrando la parte demandante, quien anteriormente había poseído un documento sustentado en una inscripción registral que por razones que –según alega– desconoce, ha sido dejada sin efecto por parte de la entidad emplazada.

En la presente causa se aprecia que la parte demandante obtuvo dos inscripciones en fechas diferentes, ante el Registro Electoral, bajo distintos prenombrados, según consta a fojas 22 y 26 de autos (la primera, el 4 de mayo de 1976, como Manuel Jesús; y la segunda, el 26 de junio de 1989 como Karen Mañuca), y que cuenta con un mandato judicial a



su favor de rectificación, únicamente de nombres, de fecha 22 de marzo de 1989, mediante el que se modificaron los nombres consignados en su partida de nacimiento –fojas 5–. Sin embargo, con fecha 24 de mayo del 2000, y en virtud de un proceso de depuración del padrón electoral, se canceló la segunda inscripción y registro de la parte actora, en aplicación del artículo 67º, inciso 4) de la Ley N.º 14207 –depuración de las inscripciones múltiples– a fin de evitar una multiplicidad de éstas.

En todo caso, importa señalar que el Tribunal Constitucional no desconoce las competencias con que cuenta la emplazada. En efecto, si bien es cierto, las autoridades del RENIEC gozan de facultades para efectuar fiscalizaciones en los registros a fin de detectar irregularidades o duplicidad de inscripciones, en su calidad de Titular del Registro Único de Identificación, conforme a lo dispuesto por los artículos 176º y 177º de la Carta Magna, sin embargo, lo que no puede hacer es ejercer dichas atribuciones en forma lesiva a los derechos fundamentales a la dignidad e identidad, como ha ocurrido en el caso de autos debido al excesivo tiempo transcurrido.

Es por ello que el Tribunal Constitucional, declaró fundada la demanda de habeas corpus y ordenó a la RENIEC otorgar a la parte demandante el duplicado de su DNI con el nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, manteniendo la intangibilidad de los demás elementos identitarios.



Aunque el concepto de identidad había sido ya desarrollado por el Tribunal Constitucional, las especiales características del expediente condujeron a la determinación por parte del colegiado de tomar este como sustento para ampliar los criterios referentes no sólo a la dignidad y a la identidad, sino a su vez, hacer énfasis en el carácter gravitante que posee el DNI, como instrumento destinado, en primer lugar, a la identificación de la persona y, a su vez, expresado como sustento para el ejercicio de una gama de derechos, a través de los cuales la persona puede desarrollar su proyecto de vida.

3.3.1.2. Casación N° 2726-2012-DEL SANTA

El presente recurso de casación, mediante resolución emitida el 2 de agosto de 2012 por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, obrante a folios 33 del cuadernillo de casación, ha sido declarado procedente por la causal de Infracción normativa de derecho material del artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Estado; alegando, que se ha vulnerado el dispositivo denunciado que consagra el derecho que tiene toda persona a su identidad; y en el caso de autos, la recurrida ha establecido que quien debe hacer valer su derecho de impugnación a la paternidad es la menor de iniciales M.L.G.C. a través de su representante legal, y no el actor; sin embargo la citada sentencia se olvida que obra como medio probatorio acompañado, el Expediente número 202-2007 sobre demanda de Impugnación de Paternidad Extramatrimonial promovido por Eva



Elvira Cárdenas Rosales en calidad de madre y representante legal de la menor antes aludida en contra de Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y otro; el mismo que fue rechazado liminarmente por el Juzgado Mixto de Huarmey al declarar improcedente la demanda. Del mismo modo se ha inobservado los parámetros establecidos en la sentencia casatoria de este mismo expediente, de fecha 7 de octubre del 2012, señalando que en el presente caso se encuentran inmersos los derechos de una menor, no sólo de identidad, sino de varios derechos conexos que merecen un mayor análisis en observancia del principio superior del niño. Finalmente refiere, que es a través de esta acción judicial que busca otorgar la verdadera identidad a la menor, quien conoce perfectamente de la realidad y considera al recurrente como su padre, ya que viven juntos con toda su familia.

Que, examinado el presente proceso para efectos de determinar si al emitirse la incurrida se ha incurrido en una infracción normativa material en los términos denunciados, es necesario realizar las precisiones que a continuación se detallan.

Que, a fojas nueve Nolberto Hugo Roca Maza interpone demanda sobre impugnación de reconocimiento de paternidad contra Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y Eva Elvira Cárdenas Rosales, solicitando como pretensión principal impugnar el reconocimiento de paternidad efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C.; como pretensiones accesorias peticiona, primero:



se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C; y segundo: se declare la paternidad de la menor indicada a favor del recurrente en calidad de padre biológico, ordenándose su inscripción en la correspondiente Partida de Nacimiento, alegando que producto de una relación extramatrimonial existente entre el recurrente y la codemandada Eva Elvira Cárdenas Rosales, procrearon a la menor de iniciales M.L.G.C., quien nació el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, siendo reconocida por el codemandado Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, cónyuge en ese entonces de la codemandada. Practicada la prueba de ADN se concluye en un 99.9999999845% que el recurrente es el padre biológico, siendo necesario que la menor de iniciales M.L.G.C. goce del derecho de su verdadera filiación e identidad, derechos consagrados en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ya que lo contrario importaría una grave afectación de los derechos sustanciales de la menor.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, declaro FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza, CASARON la resolución impugnada; en consecuencia DISPUSIERON la publicación de la resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad.

**Comentario del Caso:**

El derecho a la identidad del menor es, en algunos casos, superior a las bases del Derecho Civil. Precisamente, atendiendo el interés superior del niño, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema señaló a través de ésta jurisprudencia, declarando fundado el recurso de casación interpuesto por el padre biológico, por lo tanto, no siempre son aplicables los artículos 396 y 404 del Código que protegen la presunción de paternidad.

Así fue resuelto el caso que recogía la Casación N° 2726-2012-DEL SANTA, correspondiente a la pareja de la madre que, pese a no negar la paternidad del hijo de un tercero, esta le fue reconocida judicialmente al padre biológico.

3.3.1.3. EXP. N.° 04509-2011-PA/TC

El presente recurso de agravio constitucional interpuesto por don Estalin Mello Pinedo contra la sentencia expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 234, su fecha 15 de julio de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos.

Con fecha 13 de enero de 2010, el recurrente interpone acción de amparo contra el Primer Juzgado de Paz Letrado del Distrito de Tarapoto, a fin de que se declare nulo todo lo actuado hasta la notificación del mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial en el proceso



sobre filiación extramatrimonial iniciado en su contra por doña Gianinna Lozano Pérez, en representación de la menor P.N.M.L. (Exp. N° 524-2008).

Conforme aparece del petitorio de la demanda, el presente proceso constitucional se dirige a que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso sobre filiación extramatrimonial iniciado contra el demandante por doña Gianinna Lozano Pérez, en representación de la menor P.N.M.L. (Exp. N° 524-2008), toda vez que según alega el demandante no ha sido notificado válidamente en tanto no se encontraba en el país durante el periodo en que se sustanció el citado proceso. Alega la vulneración de sus derechos al debido proceso y a la defensa y solicita retrotraer el citado proceso hasta el momento de la notificación del mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

De la pretensión contenida en los autos se aprecia que el debate se centra en el cuestionamiento de un proceso en el que, según afirma el demandante, se le ha colocado en total indefensión, al haberse tramitado a sus espaldas y lo que es más delicado, habersele asignado una condición de paternidad que en ningún momento tuvo la posibilidad de cuestionar o debatir.

Al margen de las consideraciones precedentes que advierten a este Colegiado de una evidente legitimidad en el reclamo planteado, el presente caso, sin embargo, presenta un ingrediente especial que



tampoco puede pasar inadvertido y que se refiere al estatus especial en el que pueda encontrarse aquella menor reconocida judicialmente con una determinada identidad a título de un proceso que según se ha dicho, es irregular y cuyas consecuencias puedan acarrearle un evidente perjuicio. Ello, a juicio del Tribunal Constitucional, obliga a que la presente causa, con independencia de su resultado favorable, tenga que ser vista de una manera muy particular.

Considera, al respecto, este Colegiado que en el supuesto examinado y aun cuando ha quedado plenamente acreditado el agravio de los derechos de la parte recurrente, no se puede tampoco y sin más desproteger los derechos constitucionales de la menor P.N.M.L. en cuanto beneficiaria de la declaración judicial de paternidad ya que ello podría resultar particularmente pernicioso en relación con su derecho a la identidad. En tales circunstancias y a efectos de obrar en forma adecuadamente previsoramente, esto es, compatible con el control de intensidad, deberá suspenderse los efectos nulificantes que pudieran recaer específicamente sobre el reconocimiento de paternidad ordenado en el proceso subyacente (Resolución N° 2, del 3 de octubre del 2008), hasta que culmine el nuevo trámite de dicho proceso, pues el efecto retroactivo de la presente decisión constitucional necesariamente implicará que el juez reanude los actos de notificación del mandato judicial de paternidad, siendo evidente que se mantendrá la expectativa de que se demuestre la filiación de la menor. Mientras ello se dilucide,



la menor favorecida con la declaración del citado proceso tendrá plenamente garantizado su derecho a la identidad.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

Resolvió declarar FUNDADA la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho al debido proceso de don Estalin Mello Pinedo, debiéndose retrotraer el proceso al estado respectivo a fin de notificar el mandato judicial de paternidad obrante a fojas 11 del expediente sobre filiación extramatrimonial (Exp. N° 524-2008).

Suspender los efectos nulificantes sobre la Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial de la menor P.N.M.L. (Resolución N° 2, del 3 de octubre del 2008), debiendo garantizarse su derecho a la identidad, bajo expresa responsabilidad de las autoridades judiciales que conozcan y resuelvan el proceso de filiación extramatrimonial reiniciado por efecto del mandato contenido en esta sentencia y hasta que éste quede concluido.

Comentario del Caso:

En la STC del Exp. N.º 04509-2011-PA/TC (Caso Estalin Mello Pinedo), con motivo de una demanda de amparo interpuesto con el fin que se declare nulo el proceso de filiación extramatrimonial, que declaró la paternidad del actor respecto de un menor de edad, alegando éste que no se le notificó el mandato judicial de paternidad y resoluciones



posteriores; la Sala Primera del TC declaró fundada la demanda y ordenó retrotraer el proceso hasta la notificación del mandato judicial de paternidad, luego de verificar que se había afectado el derecho de defensa del actor por habersele notificado bajo puerta cuando se encontraba fuera del país. Sin embargo -dispuso suspender los efectos de la nulidad de la declaración de paternidad a fin de garantizar el derecho a la identidad de la menor de edad que resultó favorecida con ésta, hasta que culmine el proceso.

Cuando se declara la nulidad de un proceso, lo lógico y natural es que cesen los efectos que este hubiere provocado, pero con ésta sentencia, el Tribunal Constitucional, a la luz del caso concreto, actuó en modo contrario. No obstante tratarse de una sentencia controvertida, estamos de acuerdo con lo resuelto porque preservar la declaración de paternidad, pese a la nulidad de todo lo actuado en el proceso ordinario, es una medida idónea, necesaria y proporcional para evitar que el derecho a la identidad del menor de edad se vea sometido al vaivén del proceso, no teniendo él porque verse perjudicado en asuntos que no le son propios. Si correspondía reanudar el proceso, no nos queda duda que lo menos perjudicial al menor, era mantener su derecho a la identidad, hasta las resultas del proceso ordinario.

3.3.1.4. EXP. N° 04305-2012-PA/TC

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Melina Arabela Lantarón Abuhadba contra la resolución de fojas 129, de fecha 22 de



agosto de 2012, expedida por la Sala Mixta de Abancay de la Corte Superior de Justicia de Apurimac que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

Con fecha 21 de febrero de 2012, la recurrente interpuso demanda de amparo contra el juez del Juzgado de Familia Transitorio de Abancay, señor César Almanza Barazorda, y el señor Manfred Hernández Sotelo. Solicita que se declare inaplicable la resolución de fecha 5 de enero de 2012, la cual declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa y nulo todo lo actuado, disponiendo la conclusión del proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial seguido en contra de Manfred Hernández Sotelo.

La recurrente señala que producto de la convivencia, por más de diez años, con el señor Manfred Hernández Sotelo, procrearon a su hija de iniciales M.L.A. nacida el 20 de octubre de 2002, la que falleció el día 21 del mismo mes. Sostiene que la neonata no fue inscrita con el apellido de su progenitor y que, posterior a ello, ha tenido que asumir diversos procesos en su contra, dado que los restos de su hija se encontraban reposando en el mausoleo familiar de la sucesión Abuhadba Hani, sobre el cual, en principio, no le asiste ningún derecho. Señala que ante esta situación los gastos deben ser asumidos por ambos progenitores, habiéndose demandado al señor Manfred Hernández Sotelo en el proceso sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial a los efectos que pueda realizarse la inscripción extemporánea con el apellido



del progenitor. Sin embargo, refiere que este se apersonó al proceso deduciendo excepción de falta de legitimidad para obrar activa, argumentando que se trata de un derecho de carácter personalísimo.

Agrega que el Juzgado ha declarado fundada la excepción propuesta sin tener en cuenta que su hija tiene el derecho a la identidad, el cual se encuentra reconocido en nuestra legislación y en los instrumentos internacionales, así como el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, debiendo aplicarse la norma constitucional frente a la norma ordinaria. Finalmente, indica que el reconocimiento que se pretende, tiene por objeto darle el nombre correspondiente a su hija, a los efectos que el demandado asuma los gastos fúnebres de la niña.

El demandado Manfred Hernández Sotelo contesta la demanda alegando que la demandante adolece de legitimidad para obrar, ya que la acción incoada no se transmite a los herederos del hijo fallecido. En consecuencia, refiere que ha cesado el ejercicio de la representación en el instante en que murió su hija.

El Juzgado Mixto de Abancay declaró improcedente la demanda de amparo al considerar que, según el artículo 61 del Código Civil, al momento en que la menor de iniciales M.L.A. falleció se puso fin a su condición de sujeto de Derecho, no pudiendo considerársele como titular de derechos e intereses.



A su turno, la Sala revisora confirmó la apelada al considerar que el derecho a la identidad será tutelado si es que preexiste el derecho a la vida.

Mediante recurso de agravio constitucional la demandante reitera que el objeto principal de su demanda consiste en que el progenitor asuma los gastos funerarios de la hija de ambos, recalcando que no pretende "que se declare fundada la filiación de paternidad extramatrimonial" (sic), sino que se otorgue el derecho de identidad a la menor fallecida.

Comentario del Caso:

En el presente caso, observamos que la madre pierde el derecho de solicitar una declaración de paternidad cuando su hijo ha fallecido y, por tanto, no es aplicable en su situación el artículo 407 del Código Civil. Así lo sentó el Tribunal Constitucional al declarar improcedente ésta demanda interpuesta por Melina Arabela Lantarón Abuhadba, ya que exigía a su expareja el acto de reconocimiento de paternidad extramatrimonial sobre su hija recientemente fallecida.

La alta judicatura sostuvo en este expediente que aquél reclamo era inatendible, pues la declaración corresponde por derecho al hijo y no es transmisible a otros cuando este fallece.

3.4. DERECHO A LA IDENTIDAD A NIVEL SUPRA NACIONAL

3.4.1. Convención Sobre Los Derechos Del Niño

El artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que *“el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de los posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*.

El artículo 8° manifiesta que *“los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares (...)”*. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

El artículo 29° en el inciso 1, los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: literal c, inculcar al niño al respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores (...)

Otros artículos, como el 30, ahondan en el derecho de identidad al señalar que *“en los Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”*.



Desde el momento del nacimiento los niños y las niñas necesitan forjarse una identidad y para ello, el primer paso es la inscripción del nacimiento en la oficina de registro civil y de esa forma contar con un nombre y una nacionalidad.

El registro civil universal del estado es la base para que las personas accedan a todos los demás derechos en la vida, además, el registro es un elemento esencial en la planificación nacional y políticas públicas a favor de la infancia porque ofrece datos sobre los cuales diseñar estrategias.

A partir de la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la concepción de la infancia cambió la forma como el mundo veía a los recién nacidos, menores e infantes, estableciendo como prioridad el Interés Superior del Niño, desde entonces es tratado por ciertos doctrinarios en Derecho de Familia como un principio.

Hoy en día, los niños son reconocidos como sujetos de derecho, es decir, que tienen igualdad de condiciones que los adultos para defender sus derechos.

Uno de los derechos más importante que reconoce la Convención es el Derecho a la Identidad, que le brinda al niño la posibilidad de tener un lugar y sentido de pertenencia, jactarse de una cultura, costumbres, hábitos, tradiciones y formas de vida particulares de su región.

Desde el momento en que nace, el niño tiene derecho a un nombre y apellidos, a una nacionalidad y a los vínculos familiares que le permita construir su existencia sintiéndose parte de la humanidad.



CAPITULO IV

PRESUNCIONES LEGALES DE PATERNIDAD

4.1. ANTECEDENTES

“Desde la normativa romana se establecieron ciertas presunciones que el juez tomo en cuenta por medio del examen de circunstancias, hechos conocidos o indicios a fin de determinar la paternidad. Estas perduraron hasta nuestros días ahondando al código de 1984 en un sistema cerrado de paternidad hasta que se incorporó la prueba de ADN en la búsqueda parental. En la filiación extramatrimonial no valen las presunciones legales como si sucede en la filiación matrimonial, solo las presunciones hominis que permiten establecer la relación en particular que evidencia la paternidad o maternidad” (VARSI ROSPIGLIOSI, 2013).

Las presunciones son supuestos que la ley da por cierto erga omnes; como su nombre lo cita, es algo que se pre-asume. En este caso, la presunción de paternidad puede

ser definida como: el vínculo filial que la norma atribuye de manera automática a todos los hijos nacidos dentro del matrimonio.

Resulta evidente el nexo de la presunción de paternidad con el matrimonio, que deduce que el padre de todos los hijos que llegue a tener una mujer casada son de su esposo aun cuando no exista la cohabitación o la convivencia.

4.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PRESUNCIONES

El establecimiento de las presunciones es el razonamiento surgido a partir de un hecho natural que genera una consecuencia jurídica. El problema de la naturaleza jurídica de las presunciones es muy discutido en la doctrina y es el principal tema que se discute en esta investigación. Nuestro derecho prevé tres tipos de presunciones:

4.2.1. Presunciones Legales

“Se distingue habitualmente entre presunciones absolutas (iuris et de iure) y relativas (iuris tantum). La diferencia entre unas y otras se establece a partir de que las primeras excluyen toda posibilidad de desvirtuar la presunción por ser de pleno y absoluto derecho y las segundas admiten prueba en contrario” (GAMA LEYVA, 2013).

4.2.1.1. Presunciones “Iuris et de Iure”.

“Locución latina que significa de pleno y absoluto derecho. Jurídicamente constituye una presunción que no admite prueba en contrario” (OSSORIO, 2000, pág. 538).



La presunción “*iuris et de iure*” puede definirse como la aplicación lógica por la que se tiene acreditado un hecho a partir de otro sobre cuya existencia es evidente, no cabe duda, por su reconocimiento, lo presupuesto *Iuris et de iure* no admite prueba en contrario por darse de pleno y absoluto derecho.

4.2.1.2. Presunciones “*Iuris tantum*”

“Locución latina que significa tan sólo de derecho, estas presunciones nos dan a entender que la ley presume la existencia de algún hecho, salvo que se pruebe lo contrario” (OSSORIO, 2000, pág. 538).

Se trata de una presunción de carácter legal que sí admite prueba en contrario. Es decir, permite el cuestionamiento del hecho o derecho que la norma presumía como cierto por no ser de pleno derecho sino por ser un juicio hipotético.

4.2.2. Presunciones *Hominis* o *Judiciales*

Las presunciones *hominis* las define Rivera Morales como *“aquellas de las cuales el Juez como hombre se sirve durante el pleito para formar su convicción, como la haría cualquiera que razonase fuera del proceso”* (RIVERA MORALES, 2009).

Dicho en otras palabras, concluimos que éstas presunciones le sirven al juez para la valoración de las pruebas, pero no es un medio de prueba ni se puede confundir con indicio, ya que éste es un hecho y la presunción un razonamiento.



4.3. PRESUNCIÓN PATER EST

Conocida también como la presunción de legitimidad matrimonial, es la atribución paterna sustentada por el matrimonio. *“Es el resultado final de tres mil años de monogamia. No obstante ello, lo tenemos en el código de Hammurabi, en las leyes de manú, en el derecho y en el antiguo derecho romano en el que se consagró primigeniamente Dies nuptiarum diez est conceptionis et nativatis legitima. El día del matrimonio es el día de la concepción y del nacimiento legítimo”* (ENGELS, 1988, pág. 94).

“Su efectividad y fuerza trascendió desde el Derecho Canónico medieval y el Derecho intermedio hasta los códigos civiles más modernos. Es el principio rector de la filiación matrimonial, consagrado en el artículo 361 de nuestro código civil, esta norma busca la determinación de una filiación constitutiva por la atribución de la paternidad ministerio legis o automática también conocida como atribución de paternidad ope legis. Esta presunción ha presentado tradicionalmente cierto carácter institucional, en cuanto su presencia constituye uno de los elementos peculiares de la familia matrimonial” (VERDERA SERVER, 1993, pág. 153).

Es una presunción clásica del derecho y por lo mismo se considera como una institución del Derecho de Familia dentro del derecho de filiación matrimonial, y ha guiado el concepto jurídico de la presunción de paternidad de forma general, absoluta y bajo el amparo del principio de legalidad. Ha influenciado en la ingeniería legal de nuestra tradición jurídica desde antes de entrar en vigencia los códigos civiles de descendencia napoleónica.

4.3.1. Plazos Aplicables

Por consigna de la norma, se asume, que la gestación tiene una duración mínima de 180 días y máxima de 300 días. La concepción se produce dentro de los primeros 121 días de los 300 días anteriores al nacimiento.

Santiago Fassi nos dice que *“como hecho la concepción es un misterio, se establecen términos computables retroactivamente desde el nacimiento, para determinar si la concepción tuvo lugar durante el matrimonio”* (FASSI, 1960, pág. 148).

El periodo establecido por 121 días se entenderá aplicando la fórmula más favorable para el hijo. La norma contempla un periodo de fecundación mas no el momento exacto en el que se produce. Por ende es imposible señalar un momento exacto, pero sí un plazo en el que puede producirse la concepción.

“En cuanto al cómputo de los plazos es de días calendario y no horario; además los 300 días excluyen el día mismo de la disolución, dies a quo (art. 361°), y de los primeros 121 días de los 300 anteriores al día del nacimiento del hijo, excluye el día del nacimiento dies a quem (art. 363°. Inc. 2)” (CORNEJO CHÁVEZ H. , 1987, pág. 19).

Por lo tanto, concluimos en que el cómputo de los plazos establecido por la normase apoya en el momento de la concepción y el periodo de la gestación.

4.3.2. Sustento de la Presunción

Esta presunción le da sustento al matrimonio, es por ello que Gustavo Bossert nos señala que *“si bien dispensa de probar el hecho biológico, no reposa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo”* (BOSSERT G. , 1981, pág. 246).

Esta presunción evidencia la primacía de la realidad social como un hecho de relevancia jurídica para establecer el presupuesto de aspecto ético que soporta el significado del matrimonio dentro de la familia.

Para la jurista María Josefa Méndez Costa “la presunción de paternidad matrimonial satisface el interés social de protección de la familia y está generalmente de acuerdo con la realidad biológica, la paternidad, la maternidad se basa en las relaciones o la cohabitación antes del nacimiento o de la asunción de la debida responsabilidad por el autor del embarazo prematrimonial” (MÉNDEZ COSTA, 1996).

La opinión de Méndez Costa ilumina las situaciones contemporáneas de nuestra sociedad, pues comprendemos que por el interés social se desee proteger a la familia; tengamos en consideración entonces que la familia es una institución del Derecho, protegida constitucionalmente y que abarca en su enormidad al matrimonio.

Admitamos que la familia generalmente está de acuerdo con la realidad biológica, la paternidad y la maternidad, nuestro estudio analiza las relaciones de



filiación para dilucidar el nexo que los une, en cuanto al hijo extramatrimonial de mujer casada, se requiere de la libre manifestación de reconocer al hijo por parte únicamente de la madre para determinar un lazo filial. Mientras que aceptamos también que las relaciones de cohabitación son imprescindibles para configurarse una paternidad matrimonial.

4.3.3. Teorías que la Sustentan

La presunción pater est o conocida como presunción de legitimidad matrimonial es considerada en los cuerpos normativos de Alemania, Argentina, Colombia, Venezuela, entre otros.

Enrique Varsi Rospigliosi, nos indica que la presunción en mención *“toma una de las afirmaciones jurídicas más antiguas de las que se tenga memoria y se han ensayado una gran cantidad de teorías para fundarla entre ellas tenemos”*: (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia "Derecho de la Filiación", 2013).

- a) **Teoría de la Accesión.-** Consiste en la recolección de datos, estipulada antiguamente en las leyes de manu y en otros libros de derecho. Se basa en la propiedad del marido sobre la esposa. Por lo tanto del fruto de esta el vástago, idea reiterada por el estricto derecho canónico. Esta teoría también fue llamada dominical, dado que el marido tenía el carácter de ser dueño de su mujer.
- b) **Teoría de la Vigilancia.-** Dada la potestad legal del marido de vigilar a su mujer, los hijos de esta deben atribuírsele.



- c) **Teoría de la Presunción de Fidelidad de la Esposa.-** Es una suerte de presunción de inocencia frente al adulterio. Se deberá reputar hijo del marido hasta que se pruebe el adulterio.
- d) **Teoría de la Cohabitación Exclusiva.-** Mantiene que la presunción descansa en el hecho positivo de la cohabitación exclusiva propia de la relación conyugal. Algunos autores la unen a la presunción de fidelidad que deben guardarse los esposos.
- e) **Teoría de la Admisión Anticipada.-** Parte de considerar el matrimonio como acto voluntario por el que el marido admite anticipadamente en su familia los hijos que nazcan de su mujer.

4.4. PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL

El artículo 362° de nuestro Código Civil señala que: “El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido *o sea condenada como adúltera*”.

El establecimiento de la filiación admitida por el Derecho se constituye gracias al conjunto de deducciones lógicas las cuales tienen por finalidad esencial dar al marido la titularidad paterna del hijo.

Otros criterios también buscan el lazo filial, como por ejemplo, la voluntad individual, el interés del niño, la paz de las familias, los sentimientos y el orden establecido pueden desplazar la proclamación de la verdad biológica.

La filiación matrimonial se sostiene de tres elementos: el vínculo de filiación materno; el vínculo de filiación paterno y el vínculo conyugal entre los padres.

La prueba del matrimonio no presenta mayores dificultades, normalmente, es la partida de matrimonio expedida por los Registros del Estado Civil, el instrumento público que proporciona la prueba del vínculo conyugal de los padres.

Respecto del establecimiento del vínculo de filiación materno, los modos de prueba pueden ser la partida de nacimiento, la posesión de estado o cualquiera que sea evidentemente irrefutable.

La filiación materna requiere la reunión de dos hechos complementarios: el alumbramiento y la identidad del niño cuya mujer ha traído al mundo. El principio que reina la materia *"es madre del niño aquella que lo alumbra"*.

Mientras que sobre el vínculo de filiación de paternidad, ningún niño es sometido a la verificación de su origen biológico sino fuera por petición expresa de quien desee desvirtuar dudas. La particularidad de la filiación matrimonial es que la maternidad hace presumir la paternidad de este modo la prueba de paternidad constituye en sí misma prueba de filiación matrimonial.

4.4.1. Significado de la Presunción de Paternidad

El Código Civil establece la célebre presunción de paternidad: *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, padre es el que se demuestra con las nupcias (artículo 361° del Código Civil).

La presunción que rige la protección del matrimonio, define la identidad y otorga el título de paternidad al momento del nacimiento o la concepción durante el matrimonio. Desvaloramos que el niño haya nacido durante los

primeros días del matrimonio o durante los 300 días posteriores a su disolución, la presunción es de aplicación válida para la paternidad que supone entonces la reunión de tres condiciones: la filiación materna, el matrimonio, y la coincidencia entre el periodo del matrimonio y el momento del nacimiento.

En conclusión para que se aplique la presunción de paternidad es necesario que la madre haya estado casada en algún momento de la gestación.

4.4.2. Fundamento de la Presunción de Paternidad

La filiación matrimonial se deduce de la maternidad de la esposa, es porque el Derecho supone dos hechos: en primer lugar, que la esposa haya mantenido relaciones íntimas con su marido y, en segundo lugar, que sólo las haya mantenido con su marido.

Estos hechos coinciden con las obligaciones de la institución matrimonial, por un lado el deber de cohabitar o hacer vida en común, permite presumir que el matrimonio se ha consumado; es decir, se mantienen relaciones sexuales entre los esposos. Por otro lado, el valor de la fidelidad que supone la mujer sea fiel a su marido y viceversa.

En conclusión la presunción legal de la paternidad por filiación matrimonial se funda en la convivencia matrimonial real.

4.4.3. Alcances de la Presunción de Paternidad

A partir del artículo 362° de nuestro Código Civil, se puede observar que en el Derecho Peruano la filiación se establece en una presunción de moralidad



y no en la verdad biológica del vínculo de filiación. Por ende, la voluntad individual juega un rol determinante en la instauración de la filiación. En efecto, dentro de nuestra ley civil, la presunción de paternidad aparece como una obligación y como un derecho.

Como una obligación, en el sentido de que es por el matrimonio que el marido se compromete tácitamente a reconocer y a tratar a los hijos que su mujer pone al mundo como si fueran sus hijos. Sin embargo, la presunción legal no es irrefutable, ya que la ley admite la prueba en contrario.

Y como un derecho, ya que el marido es quien dispone únicamente de la facultad de contestarla paternidad, en consecuencia, el legislador se contrapone radicalmente a la idea de que la presunción legal pueda ser cuestionada, en caso de adulterio, por la madre del niño y el padre biológico del niño.

Nuestro Código Civil, en atención al interés del menor, protege la legitimidad a cualquier precio, aunque es posible que esta facultad discrecional conferida al marido, ya que es libre de no ejercerla, acredite una actitud abusiva de su parte.

En consecuencia, a pesar de estar convencido de que él no es el padre biológico, puede abstenerse de ejercer la acción contestatoria con la sola intención de impedir el reconocimiento del niño por el verdadero padre.



CAPITULO V

MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA DETERMINACION DE FILIACION DEL HIJO

EXTRAMATRIMONIAL DE MUJER CASADA

5.1. ANTECEDENTES

El análisis hecho y los conceptos estudiados en base al Derecho de Familia, sobre la filiación, el derecho de identidad y las presunciones de paternidad, se ven plasmados en este último capítulo de nuestra tesis.

Problema Principal

¿La filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada, debe estar sometido a presunciones legales de paternidad?

Problemas Secundarios

1. ¿Qué se entiende por la acción de impugnación de paternidad matrimonial?
2. ¿Qué se entiende por derecho de filiación y derecho a la identidad?

3. ¿Cuál es la naturaleza de las presunciones de paternidad?

Objetivo General

Determinar si la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada, debe estar sometido a presunciones legales de paternidad.

Objetivos Específicos

1. Determinar que se entiende por la acción de impugnación o contestación de paternidad matrimonial.
2. Determinar que se entiende por derecho de la filiación y derecho a la identidad.
3. Determinar cuál es la naturaleza de las presunciones de paternidad

5.2. DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS Y LOS OBJETIVOS PROPUESTOS

La investigación mantiene un esquema que nos obliga a analizar previamente nuestros problemas secundarios y objetivos específicos, posteriormente abordar en nuestro problema principal y objetivo general, y finalmente en nuestra hipótesis de trabajo.

Figura 2 – Primer Objetivo Específico

<p>PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO</p> <p>¿Qué se entiende por la acción de impugnación o contestación de paternidad matrimonial?</p>
<p>PRIMER OBJETIVO ESPECÍFICO</p> <p>Determinar que se entiende por la acción de impugnación o contestación de paternidad matrimonial.</p>

Fuente: Elaboración Propia



La acción de impugnación o contestación de paternidad matrimonial, ha sido analizada en el Capítulo II, ítem 2.4.4.2 (pág. 51) de nuestra investigación, para explicar el tema acudimos a la doctrina nacional e internacional, y entre otras cosas se dijo:

Se requiere diferenciar la negación de la impugnación, siguiendo a Alberto Hinostroza Mínguez *“la primera se da cuando el hijo alumbrado por mujer casada no se halla protegido por la presunción pater is quem nuptiae demonstrant, por lo que el marido solo se limita a negarlo, debiendo la mujer probar el sentido contrario”* (HINOSTROZA MINGUEZ, 1999).

La acción de impugnación es básicamente la acción dirigida a obtener una declaración que niegue la paternidad atribuida respecto de determinada persona, que se da cuando el marido no considera como suyo al hijo nacido bajo la presunción de paternidad, es decir nacido después de los 180 días de celebrado el matrimonio y antes de los 300 días de terminado este, y tiene como finalidad cortar la situación jurídica, es así que, la ley le faculta al marido intentar las acciones para contestar, negar o impugnar tal situación jurídica.

“Si el marido basa su acción en el hecho de haber nacido el hijo antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, debería probar la fecha de dicha celebración y la del nacimiento; si basa su acción en el hecho de que el hijo nació después de los 300 días de la disolución y anulación, según el caso, y la del nacimiento; si funda su acción en el hecho de que el hijo fue concebido durante un periodo de separación legal: entonces debería probar la fecha de la separación y del nacimiento lo cual puede hacerlo con las partidas y sentencias correspondientes. En cambio la madre o el hijo a través de su representación legal deberían probar que a pesar de haber nacido en tales

circunstancias, es el marido el verdadero progenitor” (HINOSTROZA MINGUEZ, 1999).

La prueba determina la distinción de ambas acciones recayendo ésta en la mujer en el caso de hallarse la presunción pater est y recayendo la carga de la prueba en quien afirma los hechos tratándose de la acción de negación o desconocimiento, y sobre el marido en la impugnación de paternidad.

5.2.1. Derecho de la Filiación y Derecho a la Identidad

El segundo problema secundario cuestiona lo siguiente **¿Qué se entiende por derecho de la filiación y derecho a la identidad?**

Figura 3 – Segundo Objetivo Específico

<p style="text-align: center;">SEGUNDO PROBLEMA SECUNDARIO</p> <p style="text-align: center;">¿Qué se entiende por derecho de la filiación y derecho a la identidad?</p>
<p style="text-align: center;">SEGUNDO OBJETIVO ESPECÍFICO</p> <p style="text-align: center;">Determinar que se entiende por derecho de la filiación y derecho a la identidad</p>

Fuente: Elaboración Propia

En el desarrollo de nuestra investigación, hemos determinado que se entiende por derecho de la filiación y derecho a la identidad, temas que abordamos en el Capítulo II, ítem 2.1.1 (pág. 18) e ítem 2.2 (pág. 22) y en el Capítulo III ítem 3.1.2 (pág. 56) respectivamente.



En el capítulo nombrado, ítem 2.1.1 según la doctrina de García Sarmiento el derecho de filiación es “(...) *el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia(...) el derecho de filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos, y recíprocamente que atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación, cuando el contenido que funcionaliza su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y la maternidad(...)*” (GARCÍA SARMIENTO, 1999, pág. 67).

Concluimos positivamente que el derecho de filiación determina el vínculo jurídico existente entre los padres y sus hijos por la relación paterno-filial.

Continuando en el Capítulo analizado, específicamente en el ítem 2.2, para el jurista Mauricio Mizrahi, el derecho de la filiación se refiere “*al conjunto de normas jurídicas relativas al emplazamiento, determinación o establecimiento de las relaciones paterno materno filiales en los tres ámbitos hasta hoy conocidos: a) la procreación por naturaleza; b) la generación por los más diversos métodos de fecundación artificial; c) la filiación adoptiva. Este derecho está integrado por las normas legales pertinentes relativas a la modificación y extinción de las mencionadas relaciones*” (MIZRAHI, 2002, pág. 1198).



El derecho de la filiación regula la relación paterno-filial fruto del hecho natural de la procreación, también permite reconocer nuestra ascendencia como el vínculo biológico entre los progenitores y sus vástagos estableciendo una relación jurídica la cual está acompañada del derecho a la identidad personal.

Respecto al Capítulo III, ítem 3.1.2 citado sobre el derecho de identidad, se dijo entre otras cosas que:

El derecho a la identidad es importante por atribuírsele jurídicamente a una persona la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, este reconocimiento es realizado sobre el fundamento de libre desenvolvimiento del individuo dentro del proceso de interacción social, implicando que el estado tiene la obligación de hacer respetar esta condición humana.

Es por eso que todo individuo tiene derecho a ser reconocido como único y parte del resto, como elemento de la sociedad pero de libre desenvolvimiento dentro de ella.

Para explicar este derecho, recurrimos al doctrinario Carlos Fernández Sessarego, que define a la identidad de la siguiente manera:

“Es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, permitiendo que cada cual sea uno mismo y no otro. De esta manera el sujeto tiene derecho a que se le conozca y defina en su verdad personal, tal cual es, sin alteraciones, desfiguraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalización de sus atributos (...) que lo distinguen de los

demás” (FERNANDEZ SESSAREGO, Derecho a la Identidad Personal, 1992, pág. 115).

La identidad personal no concluye con los caracteres externos que conforman signos distintivos, también incluyen un conjunto de valores internos que definen la personalidad de cada sujeto, atributos, pensamientos, dones, cualidades, que son comportamientos de fácil percepción social. Plantea que cada persona no sea negada de la proyección social de su esencia personal.

En conclusión, todo individuo tiene derecho a ser reconocido como único y parte del resto, como elemento de la sociedad pero de libre desenvolvimiento dentro de ella.

5.2.2. Presunciones Legales de Paternidad

En el tercer problema de investigación, que nos hemos trazado es el de dar respuesta a la pregunta, **¿Cuál es la naturaleza de las presunciones de paternidad?**, problema que va de la mano con el tercer objetivo trazado.

Figura 4 – Tercer Objetivo Específico

<p>TERCER PROBLEMA SECUNDARIO</p> <p>¿Cuál es la naturaleza de las presunciones de paternidad?</p>
<p>TERCER OBJETIVO ESPECÍFICO</p> <p>Determinar cuál es la naturaleza de las presunciones de paternidad</p>

Fuente: Elaboración Propia



El tema ha sido abordado y desarrollado en el **Capítulo IV, ítem 4.1**, y en el mismo Capítulo en los ítems **4.2, 4.2.1, 4.2.1.1, 4.2.1.2** (pág. 82 y ss).

Partimos por los antecedentes siguiendo a Varsi Rospigliosi que señala que *“desde la normativa romana se establecieron ciertas presunciones que el juez tomo en cuenta por medio del examen de circunstancias, hechos conocidos o indicios a fin de determinar la paternidad. Estas perduraron hasta nuestros días ahondando al código de 1984 en un sistema cerrado de paternidad hasta que se incorporó la prueba de ADN en la búsqueda parental. En la filiación extramatrimonial no valen las presunciones legales como si sucede en la filiación matrimonial, solo las presunciones hominis que permiten establecer la relación en particular que evidencia la paternidad o maternidad”* (VARSI ROSPIGLIOSI, 2013).

Las presunciones son supuestos que la ley da por cierto erga omnes; como su nombre lo cita, es algo que se pre-asume. En este caso, la presunción de paternidad puede ser definida como: el vínculo filial que la norma atribuye de manera automática a todos los hijos nacidos dentro del matrimonio.

Resulta evidente el nexo de la presunción de paternidad con el matrimonio, que deduce que el padre de todos los hijos que llegue a tener una mujer casada son de su esposo, aun cuando no exista la cohabitación o la convivencia.

La naturaleza jurídica de las presunciones, ha sido abordada en el ítem 4.2 estableciendo que la presunción es el razonamiento surgido a partir de un hecho natural que genera una consecuencia jurídica. El problema de la naturaleza jurídica de las presunciones es muy discutido en la doctrina y es el principal tema que se discute en esta investigación. Nuestro derecho prevé tres tipos de presunciones:

Las presunciones legales, dentro de las cuales se distingue habitualmente entre presunciones absolutas (*iuris et de iure*) y relativas (*iuris tantum*). La diferencia entre unas y otras se establece diciendo que las primeras excluyen toda posibilidad de desvirtuar la presunción y las segundas admiten prueba en contrario (GAMA LEYVA, 2013).

En el ítem 4.2.1.1 desarrollamos la presunción absoluta (*iuris et de iure*), dicha presunción puede definirse como la aplicación lógica por la que se tiene acreditado un hecho a partir de otro sobre cuya existencia es evidente, no cabe duda, por su reconocimiento, lo presupuesto *Iuris et de iure* no admite prueba en contrario por darse de pleno y puro derecho.

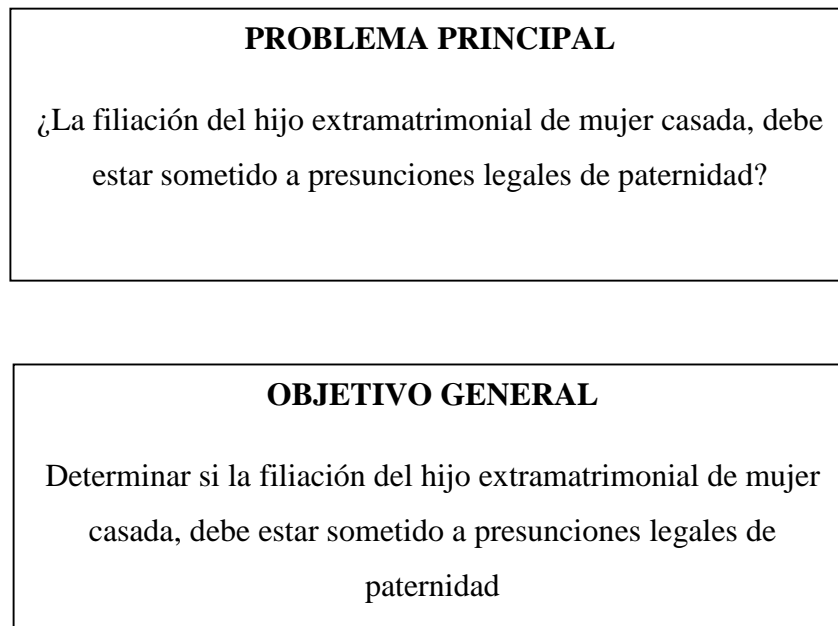
En el ítem 4.2.1.2 desarrollamos la presunción relativa (*iuris tantum*), decimos que se trata de una presunción de carácter legal que sí admite prueba en contrario. Es decir, permite el cuestionamiento del hecho o derecho que la norma presumía como cierto por no ser de pleno derecho sino por ser un juicio hipotético.

5.3. DEL PROBLEMA PRINCIPAL Y OBJETIVO GENERAL

¿La filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada, debe estar sometida a presunciones legales de paternidad?

Dar respuesta a esta interrogante, es el principal problema planteado en nuestro proyecto que constituye el objetivo general de ésta tesis, que es lo que en esencia permitirá demostrar la hipótesis de nuestro trabajo.

Figura 5 – Objetivo General



Fuente: Elaboración Propia

Nosotros hemos sostenido que la incertidumbre jurídica que genera la falta de reconocimiento al menor por lo estipulado actualmente en nuestro Código Civil sobre filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada, no debe estar sometido a



presunciones legales de paternidad, ya que se vulnera el interés superior del niño y por ende el derecho a su identidad filiatoria.

Los formantes legislativos, que regulan las presunciones legales de paternidad son los artículos 361 (presunción de paternidad) que a la letra dice: *“El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido* y el artículo 362 (presunción de filiación matrimonial) que nos dice: *“El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”*, y el formante legislativo, que regula el reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada es el artículo 396 que a la letra dice: *“El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”*

Si bien es cierto, los artículos mencionados en el párrafo anterior, por un lado protegen la integridad familiar y preservan la paternidad del hijo matrimonial; pero por otro lado tenemos que, con respecto al artículo estudiado (artículo 396 del Código Civil), se vulnera el derecho del niño en cuanto a la determinación de su filiación y de igual manera se vulnera el derecho a la identidad que toda persona posee, de conocer su verdadera paternidad.

Para demostrar nuestro objetivo general, vemos el **Capítulo II, ítem 2.3.2.1** (pág. 30 y ss.) y el **Capítulo IV** (pág. 82 y ss.), en los cuales desarrollamos la filiación extramatrimonial, la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada y las presunciones legales de paternidad.



“Concurriendo con el aspecto propuesto, el derecho de filiación extramatrimonial recae sobre la base del reconocimiento del vínculo biológico y del que señala la ley, entre los padres y el menor. En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, es por ello que la voluntad (reconocimiento) o la imposición legal (declaración judicial) son los medios de establecerla”. (FLORES FLORES, pág. 6).

“Actualmente el Código Civil, en materia de filiación extramatrimonial, se complementa con la Ley N° 28457, ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, que es una clara muestra del avance en la materia es así que la ley regula un proceso judicial, meramente probatorio, lo que constituya la prueba de ADN, será la evidencia biológica de paternidad, otorgando como única oposición al demandado el realizarse esta prueba, el efectuarse la mencionada prueba u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negatividad o rebeldía del demandado, el juez declarará judicialmente la paternidad”. (FLORES FLORES, pág. 6).

Las razones por las cuales consideramos que la determinación de filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada no debe estar sometida a presunciones legales de paternidad, las podemos resumir de la siguiente manera:

Podemos observar en el artículo 362 de nuestro Código Civil, que la ley claramente muestra una preponderancia a la relación matrimonial, por sobre la identidad filiatoria y biológica del menor; en tal sentido nuestro ordenamiento en la materia, permite la vulneración del derecho a la identidad entre otros derechos.



En el caso específico de nuestra investigación, el artículo 396 del Código Civil detalla: *“El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”*, observamos que el legislador no prevé la situación real de nuestra sociedad actual, ya que con frecuencia encontramos hijos extramatrimoniales, no reconocidos por el impedimento de la “mujer casada”, a pesar de que se compruebe la carga biológica de paternidad (prueba de ADN).

Entonces surge una inquietud jurídica susceptible de proceso judicial para el reconocimiento del menor en el cual se necesitará la negación de paternidad y/o impugnación de paternidad y no solo como un precedente probatorio, sino, que después de interponerse la demanda, la sentencia resulte a favor del marido. Como ya mencionamos, la ley prepondera el matrimonio civil, que en muchos casos ya no existe, por encontrarse en separación de cuerpos, sin percatarse del menor, que en este sentido, urge de reconocimiento de identidad.

La filiación busca una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica y social, entre el padre y el menor.

“La casuística en materia de filiación nos muestra un razonamiento del juez en pro de buscar la adaptación entre la intimidad, relación matrimonial del padre o la familia y el derecho de identidad del menor, del cual no podemos presumir que carezca de familia. El juez por ende, puede calificar la demanda de impugnación de paternidad o filiación extramatrimonial, sobre la base del caso en concreto y a los requisitos y pruebas presentadas, por sobre la aplicación efectiva o no, de la ley en mención.



Entendiendo, que no existe ninguna vulneración, porque el derecho a la identidad, está estipulado en la Constitución, norma suprema del estado”. (FLORES FLORES, pág. 8).

El interés superior del niño es altamente relevante en este punto, al respecto Rivero Hernández nos dice que: *“El interés del menor, es en efecto un estándar jurídico: un modelo de conducta o de actuación jurídico social que se adecua a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidad sociales” (RIVERO HERNÁNDEZ, 2000, pág. 67).*

El autor expresa que el interés superior del niño, como estándar jurídico, normado por la acción del juez inmiscuido en el proceso, y en la posterior sentencia, debe sin duda alguna, evaluar un sentido de protección a favor del menor en los determinados casos a fin de que el niño pueda obtener el mayor beneficio en su porvenir.

No podemos evitar mencionar, que el “interés superior del niño”, es el pilar fundamental en el accionar del Estado respecto a los derechos, deberes, protección y desarrollo del menor y de sus padres.

Al desarrollar el tema nos preguntamos:

¿Podríamos decir que el niño ha quedado restringido de su derecho a ser reconocido?

El juez en su potestad jurisdiccional de aplicar la ley, debe prevalecer los derechos del menor, reconocidos en los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, y respecto al derecho de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada, como se ha podido apreciar en la jurisprudencia peruana al respecto, en muchos



casos la norma no se ajusta a la realidad, por consiguiente, el juez toma un adecuado sentido de razonamiento (con apego al interés superior del niño) para darle al menor, no solo su reconocimiento legal, sino la verdad biológica que pretende y necesita reconocer, para su pleno desarrollo.

Con respecto a las presunciones legales de paternidad, ubicadas en el Capítulo IV de nuestra investigación, entre otras cosas mencionamos:

Que el establecimiento de la presunción es el razonamiento surgido a partir de un hecho natural que genera una consecuencia jurídica. El problema de la naturaleza jurídica de las presunciones es muy discutido en la doctrina.

Para la jurista María Josefa Méndez Costa *“la presunción de paternidad matrimonial satisface el interés social de protección de la familia y está generalmente de acuerdo con la realidad biológica, la paternidad, la maternidad se basa en las relaciones o la cohabitación antes del nacimiento o de la asunción de la debida responsabilidad por el autor del embarazo prematrimonial”* (MÉNDEZ COSTA, 1996).

La opinión de Méndez Costa ilumina las situaciones contemporáneas de nuestra sociedad, pues comprendemos que por el interés social se desee proteger a la familia; tengamos en consideración entonces que la familia es una institución del Derecho, protegida constitucionalmente y que abarca en su enormidad al matrimonio.

Admitimos que la familia generalmente está de acuerdo con la realidad biológica, la paternidad y la maternidad, nuestro estudio analiza las relaciones de filiación para dilucidar el nexo que los une, en cuanto al hijo extramatrimonial de mujer casada, se requiere de la libre manifestación de reconocer al hijo por parte únicamente de la madre



para determinar un lazo filial. Mientras que aceptamos también que las relaciones de cohabitación son imprescindibles para configurarse una paternidad matrimonial.

Por todo lo antes mencionado, concluimos en que, la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada, no debe estar sometido a las presunciones legales de paternidad para su reconocimiento, debido a que estas presunciones prefieren y al mismo tiempo discriminan al hijo de “mujer casada”, vulnerando así el interés superior del niño, como también el derecho a su identidad filiatoria.

Nuestra hipótesis de trabajo planteada ha sido:

La filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada no debe estar sometida a presunciones legales de paternidad debido a que se vulnera el interés superior del niño y por ende el derecho a su identidad filiatoria.

Hipótesis que hemos demostrado.



CONCLUSIONES

- I. En cuanto a la acción de impugnación, concluimos que es básicamente la acción dirigida a obtener una declaración que niegue la paternidad atribuida respecto de determinada persona, que se da cuando el marido no considera como hijo suyo al nacido bajo la presunción de paternidad, es decir nacido después de los 180 días de celebrado el matrimonio y antes de terminado este, y tiene como finalidad cortar la situación jurídica, es así que, la ley le faculta al marido intentar las acciones para contestar, negar o impugnar tal situación jurídica.
- II. El derecho de la filiación regula la relación paterno-filial, el cual tiene una estrecha relación con el derecho a la identidad, el derecho a la filiación nos permite saber acerca de quiénes son nuestros padres, a conocer la relación que vincula al hijo y sus padres, lo que impulsa al niño a conocer su identidad, de donde proviene, quienes son sus padres y sobre todo conocer su origen biológico, el cual le permitirá ser identificado y pertenecer a la sociedad, por su parte el derecho a la identidad, es el que permite al ser humano posicionarse como persona y ubicarse como sujeto de derecho y obligaciones.
- III. Dentro de las presunciones legales se distingue habitualmente entre presunciones absolutas (*iuris et de iure*) y relativas (*iuris tantum*). La diferencia entre unas y otras se establece diciendo que las primeras excluyen toda posibilidad de desvirtuar la presunción y las segundas admiten prueba en contrario.
- IV. Es por ello que la filiación de hijo extramatrimonial de mujer casada no debe estar sometida a presunciones legales de paternidad. Debido a que la ley prepondera la relación matrimonial por sobre la identidad filiatoria y biológica del menor; en tal sentido nuestro ordenamiento permite la vulneración de derechos fundamentales del



menor, no solo el ya mencionado derecho a la identidad, sino también los derechos a la libertad, a la igualdad, al desarrollo personal y social y en conjunción se estaría violando la dignidad del menor.



RECOMENDACIONES

En este trabajo de investigación, lo que pretendemos es que la determinación de filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada, deje de estar sometida a presunciones legales de paternidad ya que éstas son una barrera que impide conocer la verdadera identidad del menor y por tanto su filiación, pero además, también es una barrera para el sujeto activo (marido), para dejar de lado la denominada presunción legal de paternidad matrimonial, y es que a todas las acciones de estado filial se les debe aplicar la nueva tendencia del derecho moderno, por cuanto las presunciones legales de paternidad, implican la afectación de derechos sustanciales del hijo determinando que toda persona tiene derecho a su identidad filiatoria.

Por todo lo antes mencionado, concluimos que el reconocimiento de la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada estipulado en el artículo 396° del Código Civil debe ser modificado de la siguiente manera:

Artículo 396.- “El hijo extramatrimonial de mujer casada puede ser reconocido por quien se considere el padre biológico, siempre y cuando tenga como sustento la prueba del ADN. También puede ejercer y solicitar su reconocimiento en base a su derecho de identidad, el menor mediante representación de su tutor”.

Esta propuesta se funda en la necesidad de eliminar la restricción impuesta a quien pretende establecer la filiación respecto del hijo de mujer casada cuya paternidad no haya sido previamente impugnada. La disposición vigente ha supuesto una restricción para quien se considera el padre biológico del hijo de mujer casada y quien, ya sea por la posesión de estado o por la convicción de que le asiste la verdad biológica, queda



sometido a la voluntad de un tercero, en este caso el marido de la madre, para lograr el establecimiento del vínculo de filiación respecto de su hijo biológico.

Con esta recomendación se trata de establecer las condiciones amplias y necesarias para que el hijo ejerza plenamente su derecho a la identidad, ejercicio que se ve limitado en las condiciones actuales cuando depende de la voluntad y decisión del marido de la madre, la impugnación de una paternidad que le ha sido asignada en virtud de la presunción pater est.

Con una modificación de la disposición vigente, en el sentido propuesto, se permitirá en una sola acción que se desvirtúe la paternidad matrimonial y se establezca el vínculo de filiación con el padre biológico.



BIBLIOGRAFÍA

- ABELEND A, C. A. (1980). *Derecho Civil, Tomo I*. Buenos Aires: Astrea.
- AZPIRI, J. O. (2000). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Hammurabi.
- AZPIRI, J. O. (2006). *Juicio de Filiación y Patria Potestad*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BERNAL PULIDO, C. (2003). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BIDART CAMPOS, G. (1997). *Dialogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- BOSSERT, G. (1981). *Regimen Legal de la Filiación y de la Patria Potestad*. Buenos Aires: Astrea.
- BOSSERT, G. y. (1981). *Hijos legítimos*. Buenos Aires: Astrea.
- CABANELLAS, G. (1946). *Diccionario de Derecho Usual, 1ra Edición*. Buenos Aires: Atalaya.
- CIFUENTES, S. (1995). *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires: Astrea.
- CIOCCO, J. y. (1970). *El Nombre de las Personas Naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CORNEJO CHÁVEZ, H. (1987). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Studium.
- CORNEJO CHÁVEZ, H. (1991). *Derecho Familiar Peruano, 8va edición. Tomo II*. Lima: Studium.
- DIEZ PICAZO, L. (1986). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.
- DUTTO, R. (2002). *Derecho Procesal de Familia II*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.



ENGELS, F. (1988). *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Lima: Perú Andino.

ESCOBAR ROJAS cit. ESPINOZA ESPINOZA, J. (2003). *Código Civil Comentado*. Lima: Ediciones Jurídicas.

ESPÍN CANOVAS, Diego. (1982). *Manual de Derecho Civil español, 7ª edición Vol. IV*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

FASSI, S. (1960). *Código Civil Italiano*. Buenos Aires: Asociación Dante Alighieri.

FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1992). *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires: Astrea.

FERNANDEZ SESSAREGO, C. (2004). *Derecho de las Personas, 9º edición*. Lima: Grijley.

FLORES FLORES, P. (s.f.). El Reconocimiento Extramatrimonial del Hijo de Mujer Casada. *Escuela de Investigadores Jurídicos de la Facultad de Derecho de la USMP*, 6-9.

GACETA JURIDICA, S. (2015). *Derecho Civil Extrapatrimonial y Responsabilidad Civil*. Lima: El Búho E.I.R.L.

GAMA LEYVA, R. (2013). *Concepciones y Tipología de las Presunciones en el Derecho Continental*. Ciudad de México: Revista de Estudios de la Justicia.

GARCÍA SARMIENTO, E. (1999). *Elementos de Derecho de Familia*. Bogotá: Facultad de Derecho.

HINOSTROZA MINGUEZ, A. (1999). *Derecho de Familia*. Lima: San Marcos.

JOSSERAND, L. (1950). *Derecho Civil - La Familia*. EJE A BOSCH.



- KRASNOW, A. N. (1996). *Pruebas Biológicas y Filiación*. Buenos Aires: UNR editora.
- MALLQUI REYNOSO, M. (2002). *Derecho de Familia*. Lima: San Marcos.
- MARTINEZ DE PISON CAVERO, J. (1993). *El Derecho a la Intimidad en la Jurisdicción Constitucional*. Madrid: Civitas.
- MÉNDEZ COSTA, M. J. (1996). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. (2001). *Derecho de familia Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- MIZRAHI, M. (2002). *Caracterización de la Filiación y su Autonomía respecto de la Procreación Biológica*. Buenos Aires: La Ley.
- OSSORIO, M. (2000). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Eliasta.
- OTTO Y PARDO, I. (1988). *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas.
- PERALTA ANDIA, J. R. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: IDEMSA.
- PEREZ LUÑO, A. (1984). *Los derechos fundamentales*. Madrid.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, A. F. (2003). *Filiación y Patria Potestad en la Doctrina y en la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PUYOL MONTERO, F. J. (1993). *La Mujer en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Ed. del Autor.



RIVERA MORALES, R. (2009). *Las Pruebas en el Derecho*. Barquisimeto: Librería Jurídica

Rincón G. C. A.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000). *El interés del menor*. Madrid: Dykinson S.L.

SAMBRIZZI, E. (2010). *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley.

SOTO LAMADRID, M. A. (1990). *Biogenética, Filiación y Delito*. Buenos Aires: Astrea.

SUAREZ FRANCO, R. (2001). *Derecho de Familia (Vol. II)*. Bogotá: Temis S.A.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima: Editora

Jurídica Grijley.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2006). *El Proceso de Filiación Extramatrimonial*. Lima: Gaceta

Jurídica.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: El Buho E.I.R.L.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia "Derecho de la Filiación"*

(Primera ed., Vol. Tomo IV). Lima: Gaceta Jurídica.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima: Editora

Jurídica Grijley.

VERDERA SERVER, R. A. (1993). *Determinación y Acreditación de la Filiación*. Barcelona:

J.M. Bosch.



NORMAS LEGALES NACIONALES

- Constitución Política del Perú 1993
- Decreto Legislativo N° 295 - Código Civil Peruano 1984
- Ley N° 27337 - Código de los Niños y Adolescentes 2000

NORMAS LEGALES INTERNACIONALES

- Convención sobre los Derechos del Niño

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Consulta Exp. N° 2273-2005-PHC/TC LIMA
- Consulta Casación N° 2726-2012-DEL SANTA
- Consulta Exp. N° 04509-2011-PA/TC
- Consulta Exp. N° 04305-2012-PA/TC

REFERENCIAS ELECTRONICAS

- Fundamento Jurídico 6, Recurso de Agravio Constitucional, EXP. N.º 2235-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 25 de Febrero de 2003).
- Honorable Congreso de la Unión, C. d. (07 de Julio de 2014). *diputados.gob.mx*. Recuperado el 23 de Octubre de 2016, de *diputados.gob.mx*: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_07jul14.pdf



- GIMON MONSALVE, S. (Abril de 2002). *Biblioteca de la Universidad Católica Andrés Bello*. Recuperado el 17 de Octubre de 2016, de Biblioteca de la Universidad Católica Andrés Bello:
<http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ2095.pdf>
- MELENDEZ GARCIA, S. (25 de Agosto de 2013). *monografias.com*. Recuperado el 17 de Octubre de 2016, de monografias.com:
<http://www.monografias.com/trabajos97/reconocimiento-al-derecho-identidad/reconocimiento-al-derecho-identidad.shtml>
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. (09 de Octubre de 2008). *Blog de Alex Plácido*. Obtenido de Blog de Alex Plácido:
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/10/09/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-3/>

ANEXOS**PROYECTO LEY N° XXXX-2016-CR****I. DATOS DEL AUTOR**

El congresista de la República, _____, en el ejercicio del derecho de iniciativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y conforme a lo establecido en el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, propone:

II. FORMULA LEGAL

El Congreso de la República

Ha dado la siguiente ley:

**LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 396 DEL CODIGO CIVIL
PERUANO QUE REFIERE AL “RECONOCIMIENTO DE HIJO
EXTRAMATRIMONIAL DE MUJER CASADA”**

ARTICULO 1.- Objeto de la Norma

Modifíquese el artículo 396 del Código Civil, Decreto Legislativo N° 295 promulgado el 24 de Julio de 1984 y publicado el 25 de Julio de 1984, en los siguientes términos:

Artículo 396.- “El hijo extramatrimonial de mujer casada puede ser reconocido por quien se considere el padre biológico, siempre y cuando tenga como sustento la prueba del ADN. También puede ejercer y solicitar su reconocimiento en base a su derecho de identidad, el menor”.

Lima, Diciembre del 2016.

III. EXPOSICION DE MOTIVOS

Este proyecto de ley propone otorgar el derecho de filiación e identidad al hijo extramatrimonial de mujer casada, basándonos en las trabas que impone el artículo en mención como lo veremos a continuación:

El artículo 396 de código civil, a la letra señala que: *“el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”*.

Actualmente los requisitos de negación de paternidad y sentencia a favor del marido, vulneran el derecho de filiación e identidad del hijo extramatrimonial; ya que, el derecho de la filiación regula la relación paterno-filial, el cual tiene una estrecha relación con el derecho a la identidad, el derecho a la filiación nos permite saber acerca de quiénes son nuestros padres, a conocer la relación que vincula al hijo y sus padres, lo que impulsa al niño a conocer su identidad, de donde proviene, quienes son sus padres y sobre todo conocer su origen biológico, el cual le permitirá ser identificado y pertenecer a la sociedad, por su parte el derecho a la identidad, es el que permite al ser humano posicionarse como persona, ubicarse como sujeto de derechos y obligaciones.

El ordenamiento jurídico peruano, específicamente el artículo 396 del Código Civil, impide la determinación del lazo biológico del menor con los padres, generando discriminación legal contra los hijos habidos fuera del matrimonio, por ende, esta propuesta de ley que modificará el artículo en mención, tiene absoluta relevancia



social en cuanto se produce un estado de incertidumbre sobre el estatus familiar del menor que afecta a su entorno directo.

Por lo expuesto propongo el presente Proyecto Ley.

IV. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

Artículo 396 del Código Civil

Modificado (*)

Modificado por el Decreto Legislativo N° XXXX-2017-Publicado el 16/02/2017

V. ANALISIS COSTO – BENEFICIO

Esta ley no ocasiona costo alguno del Estado y evitan la vulneración del derecho a la filiación y derecho a la identidad del hijo extramatrimonial de mujer casada.

Lima, Diciembre del 2016.