



UNIVERSIDAD PRIVADA TELESUP

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO CORPORATIVO

TESIS

**EL ARTÍCULO 396° DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO DEL HIJO
EXTRAMATRIMONIAL DE MUJER CASADA. LIMA, 2018**

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

ABOGADO

AUTORES:

JUAN ALBERTO HERRERA ROSALES

JOSE ANGEL FERNANDEZ ACHAHUI

LIMA – PERÚ

2018

ASESOR DE TESIS

DR. JUAN HUMBERTO QUIROZ ROSAS

JURADO EXAMINADOR

DR. ANAXIMANDRO ODILIO PERALES SANCHEZ
PRESIDENTE

DR. JUBENAL FERNANDEZ MEDINA
SECRETARIO

DR. VICTOR RAUL VIVAR DIAZ
VOCAL

DEDICATORIA

A nuestros padres, que retaron a la vida por nosotros

A nuestros hijos, que hicieron de nuestras vidas, un reto.

AGRADECIMIENTO

Expresamos nuestro sincero agradecimiento a nuestra alma mater la Universidad Privada Telesup por habernos dado la oportunidad para realizar el presente informe.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Por el presente documento, JUAN ALBERTO HERRERA ROSALES, identificado con D.N.I. 09873291 y JOSE ANGEL FERNANDEZ ACHAHUI, identificado con D.N.I. 42998014, bachilleres de la carrera de Derecho Corporativo de la Universidad Privada Telesup, informamos que hemos elaborado la Tesis / Trabajo de Suficiencia Profesional denominada:

“EL ARTÍCULO 396° DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL DE MUJER CASADA. LIMA, 2018”

Para optar el Título Profesional de abogado, declaramos que este trabajo ha sido desarrollado íntegramente por los autores que lo suscriben y afirmamos que no existe plagio de ninguna naturaleza. Así mismo, dejamos constancia de que las citas de otros autores han sido debidamente identificadas en el trabajo conforme a las normas APA, por lo que no se ha asumido como propias las ideas vertidas por terceros, ya sea de fuentes encontradas en medios escritos como en Internet.

Así mismo, afirmamos que somos responsables de todo su contenido y asumimos, como autores, las consecuencias ante cualquier falta, error u omisión de referencias en el documento. Sabemos que este compromiso de autenticidad y no plagio puede tener connotaciones éticas y legales.

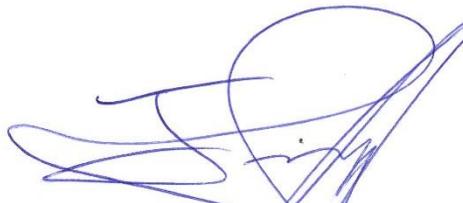
Por ello, en caso de incumplimiento de esta declaración, nos sometemos a lo dispuesto en las normas académicas que dictamine la UNIVERSIDAD PRIVADA TELESUP.

Lima, 04 de noviembre del 2018.



Juan Alberto Herrera Rosales

D.N.I. 09873291



Jose Angel Fernandez Achahui

D.N.I. 42998014

RESUMEN

El viernes 24 de agosto de 2018 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo N° 1377 Ley que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes, modificándose los artículos 46°, 361°, 362°, 396° y 402° inc. 6 y se derogó el artículo 404° del Código Civil.

En ese sentido, la investigación que se propone busca analizar la problemática que generará la modificatoria del artículo 396° del Código Civil en cuanto al reconocimiento de paternidad en el Registro Civil del hijo extramatrimonial de mujer casada; teniendo en consideración que antes de la modificación, la ley sustantiva civil otorgaba preferencia a la presunción de paternidad matrimonial sobre la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial conforme al principio *favor legitimitatis* que protegía a la familia matrimonial y por ende a los hijos concebidos o nacidos dentro del matrimonio, en desmedro del principio de igualdad de filiación que reconoce idénticos derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudieran o no el uno casarse con el otro.

En efecto, ahora con su sola declaración, la madre del menor puede destruir la presunción de paternidad matrimonial, siendo esto sin duda, el cambio más importante. Se sigue reputando que el hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los 300 días calendarios siguientes a su disolución tiene como padre al marido de la madre. Pero ahora se establece que dicha presunción quedará desvirtuada si la madre declara expresamente lo contrario, esto es, si la progenitora afirma que su esposo no es padre del menor.

Así mismo el verdadero padre podrá reconocer al menor sin necesidad de un proceso judicial ni esperar que el aún marido de la madre lo niegue y obtenga sentencia favorable, conforme lo señalaba el texto original del artículo 396° del Código Civil. Esta disposición ha sido modificada y ahora el progenitor podrá realizar directamente el reconocimiento, bastando para ello que la madre haya

declarado expresamente que el menor no es de su marido y lo haya identificado como el progenitor.

Las situaciones antes planteadas, a nuestro entender están por generar diversos hechos que vulnerarían los derechos de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento como son: el progenitor, el cónyuge y el hijo extramatrimonial de mujer casada que con esta investigación pretendemos de manera inicial, estudiar y analizar.

PALABRAS CLAVE:

Decreto Legislativo N° 1377, reconocimiento de paternidad extramatrimonial, hijo extramatrimonial de mujer casada, derecho a la identidad, interés superior del niño, presunción *Pater is*, Registro Civil.

ABSTRACT

On Friday, August 24th, 2018, the official newspaper “El Peruano” published Legislative Decree No. 1377, which strengthens the comprehensive protection of children and adolescents, modifying the articles 46°, 361°, 362°, 396° and 402° indent 6) and repealing the article 404° of the Civil Code:

In this sense, the proposed research seeks to analyze the problems that the modification of article 396° of the Civil Code will generate in terms of the recognition of paternity in the Civil Registry of the extramarital son of a married woman.

Taking into consideration that before the modification, the civil substantive law granted preference to the presumption of matrimonial paternity over the biological evidence of extramarital paternity according to the principle “*favor legitimitatis*” that protected the matrimonial family and therefore the children conceived or born within of marriage, to the detriment of the principle of equality of filiation that recognizes identical rights and opportunities for all children of the same parent, were born in or out of wedlock; whether or not their parents were married to each other and whether or not they could marry the other.

In fact, now with her only statement, the child's mother can destroy the presumption of matrimonial paternity, this being undoubtedly the most important change. It is still consider that the son or daughter born during the marriage or within 300 calendar days following its dissolution has as its father the mother's husband. But now it is established that said presumption will be invalidated if the mother expressly states otherwise, that is, if the mother affirms that her husband is not the father of the child

Likewise, the real father can recognize the child without the need of a judicial process or expect the mother's husband to deny it and obtain a favorable sentence, as indicated in the original text of article 396 of the Civil Code. This rule has also been modified and now the parent can make the recognition directly,

enough for it that the mother has expressly declared that the child is not her husband.

The situations outlined above, in our opinion are going to generate various facts that would violate the rights of the subjects linked to the act of recognition such as: the parent, the spouse and the extramarital child of a married woman that with this research we intend initially, to study and analyze.

KEYWORDS:

Legislative Decree No. 1377, recognition of extramarital paternity, extramarital child of married woman, right to identity, best interests of the child, presumption Pater is, Civil Registry.

ÍNDICE DE CONTENIDO

Carátula	
Asesor de Tesis	ii
Jurado Examinador	iii
Dedicatoria	iv
Agradecimiento	v
Declaratoria de Autenticidad	vi
Resumen	vii
Abstract	ix
Índice de contenidos	xi
INTRODUCCIÓN	xiv
I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	17
1.1. Planteamiento del problema de investigación	17
1.2. Formulación del problema de investigación	22
1.2.1. Problema general	22
1.2.2. Problemas específicos	22
1.3. Justificación del estudio	22
1.3.1. Teórica	23
1.3.2. Práctica	23
1.3.3. Metodológica	24
1.4. Relevancia	24
1.5. Contribución	25
1.6. Objetivos de la investigación	25
1.6.1. Objetivo general	25
1.6.2. Objetivos específicos	25
II. MARCO TEÓRICO	27
2.1. Antecedentes de la investigación	27
2.1.1. Antecedentes nacionales	27
2.1.2. Antecedentes internacionales	31
2.2. Bases teóricas	33
2.2.1. El Código Civil	33

2.2.1.1.	Artículo 396° del Código Civil	34
2.2.1.2.	Artículo 396° del CC modificado por DL. 1377	37
2.2.2.	Reconocimiento del hijo de mujer casada	44
2.2.2.1.	La identidad biológica del hijo extramatrimonial	45
2.2.2.2.	La Filiación	47
2.2.2.3.	El reconocimiento en el derecho comprado	61
2.3.	Definición de términos básicos	63
III.	MARCO METODOLÓGICO	66
3.1.	Supuestos de la investigación	66
3.1.1.	Supuesto general	66
3.1.2.	Supuestos específicos	66
3.2.	Categorización	66
3.3.	Tipo y nivel de investigación	68
3.4.	Diseño de la investigación	69
3.5.	Población y muestra	69
3.5.1.	Población	70
3.5.2.	Muestra	70
3.5.3.	Caracterización de los sujetos	70
3.6.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	72
3.6.1.	Técnicas	72
3.6.2.	Instrumentos	73
3.7.	Métodos de análisis de datos	73
3.8.	Rigor Científico	73
3.9.	Aspectos éticos	74
IV.	RESULTADOS	75
4.1.	Descripción de resultados – Entrevistas	76
3.2.	Descripción de resultados – Análisis de casos	79
V.	DISCUSIÓN	82
V.1.	Análisis de discusión de resultados	82
VI.	CONCLUSIONES	87
VII.	RECOMENDACIONES	89
	LISTA DE REFERENCIAS	90

Bibliográficas	90
Hemerográficas	91
Electrónicas	92
Tesis universitarias	92
Jurisprudencias	93
ANEXOS	
Anexo 1. Matriz de consistencia	95
Anexo.2. Instrumentos - Entrevistas a profesionales especialistas	98
Anexo.3. Validación de instrumento – Entrevistas	123
Anexo 4. Jurisprudencia	128

INTRODUCCIÓN

El presente informe de investigación titulado: “El Artículo 396° del Código Civil respecto del hijo extramatrimonial de mujer casada. Lima. 2018”, nació de una realidad social que venía afectando a algunos ciudadanos en la medida que los hijos extramatrimoniales de mujer casada encontraban dificultad al momento de la inscripción de su nacimiento y reconocimiento de paternidad en el Registro del Estado Civil; pero hoy en día, con la modificación de los artículos 361°, 362°, 396° del Código Civil, esta situación problemática creada por la inconsistencia normativa pareciera que va a desaparecer debido a que las nuevas disposiciones no solo permiten la declaración de la madre sobre la identidad del padre biológico del menor sino que además es posible que se lleve a cabo el acto de reconocimiento al momento de la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil.

En ese sentido, la investigación que se propone busca analizar la problemática que generará la modificatoria del artículo 396° del Código Civil en cuanto al reconocimiento de paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Registro Civil y si esta modificatoria vulnerará los derechos de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento como es el caso del progenitor, del cónyuge y del propio menor; teniendo en consideración que las nuevas disposiciones contenidas en el artículo en comento, señalan que el hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido.

En la primera parte se desarrolla una aproximación a la situación problemática que comprende a las mujeres casadas que han procreado hijos extramatrimoniales, quienes se veían impedidas de declarar la identidad del presunto progenitor de su hijo al momento de formalizar la inscripción de su nacimiento y el reconocimiento de paternidad en el Registro Civil, debido a que los procedimientos de inscripción estaban predeterminados en función del estado civil de los progenitores y según sea el caso, se denominaban hijos matrimoniales o extramatrimoniales, mientras que el reconocimiento de paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada sólo procedía después de que el marido lo

hubiese negado y obtenido sentencia favorable, hecho que atentaba contra el derecho a la identidad y el nombre del menor al no ser materializado en la respectiva acta de nacimiento. Así mismo, se desarrollan las bases teóricas donde se consignan los diversos trabajos y estudios nacionales e internacionales relacionados o que guardan similitud con el tema de investigación; así como la normativa legal, doctrinaria y decisiones jurídicas emitidas por los diversas instancias judiciales nacionales y tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el segundo capítulo se desarrolla el enfoque metodológico a fin de señalar las herramientas e instrumentos de investigación de naturaleza jurídica y general, para lo cual se ha procedido a realizar entrevistas a profesionales y especialistas expertos en Derecho de Familia, quienes brindaron su punto de vista sobre la modificación del artículo 396° del Código Civil en cuanto al reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada; opiniones que nos permitieron arribar a conclusiones y recomendaciones que consideramos satisfactorias.

En el tercer capítulo mostramos los resultados de las entrevistas realizadas a los profesionales y en el cuarto capítulo definimos las discusiones y resultados a los que arribamos luego del análisis de las respuestas obtenidas por los expertos mediante las entrevistas que se les realizó; hecho que conllevó a reforzar y dar mayor convicción a nuestros supuestos teóricos; en el quinto capítulo desarrollamos las conclusiones a las que arribamos y en el sexto las recomendaciones que realizamos.

Finalmente, desarrollamos la consabida bibliografía conforme a las normas APA, los anexos donde mostramos nuestra matriz de consistencia, las entrevistas realizadas con sello y firma de los profesionales entrevistados, seguido de la validación de las entrevistas a cargo de profesionales expertos en el tema y por último insertamos la Casación N° 2726-2012 - Del Santa.

En síntesis, la inscripción del nacimiento y el reconocimiento de la niña, niño o adolescente reviste especial importancia debido a que trascienden a través del tiempo y se extienden durante toda la vida de la persona e incluso después de su muerte, sobre sus herederos; por ello, la declaración que realice la madre del menor al momento del acto registral y subsecuentemente se lleve a cabo el reconocimiento paterno, debe ser totalmente cierta, porque la falsedad en su contenido ya sea por decisión propia o inducida, implica responsabilidad penal por falsa declaración en procedimiento administrativo.

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento del problema

La presente investigación pretende realizar un análisis de la normatividad sustantiva civil específicamente del artículo 396° del Código Civil antes y después de su modificatoria por Decreto Legislativo N° 1377, con relación a la problemática que enfrentaban los ciudadanos, en especial las madres de familia que ostentaban la condición de mujer casada y que por diferentes razones se separaron en los hechos de su marido sin haber disuelto legalmente el vínculo matrimonial, formando uniones de hecho irregulares con una tercera persona distinta al cónyuge y con quién procrearon hijos extramatrimoniales, los mismos que encontraban dificultades y barreras burocráticas para ser registrados con el apellido del padre biológico al momento de la inscripción de su nacimiento y por consiguiente no podían obtener el reconocimiento paterno en el Registro del Estado Civil de Lima.

Es así, que después del nacimiento del hijo extramatrimonial, la progenitora concurría a las Oficinas del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) con la finalidad de inscribirlo con el apellido del padre biológico, acto que no era permitido por el funcionario del Registro Civil al no aceptar la declaración de la madre respecto a la identidad del progenitor por el solo hecho de figurar en el Sistema Computarizado del Registro Único de Identificación de Personas Naturales – RUIPN con el status de casada; siendo así, el menor era inscrito con el apellido del cónyuge o padre legal.

Esta situación se ocasionaba en virtud de la presunción legal de paternidad establecida en el artículo 361° del Código Civil que señalaba: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”; por ello, la actuación de los funcionarios del Registro Civil al verificar en el sistema del RENIEC, el estado civil que ostentaba la madre del menor a inscribir y comprobar que tenía la condición de casada y no de soltera, viuda o divorciada, sin más trámite se ceñían a la mencionada presunción

y registraban al menor con un apellido y una filiación que no le correspondía, siguiendo los lineamientos de la Directiva N° DI-415-GRC/032-RENIEC, sobre Procedimientos Registrales para la Inscripción de Hechos Vitales y Actos Modificatorios del Estado Civil del 9 de agosto de 2017, que en la calificación registral hace distinciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, debido al estado civil de los progenitores, sin contemplar el caso del hijo extramatrimonial de mujer casada.

Desde la entrada en vigencia de la Directiva N° DI-415-GRC/032-RENIEC, no se aceptaba en el 99% de las Oficinas registrales de Lima, la declaración de la progenitora casada al momento de la inscripción de su hijo extramatrimonial; contrario a ello, en la Oficina del Registro Civil de Higuiereta sito en la Av. Tomás Marzano N° 2807, Distrito de Surco, los registradores civiles si aceptaban la declaración de la madre casada sobre el presunto progenitor de su hijo y por consiguiente se consignaba en el Acta de Nacimiento del menor el primer apellido de cada uno de los padres biológicos en base los artículos 20° y 21° del Código Civil concordado con el artículo 362° del mismo código y principalmente en atención al derecho a la identidad y al principio del interés superior del niño; por lo tanto, esta situación conllevaba a que los procedimientos registrales sean cuestionados y se ocasionen casos en los cuales los hijos extramatrimoniales de mujer casada, donde uno o más hijos fuera inscrito con el apellido del padre biológico y no del cónyuge al no existir rigurosidad en la inscripción, mientras que a partir de la entrada en vigencia de la mencionada Directiva, no era posible inscribir al menor con el apellido de su padre biológico sino que era inscrito como hijo del cónyuge, de tal manera que en esa familia los hijos procreados por los mismos progenitores llevan apellidos paternos distintos.

Durante la obtención de información se pudo conocer que de los aproximadamente cien (100) nacimientos que se suscitan semanalmente sólo en la Maternidad de Lima, cinco (05) corresponden a hijos extramatrimoniales de mujer casada; dichos nacimientos son inscritos en la Oficina del Registro Civil que opera en dicha maternidad y cuyos funcionarios registrales procedían a su inscripción en base a la Directiva N° DI-415-GRC/032-RENIEC; sin embargo, el

RENIEC no posee información o data oficial sobre la cantidad de hijos extramatrimoniales que son registrados diariamente en la ciudad de Lima, debido a que en el Acta de Nacimiento de los menores inscritos no se consigna el estado civil de los padres y porque además el artículo 362° del Código Civil establecía que el hijo de mujer casada se presume matrimonial aunque la madre declare como padre a una persona distinta del marido y por consiguiente el artículo 396° prohibía que el progenitor biológico reconozca la filiación del hijo de mujer casada.

Por los hechos expuestos, la identidad biológica del hijo extramatrimonial de mujer casada, revelaba una problemática sobre un hecho social con relevancia jurídica, el mismo que estaba siendo puesto en debate en el Congreso de la República, habiéndose presentado diversos proyectos; entre ellos, el del Grupo Parlamentario Fuerza Popular que con fecha 06 de noviembre de 2015 mediante Proyecto de Ley N° 4962-2015-CR, buscaba que a través de una declaración de filiación extrajudicial ante notario público se declare la paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada; asimismo, con fecha 04 de mayo de 2017 el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil RENIEC presentó el Proyecto de Ley N° 1394-2016, mediante el cual se proponía modificar los artículos 361°, 362° y 396° del Código Civil, con la finalidad de preservar el derecho a la identidad y el derecho al nombre de las personas.

Recientemente con fecha 24 de agosto del 2018 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1377, con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos del hijo o hija extramatrimonial de mujer casada y fortalecer la protección integral de las niñas, niños y adolescentes en cuanto a su derecho a la identidad; modificando los artículos 46°, 361°, 362°, 396° y 402° del Código Civil; por ello, la presunción legal de paternidad establecida en el artículo 361° señala: “El hijo o hija nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”; de igual manera, el artículo 362° indica: “El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido”; por lo tanto, se permite la declaración de la madre casada respecto a la identidad del presunto progenitor o

padre biológico de su hijo extramatrimonial al momento de la inscripción del nacimiento del menor en el Registro del Estado Civil.

Consecuentemente, la presunción legal de paternidad se ha flexibilizado y no será un obstáculo para la inscripción del nacimiento de un menor por la condición del estado civil de la madre, sino que ahora, la progenitora tiene legitimidad para declarar la identidad del padre biológico de su menor hijo y el funcionario del registro civil tiene la obligación de aceptar dicha declaración e inscribirlo sin más trámite ni objeción; además la declarante no tiene la obligación ni está condicionada a presentar documento alguno para demostrar la relación paterna entre el hijo y su progenitor, procediendo la inscripción solamente con la declaración expresa de la madre, el certificado de nacimiento vivo y su Documento Nacional de Identidad.

De igual forma, la modificación del artículo 396° del Código Civil sobre el reconocimiento del hijo o hija extramatrimonial de mujer casada permite que pueda ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido e identificado al padre del menor; con ello, se ha simplificado y facilitado el acto de reconocimiento voluntario de paternidad por parte del padre biológico al momento de la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil, ya sea cuando éste concurre conjuntamente con la madre al momento de la inscripción del nacimiento o posterior a la misma, siempre y cuando la madre declarante lo haya identificado como progenitor de su hijo; de esta manera, el menor es inscrito con el primer apellido del padre y la madre conforme lo estipula el artículo 20° del Código Civil.

Por consiguiente, para que opere el reconocimiento paterno del hijo extramatrimonial de mujer casada en sede administrativa, es presupuesto básico que la madre declarante indique expresamente que el hijo no es de su marido y que revele el nombre del progenitor; pero cabe preguntarse ¿Qué sucede si la madre no declara el nombre del progenitor de su hijo en el acto registral?, si bien es cierto la madre puede declarar que el hijo a inscribir no es de su marido pero la norma no le obliga a indicar quien es el padre de su hijo; asimismo, si después de

la inscripción del nacimiento del menor y no habiendo la madre declarado al padre de su hijo ¿Puede el progenitor en acto posterior concurrir solo o con la madre y proceder al reconocimiento del menor en el Registro Civil?; por otro lado, si la norma no hubiera indicado como requisito para el reconocimiento la identificación del progenitor por parte de la madre al momento de la inscripción del nacimiento ¿Se podría haber permitido el reconocimiento posterior por parte del padre biológico en el Registro Civil?.

Si bien se puede presumir que con la modificatoria de algunos artículos de la normatividad sustantiva civil se ha dado un paso importante para solucionar la problemática social en cuanto al derecho a la identidad y verdad biológica del hijo extramatrimonial de mujer casada en atención al principio del interés superior del niño; también es cierto que la simplificación esbozada por la norma actual, contiene como premisa básica la declaración expresa de la madre con relación al progenitor de su hijo, sin ningún otro medio probatorio tendiente a demostrar la relación existente entre el hijo y el progenitor para proceder a su filiación, por lo creemos que se podría vulnerar los derechos del cónyuge, del hijo y del padre biológico, entre ellos los siguientes:

- El cónyuge no tiene mecanismos inmediatos para oponerse a la declaración expresa de la madre sobre la identidad del padre de su menor hijo al momento de la inscripción de su nacimiento.
- El procedimiento de inscripción de nacimiento del menor genera indefensión al padre biológico debido a que la norma sustantiva civil no le habilita una etapa para su consentimiento u oposición a la inscripción debido a que ésta es inmediata.
- La aplicación del artículo 396° del Código Civil confiere a la madre un poder absoluto y de alta subjetividad para que con su sola declaración defina la situación del hijo, del progenitor y del cónyuge.
- La afectación de los derechos del cónyuge quien tendría que emplazar judicialmente a la madre, al hijo y al presunto padre biológico a través de una

acción de impugnación de paternidad por una filiación distinta en el Registro Civil, debido a que la declaración de la madre no se ajuste a la verdad y el hijo matrimonial sea inscrito como hijo extramatrimonial con un apellido y una filiación que no le corresponde.

- El riesgo que genera el reconocimiento de un menor sin ningún medio probatorio basado solo en la declaración de la madre y su derecho a la identidad en contraposición a su derecho a la verdad biológica.

1.2. Formulación del problema del problema de investigación

1.2.1 Problema general

¿De qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho de los sujetos vinculados en el acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada en Lima, año 2018?

1.2.2 Problemas específicos

¿De qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del progenitor invocado por la madre?

¿De qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del cónyuge?

¿De qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del hijo extramatrimonial de mujer casada?

1.3. Justificación del estudio

Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, P. (2014). En su texto Metodología de la Investigación mencionan que: “La justificación de la investigación indica el porqué de la investigación exponiendo sus razones. Por medio de la justificación debemos demostrar que el estudio es necesario e importante” (p. 40); en este caso, los autores del presente trabajo de investigación

esperan brindar un aporte con relación a la reciente modificatoria del artículo 396° del Código Civil y si esta modificatoria afecta el derecho del cónyuge, del progenitor y del hijo extramatrimonial de mujer casada.

1.3.1 Justificación teórica

Por el tipo de estudio esta investigación está orientada a la comprensión de la situación problemática que se producía antes de la modificatoria del Código Civil en cuanto a la presunción legal de paternidad y el reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada, realizando un análisis con la nueva disposición legal que flexibiliza la presunción de paternidad y el reconocimiento de paternidad contenido en el artículo 396° del Código Civil, conforme a los hechos detallados, la modificatoria de la normatividad sustantiva civil genera una nueva problemática al establecer como hecho determinante para el reconocimiento de paternidad la sola declaración expresa de la madre sobre la identidad del progenitor de su hijo; por ello, se pretende con la presente investigación que se generen lineamientos para la actuación de los diferentes actores que intervienen en el procedimiento de reconocimiento..

En ese sentido, la investigación busca contribuir con la reflexión jurídica y los aportes a la ciencia del derecho en relación a la problemática que circunda a la reciente modificación del artículo 396° del Código Civil peruano que tiene como propósito la regulación del hijo extramatrimonial de mujer casada, que implica el procedimiento de reconocimiento de paternidad y las facultades que le confiere a las madres progenitoras.

1.3.2 Justificación práctica

La presente investigación hace referencia a una realidad innegable que venían sufriendo los hijos extramatrimoniales de mujer casada a quienes por la presunción legal de paternidad se les reputaba hijos nacidos dentro del vínculo matrimonial y por ende se les impedía ser reconocidos en el registro civil por su verdadero padre biológico; por ello, la modificatoria del artículo 396° del Código Civil con la finalidad de proteger el derecho a la identidad y el nombre de las personas podría vulnerar los derechos de los sujetos vinculados al acto de

reconocimiento; hecho que será sometido a evaluación a través del juicio de expertos y especialistas en derecho de familia y registradores civiles, quienes serán entrevistados para que brinden su opinión al respecto. Por lo tanto, con la finalidad de proponer alternativas para solucionar estos casos complejos que ocurren en nuestra sociedad y en los que se encuentran comprometidos derechos fundamentales; proponemos que el acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada no solo debe basarse en la declaración de la madre sino que además se debe requerir por lo menos la declaración jurada legalizada ante notario público del cónyuge negando la paternidad.

1.3.3. Justificación metodológica

La presente investigación supera las exigencias del método científico y garantiza la objetividad de los resultados, respetándose todos los parámetros que requiere la aplicación del método científico para un enfoque cualitativo, cuyo diseño es interpretativo, empleando para ello el diseño de la Teoría Fundamentada y el Análisis de Casos con elección pertinente de las técnicas e instrumentos de recolección de datos como son la entrevista y el análisis documental con sus respectivas guías específicas debidamente validadas a través del juicio de expertos.

1.3.4. Relevancia

El estudio es trascendente porque trata un problema de actualidad al considerar a las madres de familia casadas que han procreado hijos extramatrimoniales con una tercera persona ajena al esposo sin haber disuelto su vínculo conyugal; la misma que se veía impedida de declarar el nombre del padre biológico de su hijo al momento de la inscripción del nacimiento y más aún la imposibilidad del progenitor de reconocer a su hijo ante el Registro Civil debido a la presunción legal de paternidad; por ello, se denota la importancia de la investigación porque muestra una realidad innegable con gran relevancia social debido a que la inscripción del nacimiento y el reconocimiento de paternidad de un recién nacido en el Registro Civil incide directamente en su identificación y su vida

futura; por lo que, la declaración de la madre ante el funcionario del registro civil debe ser real y despojada de toda subjetividad; asimismo, se enfatiza que las decisiones que adopte el funcionario del registro civil al evaluar la solicitud o pretensión de inscripción registral y reconocimiento de paternidad debe ser trascendente y acorde al Interés Superior del Niño.

1.3.5. Contribución

Con la presente investigación se pretende analizar la legislación sustantiva civil en cuanto a los procedimientos de reconocimiento paterno del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Registro Civil en concordancia y observando todos los elementos gravitantes y esenciales como el principio de igualdad de filiaciones, el derecho a su identidad y pertenencia a una familia, debido a que el artículo 396° del Código Civil antes de su modificatoria no protegía el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial de mujer casada respecto a su verdad biológica; por lo que nuestra contribución consistirá en establecer si la modificatoria del artículo en mención vulnera o no los derechos de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada en base a la modificatoria del artículo en comento.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo general

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada.

1.4.2. Objetivos Específicos

a. Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho del progenitor invocado por la madre.

- b. Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho del cónyuge.

- c. Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho del hijo extramatrimonial de mujer casada.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la Investigación

Según Ramírez (2014) “se entiende por trabajos previos a la presentación de hechos ya anteriores que servirán al investigador para responder las dudas que se presenten en la investigación” (p. 76); de igual forma, Monje (2011) indica que “los trabajos previos, tratan de ser un apoyo para el investigador en base a su investigación, quiérase decir, a lo que está investigando” (Monje, 2011, p. 76).

Por consiguiente, según los conceptos esbozados por los autores mencionados se desprende que los trabajos previos son los estudios precedentes realizados que servirán de apoyo al investigador para responder a las interrogantes que se le presenten durante la investigación.

Al realizar la búsqueda sobre antecedentes e investigaciones previas con relación al presente tema de estudio, se ha encontrado investigaciones nacionales e internacionales respecto al derecho a la identidad, reconocimiento y filiación extramatrimonial del hijo extramatrimonial de mujer casada; siendo necesario indicar que debido a la reciente modificatoria del artículo 396º del Código Civil, aún no existen estudios sobre la problemática que generaría la modificación de dicha norma legal.

2.1.1. Antecedentes nacionales

Ramírez, R. (2018) en su tesis titulada “*La intangibilidad del derecho a la identidad. Dos caras de una moneda: Impugnación de paternidad y declaración de paternidad en el hijo nacido de mujer casada*”, desarrollada en la Pontificia Universidad Católica del Perú para obtener el título de Abogado, concluye:

El tratamiento de la filiación en la legislación peruana resulta obsoleto, alejado de las orientaciones actuales, al seguir en la línea de protección de las estructuras familiares tradicionales y negarse a la armonización del derecho con la realidad. El sistema en que está inmersa la filiación es

restrictivo, al no permitir que los hijos extramatrimoniales alcancen su filiación, que gocen de su derecho a la identidad y del derecho a tener una vida familiar plena, la cual no solo comprende a la familia legítima sino a la familia de hecho, a una familia extramatrimonial. La filiación en nuestro sistema, está estructurada para preferir la verdad formal sobre la verdad real, al impedir que el padre biológico reconozca al hijo tenido con una mujer casada, y considerar solo la existencia de las relaciones fundadas en el matrimonio; violándose el principio de primacía de la verdad biológica y el derecho del hijo a ostentar la filiación que le corresponde y por consiguiente a la construcción de vínculos familiares sólidos y reales.

Herrera, F. (2017) en su trabajo de suficiencia profesional titulado *“Reconocimiento por parte del padre biológico de hijo extramatrimonial de mujer casada”*; desarrollada en la Universidad Tecnológica del Perú para obtener el título profesional de abogado, concluye:

En la actualidad, si bien se permite que el niño pueda llevar el apellido del padre biológico, no crea la filiación y por consiguiente no genera vínculo jurídico entre padre e hijo. Esto conlleva a que se vulnere el derecho a la identidad del menor y se afecte el Interés Superior del Niño. Asimismo, el menor puede ver afectado sus derechos alimentarios, derechos sucesorios, entre otros. En el caso del padre biológico, se le estaría afectando el derecho de reconocer a su hijo y por lo tanto no podría tener derecho a ejercer la patria potestad, solicitar la tenencia del menor, derecho al régimen de visitas. En el caso del hijo matrimonial y teniendo como fuente principal el acta de matrimonio de los padres, se crea la filiación automática, la patria potestad es ejercida por ambos esposos y el hijo matrimonial es sujeto de derechos alimentarios y sucesorios. Mientras que en el caso del hijo extramatrimonial, si uno de los padres no realiza el reconocimiento respectivo, no se crea la filiación automática, la patria potestad es ejercida por un solo padre y el hijo extramatrimonial no es sujeto de derechos alimentarios y sucesorios de parte del padre que no realizó el reconocimiento. El hijo extramatrimonial gozará de todos los derechos de un hijo matrimonial, cuando el reconocimiento haya sido

realizado por ambos padres. Por lo tanto no hay igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Ramos, L. (2017), en su tesis titulada *“Vulneración al derecho de identidad del hijo extramatrimonial de la mujer casada en los supuestos contemplados en los artículos 396º y 404º del Código Civil Peruano”*; desarrollada en la Universidad César Vallejo de Chimbote para obtener el título profesional de abogado, concluye:

El derecho a la identidad y el principio del Interés superior del niño, son lineamientos fundamentales e importantes, para la resolución de procesos, dado que nos referimos a un derecho fundamental de la persona y a un principio protegido a nivel internacional, inherentes al ser humano, que de ser vulnerados se estaría transgrediendo la normativa vigente que lo protege, como es el caso de nuestra Constitución Política del Perú 1993, y de los convenios a los que nuestro país está suscrito. Los supuestos contemplados en los artículos 396º y 404º del código civil peruano, vulneran el derecho a la identidad de la persona, al señalar de manera limitativa que para que proceda el reconocimiento del hijo extramatrimonial de la mujer casada y la declaración de paternidad del hijo de la mujer casada, previamente este hijo haya sido negado o contestado su paternidad por el cónyuge de la mujer y obtenido sentencia favorable; supeditando así a la voluntad del marido de la mujer, para que el hijo de esta, pueda conocer su verdad biológica, y en base a ellos ir formando su identidad y personalidad, así como disfrutar de los derechos que le corresponden de su verdadera identidad y origen.

Aguilar, I. D. (2017) en su tesis titulada *“La negación del padre al reconocimiento del hijo y la impugnación de la presunción de paternidad en los Juzgados de Familia de Lima”*, desarrollada en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega – Escuela de Posgrado para obtener el Grado de Magister en Derecho, concluye:

La negación del padre al reconocimiento del hijo influye directamente en la Impugnación de la presunción de paternidad en los Juzgados de Familia de

Lima. La declaración de la madre que el menor no es hijo de su marido, es una presunción que influye plenamente en la impugnación de la presunción de paternidad. La no cohabitación del marido con su mujer en los primeros ciento veintidós días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo, determinadamente va influir en la impugnación de la presunción de paternidad. La determinación de que el padre adolezca de impotencia absoluta es un factor que va influir directamente en la impugnación de la presunción de paternidad. La demostración a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental, es un elemento probatorio que va influir plenamente en la impugnación de la presunción de paternidad.

Carpio, L. (2014) en su tesis titulada *“Reconocimiento del hijo de mujer casada en el Registro del Estado Civil y su implicancia en el Derecho a la Identidad del menor de edad: Propuesta de Reforma del Código Civil de 1984”*, desarrollada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Escuela de Posgrado para obtener el Grado de Magister en Derecho, concluye:

El derecho al nombre como parte del derecho a la identidad, implica además el derecho que tiene toda persona de poder conocer su origen y quiénes son sus progenitores por lo que mal se puede sostener que se está protegiendo la identidad de una persona al mantenerla en la creencia, a través de un documento oficial (Acta de Nacimiento) que su padre es una persona que biológicamente no tiene tal calidad, como ocurriría en los casos de hijos extramatrimoniales de mujer casada, ya por aplicación de la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*, (“Es padre aquel que indican las nupcias”) el nombre del menor no guarda concordancia con su verdadera identidad; en ese sentido surge la necesidad de adoptar nuevas disposiciones que en privilegio del derecho a la identidad permitan el reconocimiento del hijo de mujer casada en el acto de registro de nacimiento por la persona que la madre declare como padre del menor (presunto padre biológico), a fin de que su estado filiatorio concuerde con su identidad biológica, salvo prueba en contrario.

2.1.2. Antecedentes internacionales

Quintero, J. D. y Faneri, L. (2015) en su tesis titulada *“Reconocimiento de hijos extramatrimoniales y análisis jurisprudencial de la irrevocabilidad de los actos de reconocimiento”*; desarrollada en la Universidad Cooperativa de Colombia para optar por el Grado de Abogado, concluyen:

En Colombia, los hijos extramatrimoniales alcanzaron la igualdad de derechos en relación con los hijos habidos dentro del matrimonio, entre otras cosas, gracias a los pronunciamientos jurisprudenciales y legales que propendieron por destacar la igualdad de derechos entre unos hijos y otros. La Ley 75 de 1968 por medio de la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, prescribió respecto de la filiación, la investigación de la paternidad y los efectos del estado civil, que el reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce. La Corte Constitucional, dentro de esa línea jurisprudencial ha destacado que la definición y certeza de la paternidad natural se puede lograr, bien por la vía del reconocimiento que hace el padre del hijo o a través de la vía judicial, es decir, impulsado por un demandante quien debe estar legitimado legalmente para ejercer la acción de investigación de paternidad.

Valverde, M. (2013) en su tesis titulada *“La presunción legítima de paternidad y su complementariedad con los derechos fundamentales: necesidad de legislar en favor de las minorías”*; desarrollada en la Universidad de Costa Rica para optar el Título de Licenciada en Derecho, concluye:

La normativa costarricense concede legitimación activa al padre biológico, al registral, a la madre y al hijo, para que presenten procesos con el fin de corregir los vínculos paterno-filiales. Para estos efectos, el Código de Familia reconoce procesos tales como el reconocimiento de hijo de mujer casada, la impugnación de paternidad y la declaratoria de extramatrimonialidad. En efecto, se concluye que al aplicar de manera estandarizada la presunción, se corre el riesgo de vulnerar estos Derechos Fundamentales; ya que en gran cantidad de casos no hay correspondencia

entre la verdad biológica y la registral; de tal modo, hay padres que no son progenitores y progenitores que no son reconocidos como padres según la óptica del Derecho. Tal situación tiene repercusiones de índole personal y patrimonial; tanto en los padres biológicos y registrales, como en los hijos. Al respecto se determinó que el consignar como padre a un hombre que no es el progenitor ocasiona que los hijos tengan que llevar el apellido de un individuo que no tiene relación biológica con él, de modo que si más adelante se lleva a cabo un proceso para corregir el vínculo paterno-filial, ese hijo tendrá que adaptarse a un nuevo nombre y en efecto, podría experimentar un quebranto en su identidad e inclusive en su dignidad.

Proaño, S. (2013) en su tesis titulada *“La identidad biológica vs la identidad legal: derivado de la presunción de paternidad”*; desarrollada en la Universidad San Francisco de Quito para optar por el Título de abogada, concluye:

El derecho a la identidad del menor tiene rango constitucional, el artículo 45 de la Carta Magna hace referencia al derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a la identidad. La identidad biológica encuentra su fundamento en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo origen se enmarca en la apropiación ilícita de menores, pero cuya interpretación ha sido introducida para analizar la filiación. El derecho a la identidad personal tiene dos dimensiones, una estática que engloba los elementos de identificación de una persona, dentro de los cuales se presentan los datos de nacimiento, filiación, características físicas y demás elementos que suelen ser inamovibles. La segunda dimensión es una dinámica, que ha sido determinada como una proyección social, como aquella que comprende el conjunto de atributos y calificaciones de la persona, es una identidad que evoluciona y cambia, y es que el derecho a la identidad es más que el mero componente biológico, como mal ha querido fundamentarse. La identidad legal, enmarcada en la determinación de la filiación por las presunciones de paternidad ha tenido un declive en cuanto a su eficacia, por ser consideradas como normas rígidas que no permiten la determinación del verdadero nexo biológico.

Cantoral, K. (2015) doctora en derecho judicial y profesora investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco – México, en su estudio sobre *“El derecho a la identidad del menor: el caso de México”*, concluye:

El menor tiene derecho a conocer la verdad sobre su origen, lo que le permite tener un nombre y una filiación, lo que le permitirá acceder a otros derechos tales como la salud y la educación. En el caso de menores, la falta de registro de nacimiento los coloca en una situación de gran vulnerabilidad, porque les impide ejercer otras prerrogativas, tales como el acceso a la educación, servicios de salud, la expedición de un pasaporte, inclusive el derecho a que el menor pueda conocer exactamente la fecha de nacimiento y sus orígenes. Las garantías del derecho a la identidad del menor son el registro de nacimiento y la expedición de la cédula de identidad, en cuanto a la primera se está trabajando en la armonización del Registro Civil y en cuanto a la segunda todavía hace falta mucho camino por recorrer en el sistema jurídico mexicano. La experiencia en el ámbito internacional permite afirmar que la negación del registro de nacimiento afecta principalmente a niños y niñas de escasos recursos, como aquellos que habitan en áreas rurales, remotas o aisladas, incluyendo zonas fronterizas y zonas de poblaciones indígenas, situación que aumenta su grado de vulnerabilidad al no tener la posibilidad de conocer su origen y poder gozar del ejercicio de otros derechos.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El Código Civil

En el campo del derecho se entiende por código al grupo de normas legales sistemáticas que permiten regular una cierta materia de forma unitaria.

Cuando se habla de Código Civil se hace referencia a un conjunto ordenado, sistematizado y unitario de normas contemplados por el derecho privado. Se trata, por lo tanto, de normas creadas para ejercer un control sobre los vínculos civiles establecidos por personas tanto físicas como jurídicas, ya sean

privadas o públicas, respecto a esta última alternativa, cuando las personas actúan como particulares desprovistas del *ius Imperium*.

El Código Civil peruano es el cuerpo legal que reúne las bases del ordenamiento jurídico en materia civil en el Perú. Entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984 y fue promulgado mediante Decreto Legislativo N° 295 del 25 de julio de 1984. Consta de X libros contenidos en 2122 artículos así como de un título preliminar y final.

2.2.1.1. El Artículo 396° del C. C. antes de la modificatoria por DL. 1377

El Artículo 396° del Código Civil se encuentra establecido en el Libro III Derecho de Familia, Título II, Filiación Extramatrimonial que prescribe el reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada y que antes de su modificatoria indicaba “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”; por lo tanto, el padre biológico estaba impedido de reconocer la filiación a pesar de que el niño se podía identificar con su familia biológica, vivir con ellos, desarrollarse con su padre; pero oficialmente no era posible y tampoco podía gozar del beneficio del seguro del padre biológico, llevar su nombre, entre otros derechos que le correspondía; por ello el hijo estaba supeditado a que el aún marido de la madre realizara una acción de impugnación de la paternidad y que un juez en última instancia fallara favorablemente y si el marido no realizaba ninguna actividad procesal para impugnar la paternidad implicaba la aceptación de tal paternidad.

Este artículo fue elaborado teniendo como fuente principal a la derogada Carta Magna de 1979; en donde imperaba el principio de protección del matrimonio, el derecho a la intimidad de los progenitores sobre el derecho de los menores de edad a conocer su origen biológico, conforme al artículo 2.5 de la Constitución que indicaba: “toda persona tiene derecho... a la intimidad personal y familiar (...)”; y más aún que en dicha carta magna no existía ni estaba prescrito aún el derecho a la identidad. De esta forma, se proscribía cualquier tipo de intervención estatal en el descubrimiento de la real paternidad o maternidad de

una persona natural sobre la base del artículo 6° de la Constitución Política del Perú de 1979 que prescribía el principio de la paternidad responsable, pues se consideraba que en la filiación solo concurrían intereses privados (Plácido, 2015, pp. 139-140).

Asimismo, en la Constitución de 1979, el sistema constitucional de filiación respondía a la concepción de familia, la familia matrimonial que en su artículo 5° indicaba: “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”; ello importaba ponderar preferentemente el principio favor legitimitatis que venía a ser la extensión de la protección dispensada al matrimonio a favor de los hijos que nacen dentro de él; por ello, el vínculo filial no siempre podía o debía coincidir con la verdad biológica sino lo que imperaba era la verdad legal.

Por consiguiente, el supuesto de hecho previsto en el artículo 396° del Código Civil se sustentaba en el principio favor legitimitatis, fundado sobre la base del deber de fidelidad, el derecho al compromiso sexual de los cónyuges y en la presunción de paternidad matrimonial. De esta forma, se partía de la siguiente premisa: “se supone que el embarazo de una mujer casada es obra de su marido (Cornejo, 1985, pp. 13-14); siendo así, éste será el padre de los hijos que alumbró aquella, pese a la existencia de pruebas que demuestren lo contrario.

En consecuencia, los fundamentos del artículo 396° del Código Civil podían resumirse de la siguiente manera: a) la acción de impugnación de la paternidad matrimonial correspondía solo al marido; b) la presunción de que las personas casadas cumplen sus deberes conyugales y c) el matrimonio es la única fuente de la que surge la familia y requiere protección (Plácido, 2015, p. 137).

Esta interpretación perduró hasta el año 1993, periodo en el que entró en vigencia la actual Constitución Política del Perú; sobre la que se instituyeron nuevos principios y derechos ligados estrictamente al Derecho de Familia. De este modo, se inició una nueva época, la del Estado Constitucional y Social de

Derecho, en donde el matrimonio deja de ser la única fuente generadora de familia, y en el que se reconoce expresamente el derecho a la identidad, permitiendo así que se adopten restricciones al derecho a la intimidad de los cónyuges para favorecer otros derechos de los menores de edad, como el derecho a conocer su origen biológico sobre la base del “principio favor veritatis” y a ser cuidado por sus verdaderos progenitores.

El actual sistema constitucional permite que todo menor de edad pueda descubrir su origen biológico, lo que implica salvaguardar su derecho a la identidad, a fin de que pueda ser cuidado por sus verdaderos progenitores. Estos derechos se encuentran reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que el Estado peruano se encuentra obligado a velar por su efectivo ejercicio, respeto, preservación y reconocimiento. No obstante, no siempre es así, una inconsistencia normativa impide que esta garantía pueda ser cumplida en los casos de inscripciones de nacimientos de niños y niñas, hijos de mujer casada habidos con persona distinta al marido, dejándolos en una situación que no corresponde a la realidad, con una identidad que no les corresponde, pues conforme a las disposiciones legales vigentes les sería otorgado el primer apellido del esposo de la madre, atribuyendo a este último la paternidad a pesar de no ser el padre biológico¹.

Por consiguiente, considerando que toda decisión que involucre a un niño, niña y adolescente debe salvaguardar su interés superior; se ha aplicado el control difuso en algunas decisiones judiciales, sobre el artículo 396° y 404° del Código Civil en salvaguarda del derecho a la identidad y al principio del interés superior del niño y adolescente, conforme se desprende de la Casación N° 2726-2012-Del Santa del 16 de julio de 2013, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la demanda sobre impugnación de reconocimiento de paternidad efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C y pese a que el marido de la madre (demandado) no realizó ninguna acción para negar la paternidad del hijo procreado por un tercero y siendo el único legitimado para hacerlo conforme al

¹ Fundamento 4.5 de la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1377.

artículo 396°, la paternidad le fue reconocida judicialmente al demandante (padre biológico); por lo tanto inaplicó los artículos mencionados y precisó que las medidas a aplicar para definir su filiación deben ser interpretadas conforme al principio de interés superior del niño.

2.2.1.2. El Artículo 396° del Código Civil modificado por DL 1377

Como consecuencia de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo mediante Ley N° 30823 por parte del Congreso de la República para legislar en materia de prevención y protección de las personas en situación de violencia y vulnerabilidad, el sustento para que se realice la modificatoria del artículo 396° y otros del Código Civil, se encuentran detalladas en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1377, que señalan:

Los artículos 361°, 362° y 396° del Código Civil no han sido modificados desde su promulgación en 1984 y son normas que necesitan ser ajustadas a la realidad actual, porque no sólo limitan las inscripciones de nacimiento de aquellos niños (as) que habiendo nacido dentro de un vínculo matrimonial, la paternidad corresponde a persona distinta del marido, sino también porque propician a que la madre se vea obligada a inscribirlos con el apellido del marido y no con el del verdadero padre, lo cual es vulneratorio a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Así mismo, los artículos 361 y 362 del Código Civil restringen el acceso al Derecho al nombre y a la identidad de las niñas, niños y adolescentes, cuando estos son hijos de persona distinta al marido de la madre, sin embargo, la Constitución Política del Perú de 1993 y los tratados internacionales suscritos por el Perú si lo garantizan. En este sentido, la incorporación a nuestro sistema jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño, permite priorizar la satisfacción del derecho de la niña, niño y adolescente a su verdadera identidad, conforme al principio del interés superior y a lo establecido en la Constitución Política del Perú.

Los artículos citados vulneran el derecho a la identidad, al establecer una filiación que no corresponde a la realidad biológica de las niñas, niños y adolescentes. Consecuentemente, estos artículos devienen en inconstitucionales, en tanto impiden que el niño, niña y adolescente sea reconocido por su padre biológico y acceda a los derechos que les correspondan, limitando el ejercicio de los mismos.

Por ello, corresponde al Estado en su rol de garante de derechos, adoptar nuevos mecanismos legales que redunden en beneficio e interés de las niñas, niños y adolescentes. Estos, deben tener igual o mayor protección que la que se pretende con la presunción de paternidad, toda vez que "el nombre, debe ser expresión del proceso de autoconstrucción del sujeto, es decir, de la identidad que cada quien se forja de sí mismo, y no la proyección de lo que los demás o el Estado pretende imponernos" (Donayre, 2010: 92-96); en consecuencia, teniendo todo este marco normativo en consideración, es evidente que el Código Civil vigente, no puede ser indiferente a la realidad actual, considerando por ello, conveniente la modificación de los artículos 361º, 362º y 396º del Código Civil, a fin de no continuar vulnerando el derecho fundamental a la identidad que tienen las niñas, niños y adolescentes.

Por ello, uno de los fundamentos esenciales para que se produzca la modificatoria del Código Civil entre ellos el artículo 396º, se basa en el derecho a la identidad, derecho que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables del Perú, lo describe como:

La imagen de la persona que se proyecta a través de rasgos y signos característicos que son inherentes a ella y que la diferencian de las demás; estos rasgos son invariables en el tiempo y permiten a los demás conocer a la persona en sí misma, en lo que real y específicamente ella es. La identidad es el sello característico de cada persona, considera aspectos culturales, lingüísticos, religiosos y sociales que conlleva a que la persona se reconozca a sí misma y se distinga de las demás, presentándose con un nombre y una identificación.

Para el maestro Fernández Sessarego, el derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Esta identidad se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro. Es fluida, se crea con el tiempo, es cambiante. (Fernández, 1992: 113).

El derecho a la identidad es una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática) en la que se encuentran datos como el nombre, el domicilio, las generales de ley, entre otros, así como su proyección social (identidad dinámica), vale decir, el conglomerado ideológico de una persona, sus experiencias, sus vivencias, tanto su ser como su quehacer". (Espinoza, 2006, p. 279).

Siguiendo la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1377, prescribe que el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a llevar los apellidos de su padre y su madre, siendo obligación del Estado asegurar legalmente este derecho sin discriminación de ningún tipo. El inciso 2 del artículo 24° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ordena que todo niño sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. El artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados de preservar la identidad de las niñas, niños y adolescentes, incluyendo su nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares; en tal sentido, cuando sea privado ilegalmente de algunos de estos elementos de su identidad, el Estado debe brindar la asistencia y protección para la rápida restitución de dicho derecho.

El artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes establece que la niña, niño y 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 a llevar sus apellidos, siendo obligación del Estado, preservar la

inscripción e identidad de las niñas, niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal. El derecho del niño a conocer a sus padres, al igual que en el Código de los Niños y Adolescentes aparece expresamente recogido en el artículo 7, numeral 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, que menciona: "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 lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

Al respecto, Alex Plácido Vilcachagua señala que "el derecho a conocer a los padres supone ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad. Por tanto, es posible afirmar que el interés directamente protegido en este derecho se concreta en un interés o derecho de todas las personas a su identidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares". En ese marco, el derecho a conocer a los padres establecido por la Convención de los Derechos del Niño se centra en la determinación del vínculo filial que realmente corresponda por naturaleza, independientemente del estado civil de los padres (unidos o no en matrimonio); condición que debe primar respecto a disposiciones legales que lo hagan ineficaz.

En ese orden de ideas, la identidad personal es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, es la imagen de la persona que se sustenta en su libertad; por cuanto, el derecho a la identidad personal es un derecho fundamental de todo ser humano que opera desde el momento de su nacimiento y se materializa con la inscripción en el Registro Civil, desde entonces se convierte en sujeto de derechos y obligaciones; por lo que la inscripción constituye la prueba de su existencia de la persona como parte de una sociedad y por lo tanto adquiere un nombre, apellidos, fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad, entre otros atributos de la personalidad; pero para que opere este derecho humano y constitucional se tiene que cumplir con lo señalado en la Convención sobre los Derechos del Niño y demás disposiciones supranacionales

y nacionales que el niño desde que nace y en la medida de lo posible tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, lo que supone según Plácido la protección del menor frente a acciones contrarias a su dignidad.

La nuevas disposiciones del artículo 396° del Código Civil modificado por Decreto Legislativo 1377 publicado el 24 de agosto del 2018 en el Diario Oficial El Peruano, con el objeto es el de garantizar el derecho a la identidad del hijo o hija extramatrimonial de mujer casada permitiéndose la inscripción y reconocimiento de su madre y padre biológicos en sede administrativa, prescribe:

El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al Registro Civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando ésta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Analizando la modificación del presente artículo, se aprecia que el postulado principal es la denominada “declaración expresa”, la misma que según el diccionario de derecho, indica que “La declaración expresa es la manifestación inequívoca de la voluntad mediante el lenguaje hablado, escrito o mímico. Está orientada de forma directa e inmediata a hacer conocer la voluntad interna, siendo intrascendente el vehículo o mecanismo de exteriorización”.

La doctrina establece que la manifestación de voluntad es la exteriorización o reconocimiento de un hecho con la finalidad de dar a conocer hacia los demás lo que se desea con un determinado acto, siendo así la manifestación de voluntad consuma un acto jurídico y que según el artículo 140° del Código Civil define al acto jurídico como “la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas” y para su validez se requiere: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Así mismo, el artículo 141° del Código Civil, prescribe:

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que exista manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Por lo tanto, el registrador civil debe tener en consideración al momento de inscribir el nacimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada, la declaración expresa de la madre que indique que “el hijo no es de su marido”, declaración que puede ser expresada en cualquiera de sus formas ya sea oral, escrita, manual, mecánica o electrónica; ello implica que el funcionario del registro no puede condicionar la inscripción a que la madre escriba o firme un documento con su declaración, toda vez que puede tratarse de una persona iletrada o invidente y/o hablar otro idioma distinto al castellano; por ello, debe evaluar la declaración de la madre y cuya interpretación debe ser integral, transversal y sistémica dentro del marco jurídico aplicable.

Se debe considerar que uno de los elementos de validez del acto jurídico, es ser agente capaz; en este caso, la declaración debe provenir de una persona con capacidad de goce y capacidad de ejercicio, conforme al artículo 42° del Código Civil que indica “Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad salvo lo dispuesto en los artículos 43° y 44°”. Con dicha disposición legal se está reconociendo que una persona llega a ejercer plena capacidad al cumplir los 18 años de edad, salvo algunas excepciones contempladas en la norma; asimismo, se especifica la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa ya sea por un dato objetivo como la edad en los cuales eran considerados como incapaces relativos los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por la ley; o por un dato subjetivo como la deficiencia física o mental.

Del mismo modo, el artículo 46° del Código Civil prescribe la capacidad adquirida por matrimonio o título oficial; la norma indica que la incapacidad de las persona mayores de dieciséis (16) años cesa por contraer matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio; en cambio, tratándose de mayores de catorce (14) años la incapacidad cesa a partir del nacimiento del hijo o la hija y por lo tanto el menor mayor de catorce años está facultado para realizar actos como el reconocimiento de sus hijos e hijas; por consiguiente, el menor o la menor, luego de haber cumplido 14 años de edad y para efectos de reconocimiento de su hijo o hija, es considerada persona plenamente capaz y no necesita de terceros ni haber cumplido la mayoría de edad para ser parte activa en los procesos y procedimientos de filiación y otros derechos reconocidos por Ley.

Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1377 que modificó el artículo 46° del Código Civil con la finalidad de garantizar el derecho a la identidad y el nombre de los niños, niñas y adolescentes, se ha extendido las facultades de las personas mayores de catorce (14) años que ahora no solo pueden reconocer a sus hijos sino que además pueden inscribir su nacimiento en el registro civil; celebrar conciliaciones extrajudiciales a favor de sus hijos, solicitar su inscripción en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales, tramitar la expedición y obtener su DNI e impugnar judicialmente la paternidad.

La modificatoria establecida en el DL. 1377 ha flexibilizado la presunción legal y facilitado el acto de reconocimiento voluntario de paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada al momento de la inscripción del nacimiento del menor en el Registro Civil, siendo procedente con la sola declaración expresa de la madre cuando indique al registrador civil que su marido no es el padre de su hijo a inscribir, así como que identifique en dicho acto al progenitor del mismo; siendo así, si el padre biológico ha concurrido junto con la madre a inscribir el nacimiento de su hijo y luego de su declaración, puede reconocerlo en el mismo acto; pero si la madre ha concurrido sola y ha revelado la identidad del progenitor de su hijo, el padre posteriormente podrá reconocerlo y solo así habrá entroncamiento o filiación.

Hay que tener en consideración que la norma no obliga a la madre a revelar al momento de la inscripción del nacimiento de su hijo la identidad del padre del menor; por tanto, es un derecho de la madre el declarar que su marido no es el padre de su hijo, pero a la vez, puede darse el caso que no revele el nombre del progenitor; por ello, el reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada dependerá de la declaración que realice la madre al momento de efectuar la inscripción de su nacimiento en el registro civil porque si no revela la identidad del progenitor, tampoco puede éste en acto posterior reconocer a su hijo en sede administrativa así se presente solo o acompañado de la madre del menor.

Lo especificado en el acápite precedente no implica que al no poderse llevar a cabo el reconocimiento en el Registro Civil porque la madre no lo declaró como el progenitor del menor, la persona que se considere padre no pueda reconocer a su hijo, pero para ello tiene que accionar en otras vías de conformidad al artículo 390° del Código Civil que prescribe las formas de reconocimiento ya sea por escritura pública o en testamento y/ lo indicado en el artículo 402° modificado, mediante una demanda de declaración judicial de paternidad extramatrimonial; luego y conforme a Ley N° 29032, se genera una nueva acta de nacimiento por cuanto el reconocimiento de paternidad o maternidad se ha realizado con posterioridad a la fecha de inscripción del nacimiento y con el objeto proteger la intimidad de las personas.

2.2.2. Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada

El Código Civil en su artículo 386° prescribe “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio” y conforme lo indica la doctrina el hijo extramatrimonial es el nacido de padres que al tiempo de la concepción y del nacimiento no han contraído matrimonio.

La doctrina en materia de filiación indica que existen dos tipos de hijos extramatrimoniales: **1)** el hijo concebido y nacido de padres solteros, denominado hijo extramatrimonial puro, siendo así, no existe ningún inconveniente legal ni

administrativo que se oponga para que el menor sea inscrito y reconocido por su padre biológico en el Registro Civil y 2) el hijo de mujer casada concebido por un tercero ajeno al marido cuya inscripción y reconocimiento en sede administrativa requiere de ciertos presupuestos que la norma sustantiva civil ha impuesto.

Por consiguiente, se denomina hijo extramatrimonial de mujer casada al hijo (a) de madre casada procreado con una tercera persona diferente a su marido, llamado también hijo extramatrimonial impuro; debido a que uno o ambos progenitores tienen impedimento matrimonial al encontrarse casados mediante matrimonio civil con otra persona y que al tiempo de la concepción y nacimiento de su hijo no han disuelto su vínculo matrimonial; no importando que ambos puedan vivir o no formando uniones de hecho irregulares; situación problemática que se observa diariamente en nuestra realidad social.

2.2.2.1. La identidad biológica del hijo extramatrimonial de mujer casada

La identidad en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada se produce con el reconocimiento voluntario del padre biológico en el Registro Civil, es allí cuando se materializa el derecho del menor a conocer su verdad biológica, en concordancia con estipulado el artículo 396° del Código Civil modificado por el Decreto Legislativo N° 1377. “Este derecho le confiere a cualquier persona la posibilidad de conocer su origen y su identidad filiatoria, por lo tanto consagra el derecho de saber quién lo engendró con la posibilidad de poder conocerlo y relacionarse con él” (Belluscio, 2004: 759).

Para la abogada de nacionalidad argentina Paula Siverino, al hablar sobre el derecho a la identidad y verdad biológica, ha indicado que:

Para los menores será de gran importancia verse identificados con sus padres biológicos, dado que para ellos tendrá un gran valor que sus verdaderos padres los reconozcan. Es así como, la personalidad no se forma, entonces, en un proceso solo determinado mediante la transmisión de actitudes y valores por los padres y otros integrantes del grupo familiar, sino también por las disposiciones hereditarias del sujeto, ante lo cual la

vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica. (Siverino, 2013, p. 14)

En el Perú, no existe una norma expresa que consagre el derecho de las personas a conocer su identidad biológica, pero, la doctrina y la jurisprudencia si la han considerado; por ello, en los últimos años, han empezado a aparecer algunos fallos; unos con ideas muy plausibles y otros más bien discutibles (Cárdenas, 2015, p.48); por consiguiente, las decisiones judiciales plasmadas en algunas sentencias vienen privilegiando la protección del derecho fundamental a la identidad del menor reconocido no solo en la Constitución sino también en las normas supranacionales suscritas por el Estado Peruano y en muchos casos han inaplicado al caso en concreto las normas legales que se oponen al principio del interés superior del niño y al derecho a la identidad.

En la jurisprudencia internacional se tiene como antecedente la Sentencia del TEDH del 27 de octubre de 1994 en el Caso Kroon vs Países Bajos. El mencionado precedente versa sobre el reclamo de la madre de un niño. Mrs. Kroon, ante la Corte Regional de Amsterdam a fin de obtener la declaración de que su marido no era el progenitor de aquél, posibilitando de esta manera el reconocimiento de quien decía ser su padre biológico. Luego de haber agotado la vía interna con resultado desfavorable, la demandante recurre al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el tribunal cuestiona la presunción de paternidad no solo desde el punto de vista de su impugnación, sino, también, en cuánto aquella impide la determinación de la filiación a favor del progenitor extramatrimonial conforme a la verdad biológica. En este caso en concreto, el vínculo biológico del progenitor extramatrimonial se ve amparado por la posesión de estado. Por tanto, el tribunal no proclama la primacía absoluta de la verdad material, sino que defiende que la verdad biológica y social han de prevalecer sobre la presunción legal cuando ésta no beneficia a nadie. Contario sensu, entiende que si la presunción de paternidad ampara una filiación contraria a la verdad biológica, pero que beneficia al hijo, porque es una filiación vivida, no es contrario al Convenio mantener esta realidad social, aunque se limite el acceso a los tribunales del verdadero progenitor para reclamar su paternidad. Si bien es cierto

que el interés superior del hijo no es la guía de argumentación de esa sentencia, en la práctica, la decisión no le perjudica. El hijo nunca había mantenido una relación familiar con su padre legal, al contrario, vivió desde siempre con su progenitor y, es más, se une a la acción impugnatoria de su madre y de su padre biológico, por lo que en este caso la verdad biológica se ve consolidada y respaldada por la verdad social.

2.2.2.2. La filiación

Etimológicamente la palabra filiación deriva de la voz latina filius (que los antiguos españoles pronunciaban como fillo, fiio, fijo y, por último hijo), que a su vez se origina de filium que significa hijo procedencia del hijo respecto de los padres o, simplemente, relación del hijo con sus progenitores (Peralta, 2002, p. 345).

La filiación constituye un vínculo jurídico quizás uno de los más importantes que el derecho contempla, porque de él derivan un conjunto de derechos, deberes, funciones y en general, relaciones entre dos personas que en muchos casos perduran por toda la vida (Schmidt y Veloso, 2001, p. 81); ello quiere decir, que la filiación es la vinculación con una familia, el entroncamiento de los hijos con sus padres, por ende es la relación entre un padre, una madre y un hijo o hija.

La filiación puede ser definida de dos formas: en un sentido genérico y en un sentido estricto. En la primera acepción, la filiación viene a ser el lazo que une a un determinado sujeto individual con todos sus ascendientes y descendientes; en cambio, en el segundo sentido, la filiación es conceptualizada como el vínculo que une a los hijos con sus progenitores (Bustamante, 2015, p. 128).

La filiación en sentido estricto se determina de tres maneras: por naturaleza, por adopción y por la voluntad procreacional. La filiación determinada por naturaleza se caracteriza porque el vínculo parental se sustenta en la existencia de un lazo biológico que une a los progenitores con sus descendientes consanguíneos de primer grado; en tal sentido, dependiendo del momento en que

es procreado o nace el hijo, podemos estar frente a una filiación matrimonial o a una filiación extramatrimonial (Sokolich, 2012, p. 63).

La filiación por adopción es definida como aquella que es constituida sobre la base de un vínculo jurídico legal, que permitirá al adoptado adquirir la calidad de “hijo” del adoptante. Es decir, el vínculo filial existirá debido a que un texto normativo la regula como la consecuencia jurídica de un determinado supuesto de hecho. La filiación por la voluntad procreacional es aquella que se basa en un vínculo afectivo e intencional, en donde una persona que no puede tener hijos, ya sea por factores congénitos o adquiridos, desea someterse a un tratamiento médico especializado, técnicas de reproducción humana asistida para lograrlo; por ende, será un supuesto “ausente de biogenicidad generativa pero construida sobre la base de la voluntad y el afecto” (Varsi, 2013, p. 66).

Varsi Rospigliosi, indica que la filiación en sentido genérico es aquélla que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, la filiación en sentido estricto es la que vincula a los hijos con sus padres y que establece una relación de sangre y de derecho entre ambos (Varsi, 2001, p. 191). La filiación es una relación jurídica de primera generación que surge del parentesco en razón de dos personas, una denominada padre y otra denominada hijo. A todos les interesa tener debidamente identificada su filiación. Es por eso que cuando esta no ha sido establecida, de manera voluntaria o indicada por la ley, surgen problemas de orden filiatorio, y se dan una serie de acciones para identificar quién es la madre o el padre de una criatura. (Entrevista realizada a Enrique Varsi Rospigliosi por Sandra Gutierrez Iquise para la Revista Legis. Pe).

La filiación es la relación que vincula una persona con todos sus antepasados y sus descendientes y, en sentido estricto, la que vincula a los padres con sus hijos. Desde el punto de vista natural y biológico, todos los individuos son hijos de una madre y de un padre, inclusive los niños concebidos por el procedimiento in vitro tienen de una manera un padre y una madre, sean éstos conocidos o desconocidos (Cornejo, 1985, p. 11).

Al hablarse de la procreación de los hijos, existe entre padres e hijo un vínculo natural así como una relación de derechos y deberes que los mismos deben cumplir, por ello la filiación está determinada por la paternidad o maternidad. Al ser la filiación una institución del Derecho de familia, es menester precisar que la procreación genera una serie de derechos y deberes de los progenitores respecto a su prole, sean o no reconocidos (Beltrán, 2007, p. 24).

De los aportes doctrinarios se desprende que la filiación es una institución del derecho de familia considerado como el vínculo natural, biológico existente entre el hijo y los padres que lo han procreado, vínculo que nace naturalmente con la procreación del hijo, pero que legalmente deriva con el reconocimiento de los padres a sus hijos o en caso de ausencia de reconocimiento, por presunción de la misma ley y hasta por mandato judicial. Nuestro sistema jurídico contempla dos tipos o formas de establecer la filiación en matrimonial y extramatrimonial.

El sistema Constitucional de filiación de la Constitución de 1993 responde a la concepción de familia. La familia es una sola sin importar su origen matrimonial o extramatrimonial (artículo 4° y 5°). La promoción dispensada al matrimonio no impide la investigación de la paternidad o maternidad a fin de que el vínculo filial tienda a coincidir con la verdad biológica (principio favor veritatis); pues no es suficiente una determinación meramente formal.

Por ello, el sistema constitucional de filiación debe sustentarse en los principios de “favor veritatis” que viene a ser el descubrimiento de la verdad biológica; el “principio de igualdad de filiaciones” que indica que todos los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres, ello implica otorgar un mismo trato legal; y el principio “favor filii” que protege los intereses del menor.

a. La Filiación matrimonial

Se denomina filiación matrimonial a la que se genera dentro del matrimonio de los padres, que viene a ser su causa determinante, de ahí que se puede decir

que son matrimoniales los hijos habidos durante la vigencia del matrimonio de sus progenitores.

La Filiación matrimonial se da cuando los hijos nacen dentro de un matrimonio. El niño o niña nacido durante la vigencia del vínculo matrimonial se presumirá hijo del esposo, esta presunción se extiende aun a los concebidos antes del matrimonio, así como a los nacidos en fecha posterior al término del matrimonio, que hubieran sido concebidos dentro de él; conforme a la presunción de paternidad matrimonial contenida en el artículo 361º del Código Civil. Por tanto, la inscripción del nacimiento hecha por uno de los cónyuges con la presentación del certificado de matrimonio, prueba la filiación del inscrito, quedando a salvo el derecho de impugnación de paternidad.

La filiación matrimonial de maternidad está determinada por: 1) la prueba del parto y, 2) por la identidad del recién nacido con la madre. Al inscribirse en el Registro Civil de Nacimientos con el certificado de nacimiento vivo según el artículo 7º del Código de los Niños y Adolescentes ya no se requiere reconocimiento de la madre.

Los Medios probatorios de la filiación matrimonial según el artículo 375º del Código civil se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, o por otro instrumento público en el caso del artículo 366º, inciso 2 (si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo), o por sentencia que desestime la demanda en los casos del artículo 363º. A falta de estas pruebas la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres.

b. La Filiación extramatrimonial

La filiación extramatrimonial, es un vínculo independiente entre el hijo y su padre o entre el hijo y su madre, porque el padre y la madre del hijo

extramatrimonial, no están unidos entre ellos por el vínculo del matrimonio ni para la época de la concepción del hijo ni para la fecha de su nacimiento.

Son los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, lo que significa que el establecimiento de su filiación paterna no es automático. La filiación es divisible; es decir, cada uno de los padres puede establecer el vínculo de filiación que le une al niño o niña en forma separada. La presunción de la paternidad, al ser un efecto del matrimonio, no existe en la filiación extramatrimonial. Para establecer el vínculo de filiación, es necesario que intervenga un elemento suplementario: sea un acto de voluntad expresado en el reconocimiento, sea una declaración judicial en ese sentido. (Monge, 2003, p. 18).

La filiación extramatrimonial tiene su origen en la sola naturaleza, motivo por el cual, en muchos casos se la ha identificado con el simple nombre de natural porque se produce de manera biológica o a través de técnicas de reproducción humana asistida. La situación que analiza nuestro Código Civil, es la siguiente:

- 1) tanto, la paternidad como la maternidad extramatrimonial, pueden ser establecidas de dos maneras: por el reconocimiento voluntario o por la investigación judicial.
- 2) La investigación judicial de la paternidad, se admite cuando se da alguno de los casos del artículo 402º del Código Civil, hechos éstos, que deben ser probados por el demandante con los pertinentes medios probatorios.
- 3) La investigación judicial de la maternidad, se admite, siempre que se pueda acreditar el hecho del nacimiento y la identidad del hijo, extremos que, también, se prueban con los medios probatorios que indica el artículo 192º del Código Civil Adjetivo.
- 4) El instrumento en que consta el reconocimiento voluntario y la sentencia judicial son medios de prueba de la filiación, tanto, paterna como materna, frente a terceros.

5) La declaración judicial de paternidad extramatrimonial

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial es un acto unilateral, declarativo, solemne e irrevocable y no admite modalidad; pero cuando no se da voluntariamente y de acuerdo con el artículo 402º del Código Civil la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita. Aquí se debe tener en consideración que se trata de cualquier documento privado o público, en el que el presunto padre admita su condición de tal con respecto a un determinado hijo.

2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia. La posesión de estado está referida a actos de la vida diaria que reflejan que un padre sabe quién es su hijo, y por ello lo trata como tal, y los demás conocen esta situación. Se acepta desde tiempo atrás que la posesión constante tiene tres elementos característicos: el nombre (nomen), trato (tractus) y fama.

3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales. Si en la época de la concepción, la madre del menor haya vivido con el supuesto padre en unión de hecho con la característica de permanencia, notoriedad y pública, pese existir o no impedimento para casarse.

4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. Es violación cuando a una mujer se le hace sufrir el acto sexual empleando violencia o amenaza grave. El rapto es el delito que consiste en sustraer a una mujer contra su voluntad y por violencia o después de haber obtenido su consentimiento por amenaza, fraude o engaño. Retención violenta se diferencia del rapto porque la mujer acude al retenedor por su propia voluntad, sin presión ni coacción alguna ni engaño.

5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable. La seducción es una figura penal, en cuanto a la promesa de matrimonio tiene que haber sido anterior a la realización del acto sexual, y debe haber sido determinante para que la mujer haya consentido en tener relaciones sexuales con el demandado.
6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN, u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. EL Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Por ello, en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha indicado que la actuación de la prueba de ADN no puede estar circunscrita o limitada en su uso a un único y específico proceso judicial, sino que, por el contrario, su actuación corresponderá ser ordenada en todo tipo de proceso judicial cuando esté de por medio el derecho a la identidad de las personas (declaración judicial de paternidad), pues el ordenamiento procesal preconiza un sistema abierto de pruebas (típicos y atípicos), los cuales tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Así lo ha resuelto el máximo intérprete de la constitución en el Expediente N° 00227-2011-PA/TC-Lambayeque de fecha 4 de enero de 2012.

c. El acto de reconocimiento

El reconocimiento es el acto jurídico, libre y voluntario por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de otra; es un acto jurídico que puede realizarse en cualquier momento, no tiene fecha de caducidad.

Por el reconocimiento queda establecida la relación paterno-filial o materno-filial, por lo tanto con respecto al hijo, éste tendrá todos los derechos que la ley le reconoce como tal: alimentos, educación, herencia, nombres y demás.

Con respecto a los padres, se aplicarán las normas sobre patria potestad, alimentos, herencia, consentimiento nupcial, si fuera el caso, igual con respecto a la tutela, curatela y demás derechos.

El reconocimiento de la filiación es aquel acto jurídico conforme a Derecho a través del cual se realiza una afirmación solemne y formal reconociendo la paternidad biológica de una persona respecto a otra, creándose un estado de filiación entre la persona reconocida y la persona que reconoce.

1) Características del reconocimiento

- El reconocimiento es un acto unilateral, porque sólo es necesaria la declaración de voluntad de quien efectúa el reconocimiento, siendo una voluntad unilateral expresa y directa, no tiene que ir acompañada de otra para que surta efectos;
- Es un acto declarativo y no constitutivo del estado de familia, ya que el reconocimiento tendrá efecto retroactivo al momento de la concepción, surtiendo sus efectos desde dicho momento y no desde que se efectuó el reconocimiento;
- Es un acto puro y simple porque no está sujeto a modalidad alguna;
- Es individual, toda vez que la paternidad sólo puede ser reconocida por el padre y la maternidad por la madre;
- No admite modalidad y es irrevocable, es decir, cualquiera que sea la forma autorizada por ley en que se hizo, el reconocimiento no puede ser revocado;
- Es un acto formal toda vez que el reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

2) Sujetos activos del reconocimiento

El reconocimiento debe ser dado por ambos padres, conjunta o separadamente conforme lo señala el artículo 388° del Código Civil. Siendo el padre y la madre los sujetos activos del reconocimiento por ser un acto personalísimo; sin embargo, por excepción el reconocimiento puede ser efectuado

por los abuelos y las abuelas, conforme al artículo 389°. Los ascendientes podrán efectuar el reconocimiento en caso de muerte del padre o de la madre, o se encuentren privados de discernimiento, sean sordos, mudos, ciego sordos, ciego mudos, que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable, sufran de retardo mental o adolezcan de deterioro mental que les impida expresar su libre voluntad, estén desaparecidos, y cuando el padre o madre sean menores de 14 años, en este último caso, una vez el padre o madre adolescente cumplan los 14 años podrá reconocer a su hijo, conforme al artículo 46.1 modificado por el Decreto Legislativo N° 1377 que indica “Inscribir el nacimiento y reconocer a sus hijas e hijas”.

3) Sujeto pasivo del reconocimiento

El sujeto pasivo del reconocimiento es el hijo por reconocer; en este caso el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre o por la madre, con la única excepción del reconocimiento de filiación paterna del hijo extramatrimonial de mujer casada debido a que el artículo 396° del Código Civil antes de su modificatoria establecía que “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido impugne la paternidad y obtenga sentencia favorable”; por lo tanto, el padre biológico no podía reconocerlo en sede administrativa como el Registro Civil, tampoco procedía el reconocimiento vía notarial o por escritura pública, debido al estado civil de casada de la progenitora, reputándose hijo matrimonial de conformidad a la presunción legal de paternidad.

4) Invalidez del reconocimiento

La doctrina señala que la invalidez del reconocimiento podría darse por dos vías: la revocación y la impugnación. Respecto a la revocación, tiene carácter unilateral, y significa que aquel que reconoció se retracta y deja sin efecto tal reconocimiento; pero en nuestra legislación la revocación no es posible y expresamente lo prohíbe el artículo 395° del Código Civil, que señala: “El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable”; ello en base a que se atiende el derecho del reconocido a mantener la estabilidad y seguridad de las relaciones. Con relación a la impugnación, esta puede basarse en razones

sustantivas o de fondo, como podría ser la verdad o falsedad de la relación paternal declarada, o pueden ser por situaciones de orden formal, de validez del acto jurídico, como serían la carencia de condiciones básicas de existencia para el acto jurídico referidas a la capacidad, objeto, forma.

5) Impugnación del reconocimiento

El artículo 399° del Código Civil señala que “El reconocimiento puede ser negado, en este caso, impugnado por el padre o la madre que no ha intervenido en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395°; la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N° 1622-2015-Arequipa, ha establecido que en los procesos de impugnación de reconocimiento del hijo, no bastará con acreditar que no existe vínculo biológico entre el accionante y el menor, sino que será imprescindible identificar al verdadero progenitor de este último; en consecuencia los artículos 399° y 400° del Código Civil, no resultan opuestos al derecho a la identidad del menor, si adicionalmente se acredita el real origen biológico, también se ha identificado al verdadero progenitor.

En la sentencia precedente el demandante argumentó que debido a presiones familiares reconoció a la menor como su hija ante la ley. En primera instancia se declaró fundada la demanda al valorar que la prueba de ADN llegó a establecer que no existía vínculo biológico entre la menor y el accionante. Impugnada la sentencia, se declaró improcedente la demanda al no existir por parte del demandante legitimidad para obrar, pues el hecho no recaía dentro del artículo 400° del CC., en la medida que el acto de reconocimiento de un hijo no puede ser negado por quien ha participado en la declaración de éste. Asimismo la Sala Superior sostuvo que la posibilidad de negar la identidad genera una crisis en la identidad de la menor, pues esta considera al accionante como su padre; por tanto revertir el reconocimiento sería contraproducente con el interés superior y que independientemente de la prueba de ADN al ser el reconocimiento de un hijo extramatrimonial un acto irrevocable, la impugnación debería realizarse por otra vía. La decisión fue impugnada llegando a la Corte Suprema donde se

confirmó el fallo, argumentando que en los procesos de negación de reconocimiento el menor de edad no tiene posibilidad de descubrir totalmente la realidad de su origen biológico, pues lo que se busca en este tipo de procesos es descartar una filiación que hasta el momento se tiene como cierta, sin que se proporcione nada en reemplazo de esa afectación.

6) Plazo para negar el reconocimiento

El artículo 400° del Código Civil prescribe que “El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquél en que se tuvo conocimiento del acto”; ese es el plazo para que cualquier interesado impugne el reconocimiento; pero si se trata del hijo, en concordancia con el artículo 401°, indica que “El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la cesación de su incapacidad”.

El Plenario Jurisdiccional Civil, Procesal Civil y Familia de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Junín llevado a cabo el 11 de diciembre del 2017, ha determinado que la vía idónea para impugnar la filiación generada del acto de reconocimiento llevado con engaño, violencia o error es la acción de invalidez del acto jurídico.

Por tanto, las decisiones judiciales sustentadas en las situaciones donde se encuentran inmersos derechos fundamentales como el derecho a la identidad biológica, la protección de la familia y el interés superior del niño, entre otros; han inaplicado al caso en concreto el artículo 400° del Código Civil en el sentido de que el plazo de caducidad de 90 días prevista en la norma legal para la impugnación de reconocimiento de paternidad, resulta lesiva a los derechos de los involucrados y que no guarda una causalidad razonable y se aleja del fin constitucional que persigue al afectar derechos vinculados a la institución que debería tender a proteger, por lo que no supera el examen de idoneidad, deviniendo en inaplicable; conforme a la Resolución expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Consulta del Expediente N° 3873-2014-San Martín de fecha 17

de marzo del 2015, inaplicó al caso concreto el artículo 400° del Código Civil y admitió a trámite en la vía del proceso de conocimiento la demanda sobre impugnación de paternidad; en los seguidos por Alfredo Sandoval Fernández contra doña Marjori Trujillo Guevara.

7) Formas de reconocimiento

El artículo 390° del Código Civil admite tres formas de reconocimiento de hijos extramatrimoniales: En el registro Civil de Nacimientos, en escritura pública o en testamento.

a) El Reconocimiento en el Registro Civil de Nacimientos.- Es el que se realiza ante el funcionario del Registro Civil de la oficina autorizada mediante acta firmada por quien la practica en este caso el reconocente. Conforme a la modificatoria del artículo 396° del Código Civil se ha simplificado y facilitado el acto de reconocimiento voluntario de paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada al momento de la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil, siempre y cuando la madre en el acto registral haya declarado expresamente que el hijo no es de su marido; es decir, la madre tiene que manifestar al registrador civil “mi hijo no es de mi esposo”; en ese momento la ley permite que ella identifique quien es el progenitor, si lo hace el progenitor lo puede reconocer en ese mismo acto o en acto posterior y de esta manera habrá entroncamiento o filiación.

El Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil promulgado mediante Decreto Supremo N° 015-98-PCM, en su artículo 36° indica:

El reconocimiento de hijos extramatrimoniales podrá hacerse al momento de inscribir su nacimiento o en declaración posterior mediante acta firmada por quien la practica o por su representante en el caso de incapaces, en presencia del registrador. El reconocimiento también puede realizarse mediante escritura pública o testamento; siendo así, la mencionada norma no contempla el caso del hijo extramatrimonial de mujer casada y por

consiguiente no podía ser reconocido en sede administrativa por su progenitor.

La Directiva DI – 415-GRC/032 del RENIEC, aún vigente, establece que el reconocimiento conforme a las disposiciones del Código Civil, deberá anotarse al margen o al reverso del acta, o directamente en el SIRCM, cuando se trate de un acta generada en forma automatizada; asimismo indica que “Cuando el acto de reconocimiento se ha efectuado administrativamente, el Acta de Reconocimiento, deberá ser firmada por el reconocente y el Registrador Civil”; el Registrador Civil anota el reconocimiento sobre un acta de nacimiento aun cuando ésta pueda ser materia de rectificación o reconstitución. Una vez asentado el reconocimiento y dentro de un plazo que no excederá de tres días, el registrador civil deberá asentar de oficio una nueva Acta de Nacimiento, de conformidad a lo establecido en la Ley N° 29032.

Conforme se ha comprobado que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, aún no ha actualizado la mencionada directiva en la que contemple el caso del hijo extramatrimonial de mujer casada en relación a la modificatoria del artículo 396° del Código Sustantivo Civil que permite el reconocimiento siempre y cuando la madre haya declarado expresamente al momento de la inscripción de su nacimiento que su hijo no es de su marido e identificó a un tercero como el padre biológico del menor.

b) Reconocimiento por escritura pública.- Es cuando el reconocimiento de un hijo extramatrimonial se hace ante un notario por escritura pública o en el extranjero ante un Cónsul peruano. Este documento produce también fe plena y fecha cierta debido a la solemnidad con lo que se ha revestido el acto; asimismo, la escritura pública debe ceñirse a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 1049, Ley del Notariado y del Código Civil. El reconocente puede recurrir a efectuar el reconocimiento la vía notarial en cualquier momento.

c) Reconocimiento por testamento. El hijo extramatrimonial puede ser reconocido mediante testamento, sea por testamento por escritura pública o en

testamento cerrado u ológrafo con las formalidades esenciales prescritas en los artículos 696°, 699° y 707° del Código Civil.

En síntesis, en el caso de la filiación extramatrimonial la identificación del presunto progenitor tiene la cualidad de solamente abarcar el campo de la identidad, en tanto no se haya producido el reconocimiento de filiación con alguna de las formas previstas en el artículo 390° del Código Civil; si no produjo el reconocimiento, entonces no hay entroncamiento pero si identidad, conforme lo indica el artículo 21° del Código Civil:

Cuando el padre o la madre efectuó separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quién lo hubiera tenido. En este supuesto el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación; es decir al revelar la madre soltera el nombre del progenitor de su hijo, el registrador en el acta de nacimiento del menor consignará el primer apellido del padre y el de la madre conforme al artículo 20°, aunque solo con fines de identidad, ello no quiere decir que haya reconocimiento ni vinculación con su progenitor.

El último párrafo del artículo 21° del Código Civil prescribe “Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos”, ello en base a que la disposición legal no obliga a la madre a indicar el nombre del padre de su hijo de producirse esta situación entonces pero a la vez, no revelar el nombre del progenitor, si se da esta situación, el funcionario del registro civil procederá a la inscripción del menor colocando los dos apellidos de la madre.

Consecuentemente, la ley no señala un tiempo límite para que se produzca el reconocimiento del padre declarado por la madre, dicho acto puede ser inmediato cuando el progenitor concurre al registro civil juntamente con la madre para la inscripción de su nacimiento o puede ser en algún momento en el futuro cuando concurre solo al registro civil a condición de que la madre haya declarado

e identificado como el padre biológico de su menor hijo al momento de registrar su nacimiento.

2.2.2.3. El Reconocimiento en el derecho comparado - Venezuela

Las disposiciones sobre reconocimiento voluntario se encuentran consagrados en el Título V, Capítulo III, Sección II, artículos 217 a 225 del Código Civil; asimismo la Ley Especial denominada “Ley para Protección de las Familias, la maternidad y la paternidad, publicada en Gaceta Oficial N° 38.773 del 20 de septiembre de 2007 (LPFMP)” mediante la cual se establece que en el caso del reconocimiento de niños y niñas sea en sede administrativa, es decir ante el Registro Civil, se procede conforme al:

Artículo 21°. Cuando la madre y el padre del niño o niña no estén unidos por vínculo matrimonial o unión estable de hecho, que cumpla con los requisitos establecidos en la ley, y la madre acuda a realizar la presentación ante el Registro Civil, deberá indicar nombre y apellido del padre, así como su domicilio y cualquier otro dato que contribuya a la identificación del mismo. El funcionario o funcionaria deberá informar a la madre que en caso de declaración dolosa sobre la identidad del presunto padre, incurrirá en uno de los delitos contra la fe pública previsto en el Código Penal (...).

Artículo 22°. Realizada la presentación del niño o niña; el funcionario o funcionaria competente elaborará inmediatamente el Acta de Nacimiento respectiva.

El funcionario deberá notificar a la persona señalada como padre del niño o niña, dentro de los cinco días hábiles siguientes al acto de presentación, a los fines de que comparezca ante el Registro Civil a reconocer o no su paternidad, dentro de los diez días hábiles siguientes a su notificación. Pero si habiendo sido notificado la persona señalada como padre, comparece ante el Registro Civil y acepta la paternidad, se considerará como un reconocimiento voluntario con todos sus efectos legales, dejando constancia del reconocimiento en el expediente y en el Libro de Actas de Nacimiento respectivo; la autoridad civil expedirá nueva Acta de Nacimiento que sustituirá la que fue levantada con la presentación de la

madre, la cual quedará sin efecto. La nueva acta no contendrá mención alguna del procedimiento administrativo llevado a cabo.

En el caso que la persona señalada como presunto padre del niño o niña niegue la paternidad, se puede solicitar la práctica de la prueba de filiación biológica de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) u otra experticia afín. En este supuesto, el Registro Civil competente ordenará lo conducente a los fines que el organismo especializado realice dicha experticia, en este caso el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC), cuya gratuidad de la pericia será garantizada por el Estado.

Si el presunto padre se negare a realizarse dicha prueba, se considerará como un indicio en su contra. Si la experticia para la determinación de la filiación confirma la paternidad, se dejará constancia de este hecho en el procedimiento y en el Libro de Actas de Nacimiento, surtiendo todos sus efectos legales y se procederá a otorgar registro de nacimiento considerándose como un reconocimiento voluntario con todos sus efectos legales.

La normatividad civil peruana con su nueva modificatoria guarda similitud con la legislación Venezolana en cuanto al reconocimiento y que si bien es cierto la legislación comparada no hace mención al caso del hijo extramatrimonial de mujer casada, pero desde el año 2007 se permite que la madre revele la identidad del padre biológico sin importar su estado civil al momento de la presentación o inscripción del nacimiento del niño o niña ante el Registro Civil, ello conlleva a la obligación del funcionario del Registro Civil de elaborar inmediatamente el acta de nacimiento del menor, independiente del estado civil de los padres, previa advertencia a la madre de los efectos de una declaración dolosa o fraudulenta. Si el funcionario se negare a inscribir la declaración realizada por la madre que participa una filiación extramatrimonial, ello implicaría una violación a los artículos 56° y 76° del texto constitucional, así como a la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad.

En este sentido, se vislumbra el avance de la legislación venezolana luego de que la madre presentó a su hijo o hija ante el registrador civil e identificó al

progenitor, el funcionario está en la obligación de notificarlo dentro de los cinco días para que concurra a realizar el reconocimiento voluntario de paternidad en un plazo de diez días hábiles de haber sido notificado, si no concurre se toma dicha negativa como un indicio en su contra, pero si concurre y desconoce la paternidad, el funcionario ordena la realización de la prueba biológica del ADN que se lleva a cabo en forma gratuita a cargo del Estado en el Instituto Venezolano de Investigación Científica, si la prueba confirma la paternidad, se procede a inscribir el reconocimiento en el Libro de Actas de Nacimiento, surtiendo todos sus efectos legales y se considerará como un reconocimiento voluntario, el registrador expedirá nueva Acta de Nacimiento que sustituirá la que fue levantada con la presentación de la madre, la cual quedará sin efecto. La nueva acta no contendrá mención alguna del procedimiento administrativo llevado a cabo.

Asimismo, se tiene que el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2012, en el caso Fornerón e hija vs. Argentina fue uno de los más emblemáticos en relación al derecho a la identidad biológica relacionado con la violación del derecho a la protección a la familia. La Corte definió que las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad.

2.3. Definición de términos básicos

Identidad personal

La identidad es lo que permite que alguien se reconozca a sí mismo. En consecuencia, la identidad personal es todo aquello que nos define como individuos. Tenemos conciencia de la identidad porque tenemos memoria, sin ella sería imposible nuestro propio reconocimiento. La identidad personal es la percepción individual que una persona tiene sobre sí misma; es la conciencia del existir.

Derecho a la identidad

El derecho a la identidad es un derecho humano por el cual todas las personas desde que nacen tienen derecho inalienable a contar con los atributos, datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos. El derecho a la identidad abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscripto en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia.

Filiación

La filiación es la procedencia biológica o jurídica de un hijo respecto de sus progenitores, de la que derivan una serie de derechos y obligaciones; es la relación jurídica que se establece entre padres e hijos y de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones, como por ejemplo: Apellidos, Nacionalidad, Alimentos, Patria potestad, derechos sucesorios, etc.

Reconocimiento

Es el acto jurídico unilateral o plurilateral solemne, irrevocable por virtud del cual asumen por aquél y a favor del reconocido todos los derechos que atribuye la filiación; asimismo, el reconocimiento es el acto jurídico por el cual una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimoniales respecto de otra.

Reconocimiento de paternidad extramatrimonial

El reconocimiento de paternidad de un hijo extramatrimonial es un acto unilateral, declarativo, solemne e irrevocable y no admite modalidad; pero cuando no se da voluntariamente, puede ser declarado por la vía judicial.

Hijo extramatrimonial de mujer casada

Se denomina hijo extramatrimonial de mujer casada al hijo (a) de madre casada procreado con una tercera persona diferente a su marido, debido a que uno o ambos progenitores tienen impedimento matrimonial al encontrarse casados

mediante matrimonio civil con otra persona y que al tiempo de la concepción y nacimiento de su hijo no han disuelto legalmente su vínculo matrimonial.

Interés superior del niño

El interés superior del niño es un principio básico en los derechos del niño. La Convención de Naciones Unidas lo establece como derecho subjetivo de los menores de edad y como principio interpretativo de cuantas medidas potencialmente pudieran afectar directa o indirectamente a los niños.

Presunción *Pater is*

Es la presunción aplicable al derecho civil de familia bajo el que se presume que el hijo nacido de la mujer casada siempre tiene como padre al esposo, a pesar de que las mujeres declaren que el cónyuge no es el padre de su(s) hijo/hija(s). Dicha presunción se aplica *iuris tantum* porque admite prueba en contrario.

Registro Civil

El registro civil es la institución estatal que brinda constancia de diversos acontecimientos y acciones vinculados al estado civil de los individuos. Los matrimonios, nacimientos, fallecimientos, emancipaciones y hasta los nombres y los apellidos de los seres humanos son registrados.

III. MARCO METODOLÓGICO

3.1. Supuestos de la investigación

3.1.1. Supuesto general

La aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta los derechos de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada debido a su deficiente regulación de aspectos como la potestad de la madre al momento de su declaración para la inscripción del su hijo en el Registro Civil de Lima.

3.1.2. Supuestos específicos

- a) La aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria genera la afectación al derecho del progenitor invocado por la madre debido a que la norma no le habilita una etapa para oponerse a la inscripción del nacimiento del menor.
- b) La aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria genera la afectación al derecho del cónyuge debido a que tendría que recurrir a la vía judicial para reclamar la paternidad de su hijo matrimonial.
- c) La aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria genera la afectación al derecho a la identidad y verdad biológica del hijo extramatrimonial de mujer casada debido a que corre el riesgo de ser reconocido con una filiación distinta.

3.2. Categorización

En la investigación cualitativa la categorización se constituye en una parte fundamental para el análisis e interpretación de los resultados. Según María Eumelia Galeano “Categorizar es clasificar la información por categorías de acuerdo a criterios temáticos referidos a las búsqueda de significados; es decir, categorizar es poner juntas las cosas que van juntas”.

Tabla N° 01 Categorización

CATEGORIZACIÓN		SUBCATEGORÍAS	
Artículo 396 del Código Civil	Se encuentra establecido en el Libro III Derecho de Familia, Título II, Filiación Extramatrimonial que prescribe el reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada. Este artículo fue modificado por Decreto Legislativo N° 1377 del 24 de agosto de 2018; con la finalidad de garantizar en todas circunstancias el derecho a la identidad y el nombre de las niñas, niños y adolescentes consagrados en el artículo 2° inciso 1) de la Constitución Política del Perú.	Antes de la modificatoria por Decreto Legislativo N° 1377	El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.
		Después de la modificatoria por Decreto Legislativo N° 1377	El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.
	Es la declaración formal de paternidad realizada por el progenitor con relación a su hijo nacido fuera del matrimonio de ambos progenitores y que al tiempo de la concepción y nacimiento del menor, la progenitora no ha disuelto legalmente su vínculo	En el Registro Civil	El reconocimiento voluntario de paternidad es el acto que se realiza ante el funcionario del Registro Civil de nacimientos mediante acta firmada por el reconocente y con los requisitos contemplados en la modificatoria del artículo 396 del CC.

Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada	matrimonial contraído con una tercera persona diferente al progenitor de su hijo. El reconocimiento produce la filiación natural o entroncamiento entre el menor y su progenitor biológico.		
		Por escritura pública	Se realiza ante un notario por escritura pública o en el extranjero ante un Cónsul peruano. Este documento produce también fe plena y fecha cierta debido a la solemnidad con lo que se ha revestido el acto; debe ceñirse a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 1049, Ley del Notariado y del Código Civil.
		Por testamento	El hijo extramatrimonial puede ser reconocido mediante testamento, sea por escritura pública o en testamento cerrado u ológrafo con las formalidades esenciales prescritas en los artículos 696°, 699° y 707° del Código Civil.

Fuente: Elaboración propia.

3.3. Tipo y nivel de Investigación

La presente investigación está basada en un enfoque cualitativo, debido a que se trata de un conjunto de procesos que conllevan a la crítica mediante la recolección de datos y su respectivo análisis, de manera que se pueda generar conclusiones de la información encontrada a través de la investigación.

Es preciso acotar que el tipo de investigación para la presente responde al nivel básico también denominada pura o fundamental porque su finalidad es generar conocimientos nuevos, elaborar una teoría en la medida que se explicará

de manera sistemática y coherente una realidad sobre la base de la recolección de información.

Es preciso mencionar que el nivel de estudio es descriptivo – explicativo al haberse observado los fenómenos tal y como sucedieron en la realidad.

3.4. Diseño de la investigación

Según Hernández, et.al. (2014). El diseño de la investigación es el abordaje de manera general que se aplicará a la investigación (p. 470). En consecuencia, en la presente investigación se aplicará el diseño de la Teoría Fundamentada, ya que se orienta hacia una explicación general con respecto al fenómeno de estudio; es decir, de cuál es la valoración que se efectúa respecto a la modificatoria del artículo 396º del Código Civil en el marco de la problemática del hijo extramatrimonial de mujer casada. Así mismo las teorías que se generaran mediante este diseño surgirán de los datos que se habrán obtenido en la investigación (Hernández, et.al, p. 496).

Por otro lado, esta investigación está orientada a la comprensión, según López (2012) indica que: “tiene como objetivo describir e interpretar la realidad educativa desde dentro [...] y señala al sujeto como productor de conocimiento que se construye a partir de lo que subjetivamente percibe”. A su vez, para comprender una institución jurídica, se busca con las conclusiones demostrar que la modificatoria del artículo 396º, ha solucionado una problemática social como es el reconocimiento en sede administrativa del hijo extramatrimonial de mujer casada, pero a la vez podría generar otras situaciones en perjuicio del progenitor, del hijo y del cónyuge.

La presente, se complementará con el diseño del Análisis de Casos en la medida que los datos recolectados tienen como fuente los casos relativos al tratamiento de similar naturaleza tanto en el país como en el extranjero.

3.5. Población y Muestra

3.5.1 Población

Es el conjunto de personas u objetos de los que se desea conocer algo en una investigación. "El universo o población puede estar constituido por personas, animales, registros médicos, los nacimientos, las muestras de laboratorio, los accidentes viales entre otros". (Pineda, et al. 1994: 108).

Cuando hablamos de población para este tipo de investigación cualitativa se busca la confirmación y validación de nuestro supuesto a través de la opinión de expertos, por lo que hemos considerado un número aproximado de (50) expertos especialistas en Derecho de Familia, registrador civil y conciliador extrajudicial.

3.5.2. Muestra

La muestra es un subconjunto o parte del universo o población en que se llevará a cabo la investigación. Las muestras para tesis cualitativas no son, por lo general, seleccionadas para que representen una población. Son porciones que se eligen bajo criterios mucho más específicos, con la intención de profundizar en la comprensión del problema de investigación. Es por esa razón, que las muestras cualitativas son elecciones "a dedo", no probabilísticas, pues con ellas no se realizará un análisis estadístico, sino más bien uno interpretativo.

Por ello, la muestra ha sido determinada, en atención al universo que corresponde a especialistas que ejerzan su profesión en Derecho de Familia, así como especialistas del Registro Civil, determinándose una muestra de CINCO (05) personas; quienes brindarán su opinión respecto a la modificatoria del artículo 396° del Código Civil y si con dicha modificatoria se vulnera o no los derechos del hijo extramatrimonial de mujer casada, del progenitor y del cónyuge de la madre del menor.

3.5.3. Caracterización de los sujetos

Conforme al enfoque cualitativo, el investigador será quién elija a los sujetos de acuerdo a su criterio (Bernal, 2006, : 161) por lo que se ha designado a CINCO

(05) profesionales especialistas en Derecho de Familia para coadyuvar a la presente investigación, entre ellos, las siguientes personalidades:

Tabla N° 02: Caracterización de los sujetos

N°	ENTREVISTADO	PROFESIÓN	ESPECIALIDAD	CARGO
1	Ana Mercedes Barrientos Orihuela	Abogado	Familia Civil	Fiscal Provincial de la 10 Fiscalía de Familia de Lima
2	Rosa Yanet Tapia Gonzales	Abogado	Registrador Civil	Asesor de la Sub Gerencia Técnica Normativa del Registro Civil RENIEC.
3	Segundo Nicolás Trujillo López	Abogado	Ex - Juez Especializado	Abogado litigante del Estudio Jurídico Chirinos Medina SAC.
4	Antonio Jesús Palomino Pacheco	Abogado	Familia Civil	Director del Estudio Jurídico Palomino y Asociados
5	Carmen Luisa Hinostroza Alatriza	Especialista Educación Técnica	Conciliadora Extrajudicial en Civil y Familia	Conciliadora del Centro de Conciliación "Renzo Jesús"

Respecto a los sujetos inmersos en la presente investigación es relevante identificar al hijo (a) extramatrimonial de mujer casada nacido dentro del matrimonio; por ello los entrevistados darán su punto de vista en cada respuesta a las preguntas que se les realice e indicarán si la modificatoria del artículo 396° del Código Civil vulnera el derecho del progenitor, del cónyuge y del hijo extramatrimonial de mujer casada.

Por lo tanto, se enfatiza que la aplicación del instrumento bajo el tipo de entrevista, tiende a confirmar los supuestos de la investigación a fin de validar los resultados y reforzar las conclusiones que permitirán proponer recomendaciones.

3.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Behar (2008), señala que: “la recolección de datos implica el uso de distintas técnicas y herramientas que pueden ser utilizadas por el analista para desarrollar los sistemas de información, los cuales pueden ser las entrevistas, la encuesta, el cuestionario, la observación, el diagrama de flujo y el diccionario de datos” (p. 55).

En el desarrollo de esta investigación se utilizó las técnicas de recolección de datos propias de una investigación de enfoque cualitativo, así tenemos la ficha de entrevista mediante la cual se han realizado preguntas abiertas a los entrevistados quienes han brindado su opinión al respecto, firmado y colocado su sello con su post firma, dando su conformidad.

3.6.1. Técnicas

Entrevistas: Según Hernández, Fernández, y Baptista, (2014) definen las entrevistas como “herramientas para recolectar datos cualitativos, se emplean cuando el problema de estudio no se puede observar o es muy difícil hacerlo por ética o complejidad”..

Según López (2011) para la investigación cualitativa se le denomina entrevista de profundidad, porque persigue que un individuo en una conversación personal transmita al investigador su definición personal de la situación investigada; puede ser también grupal, con sujetos representativos o expertos.

Técnicas para la obtención de información documental: Se utilizarán las fichas bibliográficas con el fin de analizar el material doctrinario, jurisprudencial, normas nacionales y supranacionales referidas al reconocimiento del hijo

extramatrimonial de mujer casada y derecho a la identidad como derecho fundamental, filiación e interés superior del niño.

Técnicas para la investigación de campo: La entrevista se aplica a CINCO (05) profesionales especialistas en derecho de familia que ejercen su profesión en la ciudad de Lima, con la finalidad de recoger su punto de vista sobre el tema en estudio.

3.6.2. Instrumentos de recolección de datos

Ficha de análisis documental: Este instrumento tiene como finalidad analizar la doctrina, jurisprudencia y fuentes bibliográficas, hemerográficas y otros datos, existentes sobre Derecho Civil de Familia, utilizando un análisis crítico, aplicando derecho comparado.

Guía de preguntas de entrevistas.- Se elaborarán preguntas de manera abierta con el objeto de que el entrevistado responda con absoluta libertad dando su opinión y parecer respecto al tema de investigación.

3.7. Métodos de análisis de datos

Se ha empleado los siguientes métodos:

Método hermenéutico.- Porque se ha explicado e interpretado las opiniones de distintos entrevistados con el fin de instruir la investigación.

Método sistemático.- Porque se ha analizado las entrevistas de los diferentes especialistas respecto al tema de investigación, interpretando los datos a través de los instrumentos aplicados.

Método exegético.- Porque se ha podido establecer el significado o alcance de las normas jurídicas y de los demás conceptos que forman parte del ordenamiento jurídico respecto al reconocimiento de paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada.

3.8. Rigor Científico

El rigor científico está dado por las reconstrucciones teóricas y por la búsqueda de coherencia entre las interpretaciones. Como criterios para evaluar el rigor científico se han empleado la consistencia lógica, la credibilidad y la aplicabilidad.

En la investigación cualitativa el uso de herramientas de mayor espectro y aparente subjetividad para el análisis e investigación de los hechos o el uso de diseños metodológicos mixtos para el mismo fin, hace suponer cierta relajación en el rigor científico que debe caracterizar a toda investigación que se jacte de su alejamiento de técnicas empíricas o no científicas.

Por lo expuesto la problemática de la presente investigación, responde a la necesidad de otorgar al niño el reconocimiento de su verdadera identidad respecto a su filiación natural, es decir establecer a través de la verdad biológica el vínculo que lo une con su progenitor, garantizando con ello el derecho reconocido en el artículo 2° inciso 1); por lo tanto, el reconocimiento de paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada que se encuentra vinculado al acto de la inscripción de su nacimiento y tiene como premisa básica que la madre declare en forma expresa que su hijo no es de su marido e indique quién es el progenitor del mismo.

3.9. Aspectos éticos

Se ha tendrá en cuenta la veracidad de resultados; el respeto por la propiedad intelectual, por las convicciones políticas; responsabilidad social, política, jurídica y ética; respeto a la privacidad; proteger la identidad de los individuos que participan en el estudio; etc. (Otiniano, Benites y Romero, 2016: 10).

La presente investigación se desarrolló respetando los Derechos de Autor establecido en la Decreto Legislativo N° 822, como también aplicando el Código de Ética Profesional respecto a los datos obtenidos. La redacción se sujeta al

estilo APA el mismo que le da un rigor en las citas que evitan errores en la consignación de las fuentes.

En cuanto a las entrevistas, se han llevado a cabo con la autorización de cada uno de los entrevistados, se les explico la finalidad de la entrevista, el objetivo de la presente investigación, así como la problemática identificada. Cada entrevistado ha participado y autorizado el uso de determinados documentos para coadyuvar a la elaboración de la tesis y sobre todo se ha desarrollado bajo el cumplimiento de las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Privada Telesup.

IV. RESULTADOS

Otiniano y Benítez (2014) indican que “el capítulo de resultados es la fase en la cual se desglosa toda la información recolectada mediante las entrevistas, y los demás instrumentos utilizados en la investigación, con el único fin de responder por medio de otra fuente disponible”.

4.1. Descripción de resultados “Entrevistas”

Objetivo General:

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada.

Según Barrientos y Trujillo (2018), Fiscal de Familia y ex Juez respectivamente, concuerdan que la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria no afectará el derecho de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada, debido a que la dación del Decreto Legislativo N° 1377 que modifica el artículo en comento está consagrado para proteger el derecho a la identidad y verdad biológica del hijo extramatrimonial de mujer casada, derecho que antes de la modificación de la norma sustantiva civil estaba siendo vulnerado al darse preferencia a la presunción legal de paternidad al ser considerado como hijo nacido dentro de una unión matrimonial y no podía ser reconocido en el Registro Civil por su progenitor debido a que estaba supeditado a que el aún marido de la madre si es que lo deseaba inicie un proceso judicial de negación de paternidad y obtenga sentencia favorable; hecho que atentaba contra los derechos del menor a gozar del derecho a su verdadera filiación e identidad consagrado en la Constitución Política del Estado en el artículo 2° inciso 1). .

De igual forma, Tapia (2018), Asesora Legal de la Sub Gerencia Técnica Normativa del Registro Civil – RENIEC, indica que la modificatoria del artículo

396° del Código Civil no vulnera los derechos del progenitor, del cónyuge ni del hijo extramatrimonial de mujer casada; pero en primer lugar, era necesario modificar el artículo 361° del Código Civil en cuanto establecía como presunción que el hijo nacido dentro del matrimonio tiene por padre al marido, no teniendo en cuenta el derecho a la identidad biológica del menor; con relación al artículo 386° antes de su modificatoria establecía que el menor no podía ser reconocido por el padre biológico porque tenía que esperar que el marido lo niegue y obtenga sentencia favorable, caso contrario el menor estaba condenado a seguir llevando el apellido del padre legal. No es suficiente para la entrevistada, la sola declaración de la madre sobre la identidad del presunto progenitor de su hijo para tener certeza de su veracidad; sin embargo si se llegara a producir un conflicto de intereses se tendría que dilucidar en la vía judicial. Por otro lado, el artículo 396° no obliga a la madre a revelar el nombre del presunto progenitor, toda vez que la madre puede inscribirlo con sus apellidos sin revelar el nombre del progenitor.

Para Palomino e Hinostroza (2018), la modificatoria del artículo 396° del Código Civil no vulnera ningún derecho, por ello, está de acuerdo con la modificatoria puesto que este artículo vulneraba el derecho a la verdadera identidad y el nombre de los menores que necesitaban ser inscritos y reconocidos por su padre biológico; que la sola declaración expresa de la madre con relación a la identidad del padre biológico resulta suficiente para que sea reconocido; asimismo, la madre está obligada a indicar quien es el progenitor de su hijo para que el funcionario del registro Civil lo inscriba con los apellidos paternos de ambos progenitores y se produzca subsecuente el acto de reconocimiento.

Objetivo específico 1:

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del progenitor invocado por la madre.

Barrientos y Trujillo (2018), coinciden que la modificatoria del artículo 396° del Código Civil, no afectará el derecho del progenitor porque la modificatoria está dirigida a proteger el derecho del hijo; asimismo indican que no es necesario que

el registrador civil notifique al progenitor declarado por la madre al momento de la inscripción de su nacimiento, toda vez que el mismo artículo exige la concurrencia de ambos progenitores para la inscripción.

Por su parte Tapia, se muestra de acuerdo que la aplicación del artículo 396° no afecta el derecho del progenitor porque su finalidad es proteger la verdadera identidad del menor; en todo caso, si se ve afectado por la declaración de la madre puede accionar mediante un proceso judicial de usurpación de nombre o impugnación de paternidad; igualmente, el funcionario del registro civil tiene la obligación de notificar al presunto progenitor cuando la madre acuda sola para que este tome conocimiento de su declaración.

Palomino e Hinostroza, también coinciden que la aplicación del artículo 396° del Código Civil, no afecta el derecho del progenitor porque está destinado a proteger los derechos del menor en cuanto a su verdadera identidad; si el presunto progenitor declarado por la madre no es el padre biológico, puede oponerse al no firmar el reconocimiento y por consiguiente no habrá filiación o entroncamiento con el presunto padre biológico; por otro lado, concuerdan que el registrador civil debe notificar al progenitor invocado por la madre para que concurra a firmar el reconocimiento.

Objetivo específico 2:

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del cónyuge.

En palabras de todos los entrevistados, la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria no afecta el derecho del cónyuge; por otro lado, coinciden que si la madre por interés personal declara como padre biológico de su hijo a una tercera persona con quién no le une ningún vínculo, estaría incurriendo en delito contra la fe pública en la modalidad de falsedad ideológica. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil al detectar una declaración

falsa en vía administrativa, mediante la Procuraduría denuncia a la madre por falsedad ideológica, delito previsto en el artículo 428 del Código Penal.

Objetivo específico 3:

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del hijo extramatrimonial de mujer casada.

Todos los entrevistados concuerdan que la aplicación del artículo 396° del Código Civil no afecta el derecho del hijo extramatrimonial de mujer casada, porque esta modificatoria se ha dado para proteger su derecho a la identidad en cuanto a su verdadera filiación; del mismo modo, están de acuerdo en que resulta acertado el hecho que la norma modificada haya indicado como requisito para que proceda el reconocimiento paterno en el registro civil que la declarante haya identificado al progenitor al momento de la inscripción de su nacimiento; siendo así, el progenitor puede concurrir posteriormente a reconocerlo; no siendo posible que otra persona lo reconozca si la madre no lo declaró expresamente como progenitor.

4.2. Descripción de resultados “Análisis de casos”

Se analizó la Casación N° 2726-2012-Del Santa, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República el 17 de julio del 2013; sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad.

El caso se inicia cuando Nolberto Hugo Roca Maza (padre biológico), interpuso demanda sobre impugnación de reconocimiento de paternidad contra Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y Eva Elvira Cárdenas Rosales, solicitando impugnar el reconocimiento de paternidad de su menor hija; presentando como medio probatorio el resultado de la prueba de ADN en el que se consigna como probabilidad de paternidad el 99.999999845% de él con respecto a la menor.

El demandado Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, contestó la demanda señalando que con fecha 22-01-94, contrajo matrimonio civil con la demandada

Eva Elvira Cárdenas Rosales; fruto de su unión conyugal nació su menor hija de iniciales M.L.G.C., el 20-08-99 y dentro del plazo legal se hizo el reconocimiento.

El A quo, declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad e inaplicable para el proceso lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, basado en lo dispuesto en el artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política del Estado; por consiguiente, dejó sin efecto el reconocimiento realizado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C; fundamentado su decisión en: 1) la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio es una regla de carácter imperativo, aplicándose a la generalidad de los casos, más su fuerza no es absoluta, admitiéndose prueba en contrario. 2) el presupuesto de la previa negación de paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en el caso de hijos nacidos dentro del matrimonio, limita el derecho no solo del padre biológico sino contraviene el derecho fundamental a la identidad del menor a quien por ley y mandato constitucional el Estado está en la obligación de proteger. 3) el principio de la jerarquía normativa resulta inaplicable al caso de autos, sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, prevaleciendo el derecho a la investigación de la paternidad de la menor de iniciales M.L.G.C.

En la resolución de primera instancia, el A quo aplicó el control difuso conforme al artículo 138 de la Constitución del Estado e inaplicó para el caso en concreto la norma sustantiva civil establecida en los artículos 396° y 404°, porque vulneraba la norma constitucional establecida en el artículo 2° inciso 1), motivando su decisión en base a la jerarquía normativa de las normas (la norma constitucional sobre la norma legal), a la prueba biológica del ADN presentada por el demandante con la cual se destruye la presunción legal de paternidad al admitir prueba en contrario (presunción iuris tantum) y el presupuesto de la previa negación de paternidad por parte del cónyuge que limitaba el derecho del padre biológico a reconocer a su hijo sin que previamente el aún marido de la madre lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable, hecho que contravenía el derecho fundamental a la identidad del menor.

El demandado Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, presenta recurso de apelación interpuesto ante la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, que revoca la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que ha quedado acreditado que la menor de iniciales M.L.G.C es hija nacida dentro del matrimonio de los codemandados, por lo que no es factible la aplicación del artículo 386 del Código Civil.

El demandante interpone recurso de casación contra la Sentencia de Vista, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación N° 3776-2010-Del Santa, declara fundado el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza; casaron la sentencia de vista, en consecuencia, nula la resolución impugnada; ordenándose que el Colegiado Superior expida nueva resolución.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emite nuevo pronunciamiento, resolviendo revocar la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es su hija M.L.G.C., quien por medio de su representante legal podría invocar su legítimo derecho a la identidad, basada en el nuevo sistema constitucional de filiación, y obviamente en el interés superior del niño y adolescente, sino Norberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico. Ante ello, el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, presenta Recurso de Casación contra la sentencia de vista; los jueces supremos de la Sala Civil Transitoria declararon: FUNDADO el recurso de casación, CASARON la resolución impugnada; en consecuencia NULA la resolución de vista expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa; y actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la resolución apelada contenida en la resolución que declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad.

V. DISCUSIÓN

5.1. Análisis de discusión de resultados

Concerniente al objetivo general del presente tema de investigación referido a analizar si la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada; es fundamental enfatizar que el artículo en comento contiene las nuevas disposiciones legales sobre el reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada, el mismo que puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Por consiguiente, las disposiciones contenidas en este artículo de la Ley Sustantiva Civil, están referidas a garantizar el derecho de la niña, niño y adolescente a su verdadera identidad y filiación, conforme al principio del interés superior del niño y a lo establecido en la Constitución Política del Perú en su artículo 2° inciso 1) “Toda persona tiene derecho a su identidad”; asimismo el artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes, indica que “la niña, niño y 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 a llevar sus apellidos (...)”.

Por otro lado, el artículo 7° numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, prescribe 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 lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”; de igual forma, el artículo 8°, prescribe 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 de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”; el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a llevar los apellidos de su padre y su madre, siendo obligación del Estado asegurar legalmente este derecho sin discriminación de ningún tipo. El inciso 2 del artículo 24° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ordena que todo niño sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

Los aportes doctrinarios y jurisprudenciales indican que la identidad personal es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, es la imagen de la persona que se sustenta en su libertad; asimismo se postula que el derecho a la identidad personal es un derecho fundamental de todo ser humano que opera desde el momento de su nacimiento y se materializa con la inscripción en el Registro Civil, hecho que constituye la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad y por lo tanto adquiere un nombre, apellidos, fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad, entre otros atributos de la personalidad; pero para que este derecho humano y constitucional opere se tiene que producir el reconocimiento voluntario de paternidad por parte del padre biológico y de esta manera se materializa el derecho a la identidad en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada.

De acuerdo a las respuestas de los profesionales especialistas en Derecho de Familia entrevistados, concuerdan que la modificatoria del artículo 396° del Código Civil mediante Decreto Legislativo N° 1377, publicado en el Diario oficial El Peruano el 24 de agosto del 2018, no vulnera los derechos de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada, debido a que la modificatoria del mencionado artículo tiene como objetivo primordial garantizar el derecho a la identidad del hijo (a) extramatrimonial de mujer casada en cuanto a su verdadera filiación, derecho consagrado en el artículo 2° inciso 1) de la Constitución Política del Perú y Tratados Internacionales de la que el Perú es parte

Respecto al objetivo específico 1, referido a analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del progenitor invocado por la madre.

La opinión de los entrevistados es unánime e indican que no afecta el derecho del presunto progenitor porque su finalidad es proteger la verdadera identidad del menor; en todo caso, si el progenitor ve afectado su derecho por la declaración expresa que efectúe la madre sindicándolo como el padre biológico de su menor hijo sin poder oponerse a dicha declaración; puede negarse a firmar el reconocimiento del menor toda vez que la declaración de la madre conlleva a que el menor sea inscrito con el apellido paterno de ambos progenitores declarados por la madre y sólo es con fines de identidad más no significa que se produzca automáticamente la filiación como sucede en el caso de los hijos nacidos dentro de un matrimonio.

Por lo tanto, como se trata de un reconocimiento voluntario de paternidad en el registro civil, el presunto progenitor declarado por la madre que no se sienta como tal, no se apersona al registro y por ende no firma el reconocimiento, siendo así no tendría ninguna obligación con el menor inscrito tales como pasar una pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, derechos sucesorios y otros; debido a que no se ha producido el entroncamiento entre el menor y su presunto padre; asimismo puede accionar mediante un proceso judicial de usurpación de nombre o impugnación de paternidad.

En cuanto al objetivo específico 2, analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del cónyuge.

Los entrevistados opinan que no afecta el derecho del cónyuge, puesto que se trata del hijo extramatrimonial concebido con una tercera persona ajena al marido y conforme a la problemática esbozada en la presente investigación y a la exposición de motivos para la modificatoria de los artículos del Código Civil, queda establecido que no existe relación conyugal entre la madre del menor y su

aún esposo, debido a que éstos se encuentran separados en los hechos y solo los une el vínculo formal del matrimonio al no haberse divorciado legalmente; de esta forma el menor no podría considerarse como hijo matrimonial o fruto de la unión matrimonial entre ambos cónyuges; por ello, la presunción legal de paternidad contenida en los artículos 361° y 362° del Código Civil para los hijos nacidos dentro del matrimonio que viene a ser “una regla de carácter imperativo que se aplica a la generalidad de los casos, más su fuerza no es absoluta porque admite prueba en contrario” (Casación N° 2726-2012-Del Santa), siendo la madre quién mediante su declaración expresa ante el funcionario del registro civil indicará quién es el progenitor del menor a ser inscrito y subsecuentemente será reconocido por su padre biológico quien no tendría ningún inconveniente para reconocer la paternidad porque en muchos casos convive con la madre formando uniones de hecho impropias o irregulares.

Asimismo, los entrevistados concuerdan que los casos de adulterio o interés personal por parte de la madre para declarar como padre biológico de su hijo a una tercera persona con quién no le une ningún vínculo, no se contemplan en esta investigación, en todo caso la madre al declarar falsamente la presunta paternidad de su hijo, estaría incurriendo en delito contra la fe pública en la modalidad de falsedad ideológica por falsa declaración en procedimiento administrativo con las consecuencias penales y civiles que tendría que afrontar.

Con relación al objetivo específico 3, mediante el cual se propone analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del hijo extramatrimonial de mujer casada.

Por unanimidad los entrevistados coinciden en que la aplicación del referido artículo no afecta el derecho del hijo extramatrimonial de mujer casada, porque esta modificatoria se ha dado para garantizar su derecho a la identidad en cuanto a su verdadera filiación; asimismo, concuerdan que resulta acertado que sea un requisito básico para que proceda el reconocimiento paterno en el registro civil que la madre haya declarado expresamente que el hijo no es de su marido al momento de inscribir el nacimiento del menor; o con posterior a la inscripción

realizada solo por la madre, cuando haya declarado quién es el progenitor, es decir identificado al progenitor de su hijo; de esta manera el progenitor declarado puede concurrir posteriormente a reconocerlo; no siendo posible que una tercera persona lo reconozca si previamente la madre no lo declaró expresamente en el registro civil como progenitor de su hijo.

VI. CONCLUSIONES

Primera: Las disposiciones legales sobre filiación extramatrimonial contenidas en el Código Civil proferían la verdad formal sobre la real, así el artículo 396° antes de su modificatoria vulneraba el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial de mujer casada, al supeditar el reconocimiento de paternidad por parte de su progenitor biológico a la demanda de negación de paternidad que presente el aún marido de la madre y de esa acción obtenga sentencia favorable, hecho que atentaba contra el derecho a la identidad y el interés superior del niño.

Segunda: Con la modificatoria del artículo 396° del Código Civil mediante Decreto Legislativo N° 1377, se garantiza el derecho fundamental a la identidad y el nombre de las niñas, niños y adolescentes consagrado en el artículo 2° inciso 1) de nuestra Constitución Política y en los Tratados internacionales del que el Perú es Estado parte.

Tercera: Las nuevas disposiciones legales del artículo 396° prescriben que para que se lleve a cabo el acto de reconocimiento voluntario de paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Registro Civil, en primer lugar tiene que realizarse la inscripción del nacimiento, acto en el cual la madre declare expresamente que el hijo no es de su marido, por consiguiente en ese mismo acto se llevará a cabo el reconocimiento de paternidad extramatrimonial siempre y cuando la madre y el progenitor hayan concurrido juntos a inscribir el nacimiento del menor, asimismo el menor puede ser reconocido por su progenitor en acto posterior siempre y cuando la madre lo haya declarado como padre del menor inscrito.

Cuarta: Si la madre declara expresamente que el hijo no es de su marido, pero no revela la identidad del presunto progenitor, el menor será inscrito y llevará ambos apellidos de la madre conforme a lo indicado en la última parte del artículo 21° del Código Civil; siendo así el presunto progenitor no podrá reconocer la filiación de su hijo en el Registro Civil debido a que la madre no lo declaró como tal, debiendo

accionar judicialmente mediante un proceso de declaración judicial de filiación extramatrimonial.

Quinta: Si la declaración expresa de la madre con relación a la identidad del padre biológico de su hijo extramatrimonial no se ajusta a la verdad, estaría incurso en el delito contra la fe pública en la modalidad de falsedad ideológica tipificado en el artículo 428 y por falsa declaración en procedimiento administrativo tipificado en el artículo 411 del Código Penal.

Sexta: Las nuevas disposiciones del artículo 396° del Código Civil, no vulneran los derechos del cónyuge, del progenitor ni del hijo extramatrimonial de mujer casada debido a que la modificatoria de este artículo está destinada a proteger el derecho a la identidad y el nombre del niño y adolescente por cuanto conforman una población vulnerable; por lo que si el progenitor o el cónyuge ven vulnerado sus derechos, tienen legítimo interés para accionar judicialmente conforme lo prescribe el artículo 399° del Código Sustantivo Civil.

VII. RECOMENDACIONES

Primera.- Se recomienda que el funcionario del Registro Civil antes de proceder a la inscripción del nacimiento del hijo de mujer casada y recepcionar la declaración expresa de la madre indicando que el hijo no es de su marido e identifique al presunto progenitor debe advertirle de las consecuencias administrativas, civiles y penales que conlleva una declaración que no se ajuste a la verdad; conforme lo establece la Ley Especial de Venezuela “Ley para la Protección de las Familias la Maternidad y Paternidad”.

Segunda.- Se recomienda que el registrador civil debe tener en consideración que el artículo 396° del Código Civil y por lo tanto los procedimientos registrales esbozados, solo están referidos al reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada más no al hijo extramatrimonial puro que viene a ser el procreado por padres solteros que al momento del nacimiento de su hijo (a) no están casados entre sí, el mismo que no tendría ningún impedimento para ser reconocido por su progenitor.

Tercera.- Se recomienda que en base al derecho constitucional a la identidad y al principio del interés superior del niño, así como a los tratados internacionales suscritos por el Perú, las autoridades y responsables de las entidades públicas y privadas privilegien el derecho a la identidad de la niña, niño y adolescente.

Cuarta.- Se sugiere que los funcionarios del registro civil a cargo de la inscripción de nacimientos y actos modificatorios del estado civil de las personas sean capacitados permanentemente, por cuanto las decisiones que adopten al momento de calificar la pretensión registral que se someta a su conocimiento incidirán directamente en la identificación del menor.

LISTA DE REFERENCIAS

Bibliográficas:

- Behar, D.S. (2008). *Metodología de la Investigación*. Argentina: Editorial Shalom.
- Belluscio, A.C. (2004). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot S.A.
- Beltrán, P. (2007). *Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial*. En Jus, comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica Lima: Editorial Grijley.
- Bernal, C.A. (2006). *Metodología de la Investigación para Administración, Economía, Humanidades y Ciencias Sociales*. México: Editorial Pearson.
- Cornejo, H. (1985). *Derecho Familiar Peruano*. Tomo II. Lima: Editorial Studium.
- Fernández, C. (1992). *Derecho de las Personas*. Perú: Cultural Cuzco S.A. Editores.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, L. (2014). *Metodología de la Investigación*. (6 ed.) México: Mc Graw W Hill/Interamericana Editores S.A.DE CV.
- Monge, L. (2003). *Declaración judicial de paternidad extramatrimonial*. El Código Civil comentado, tomo III, Editorial Gaceta Jurídica.
- Monje, C. (2011). *Metodología de la investigación Cuantitativa y Cualitativa*. Colombia: Universidad Sur Colombiana.
- Otiniano, N.M. Benites, S. y Romero, C.V. (2016). *La tesis universitaria: Aspectos metodológicos*. España: Editorial Académica Española.
- Peralta, J. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. III ed. Lima, Perú: Editorial Idemsa.
- Ramírez, A. (2014). *Metodología de la Investigación Científica*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Ramírez, F. (2010). *Derecho a la Identidad Personal. Los Registros y las personas – Dimensiones Jurídicas Contemporáneas*. Perú: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC.

- Schmidt, C. y Veloso, P. (2001). *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*. Santiago de Chile: Editora Jurídica Cono Sur.
- Silva, M. (2013). *Guía de Metodología de la Investigación*. Trujillo: Oficina de Investigación.
- Varsi, E. (2013 a). *Tratado de derecho de familia, Derecho de la filiación*. Tomo IV. Lima: Editorial gaceta Jurídica.
- Varsi, E. (2013 b). *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la filiación*. Tomo IV. Lima: Gaceta jurídica.

Hemerográficas:

- Bustamante, R. (2015). El Código Civil y la filiación, una reforma urgente. En: *Derecho civil extramatrimonial y responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica
- Cantoral, K. (2015, marzo, 29). El derecho a la identidad del menor: el caso de México. En *Revista boliviana de derecho*, (20), 74.
- Cárdenas, J. (2015, setiembre, 24). El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana. En *Revista del Instituto de la Familia Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*, 4 (1), 48.
- Fernández, C. (2010). Sexualidad y bioética. La problemática del transexualismo. En *Revista Observatorio del Derecho Civil. Volumen IV: La Persona*. Editora Jurídica Motivensa.
- Plácido, A. (2004). Coexistencia de Filiaciones y Determinación de la Identidad Biológica del Individuo. En *Abogados Legal Report N° 16, Gaceta Jurídica*.
- Plácido, A. (2015). El derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos en la jurisprudencia suprema. Los conflictos entre los aspectos biológicos y afectivos de la identidad filiatoria, a propósito del reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada. En: *Derecho civil extrapatrimonial y responsabilidad civil*. Lima, Gaceta Jurídica.
- Siverino, P. (2013). Cuestionamiento de la filiación matrimonial por la esposa. Lima. En: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia No. 179*. Gaceta Jurídica.

Sokolich, M. (2012). Reflexiones sobre el tratamiento de la filiación en el Perú. En: *Persona y Familia*. Lima: Revista del Instituto de la Familia. Facultad de Derecho de la UNIFÉ. N° 01. Volumen 01.

Electrónicas:

Avalos, B.F. (2017, noviembre, 1). *La inaplicación del art. 396 del CC y los derechos de los menores de edad a la identidad, a conocer su origen biológico y a ser cuidados por sus verdaderos progenitores*. En: legis.pe. Recuperado de: <https://legis.pe/inaplicacion-arti-396-codigo-civil-menores-identidad-origen-biologico-verdaderos-progenitores/>

Gutiérrez, S. (2017, agosto, 8). Alcances y límites de la Ley que modifica el proceso de filiación extramatrimonial. Entrevista a Enrique Varsi Rospigliosi. En *Legis. Pe*. Recuperado de: <https://legis.pe/alcances-ley-modifica-filiacion-paternidad-extramatrimonial-enrique-varsi-rospigliosi/>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables [Perú]. Recuperado de https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/mi_nombre/partida.htm

Observatorio de Derechos Humanos del Honorable Senado de la Nación Argentina (2016). *Derecho a la identidad biológica*. Recuperado de: http://www.senado.gov.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/observatorio/identidad_biologica.pdf

Plácido, A. (2008, noviembre, 13). La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial: El reconocimiento extramatrimonial de hijo de mujer casada. En: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/page/2/>

Registro Nacional de Identificación y Estado Civil [RENIEC]. (2010). *Los Registros y las Personas – Dimensiones Jurídicas Contemporáneas*. Recuperado: <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/pdf/220.pdf>

Tesis universitarias:

Aguilar, I. D. (2017). *La negación del padre al reconocimiento del hijo y la impugnación de la presunción de paternidad en los Juzgados de Familia de Lima*. Tesis de posgrado. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Perú.

- Carpio, L. (2014). *Reconocimiento del hijo de mujer casada en el Registro del Estado Civil y su implicancia en el Derecho a la Identidad del menor de edad: Propuesta de Reforma del Código Civil de 1984* (tesis de posgrado). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.
- Herrera, F. (2017). *Reconocimiento por parte del padre biológico de hijo extramatrimonial de mujer casada”* (tesis de pregrado). Universidad Tecnológica del Perú, Lima, Perú.
- Proaño, S. (2013). *La identidad biológica vs la identidad legal: derivado de la presunción de paternidad* (tesis de pregrado). Universidad San Francisco de Quito, Ecuador.
- Quintero, J. D. y Faneri, L. (2015). *Reconocimiento de hijos extramatrimoniales y análisis jurisprudencial de la irrevocabilidad de los actos de reconocimiento*. Tesis de pregrado. Universidad Cooperativa de Colombia.
- Ramírez, R. (2018). *La intangibilidad del derecho a la identidad. Dos caras de una moneda: Impugnación de paternidad y declaración de paternidad en el hijo nacido de mujer casada*. Tesis de pregrado. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos, L. (2017). *Vulneración al derecho de identidad del hijo extramatrimonial de la mujer casada en los supuestos contemplados en los artículos 396º y 404º del Código Civil Peruano* (tesis de pregrado). Universidad César Vallejo de Chimbote, Perú.
- Valverde, M. (2013). *La presunción legítima de paternidad y su complementariedad con los derechos fundamentales: necesidad de legislar en favor de las minorías* (tesis de pregrado). Universidad de Costa Rica.

Jurisprudencias:

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1994). *Caso Kroon contra Holanda. El derecho al respeto de la vida privada y familiar*. Recuperado de <file:///C:/Users/N15T/Downloads/Dialnet-LaJurisprudenciaDelTribunalEuropeo De DerechosHumano-2513408.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Desapariciones Forzadas de Niños y Niñas ocurrido entre el año 1983 y 1985, por parte de miembros*

de diferentes cuerpos militares de El Salvador. Recuperado de:
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Forneron e hija vs Argentina. Recuperado de:
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Sentencia del Tribunal Constitucional. (2012). *Expediente N° 00227-2011-PA/TC- Recurso de agravio constitucional interpuesto por Renzo Fabrizio Mariani Secada contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.*

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2013). *Casación N° 2726-2012-Del Santa. Demanda sobre impugnación de reconocimiento de paternidad.* Recuperado de:
https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c16fa004a480496a500f57f091476ed/Resolucion_002726-2012-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID.

ANEXOS

Anexo 1:

Matriz de consistencia

TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	“El artículo 396° del Código Civil respecto del reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada. Lima, 2018”
PROBLEMA GENERAL	¿De qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho de los sujetos vinculados en el acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada. Lima, 2018?
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	¿De qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho del progenitor invocado por la madre?
	¿De qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho del cónyuge?
	¿De qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho del hijo extramatrimonial de mujer casada?
OBJETIVO GENERAL	Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho de los sujetos vinculados en el acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada. Lima, 2018.
	Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho del progenitor invocado por la madre.

OBJETIVOS ESPECIFICOS	Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho del cónyuge.
	Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho del hijo extramatrimonial de mujer casada.
SUPUESTO GENERAL	La aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho de los sujetos vinculados en el acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada debido a su deficiente regulación de aspectos como la potestad de la madre al momento de su declaración para la inscripción del hijo en el Registro Civil de Lima.
SUPUESTOS ESPECÍFICOS	La aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria genera la afectación al derecho del progenitor invocado por la madre debido a que la norma no le habilita una etapa para oponerse a la inscripción del nacimiento del menor.
	La aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria genera afectación al derecho del cónyuge en el ejercicio de la patria potestad y los mecanismos para exigirla.
	La aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria genera afectación al derecho a la identidad y verdad biológica del hijo extramatrimonial de mujer casada debido a que expone a una situación de incertidumbre su correcta filiación
VARIABLES /	Artículo 396° del Código Civil

CATEGORÍAS	Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada	
POBLACIÓN	Cincuenta (50) Especialistas en Derecho de Familia	
MUESTRA	Cinco personas entrevistadas: <ul style="list-style-type: none"> • Registrador Civil • Abogado Especialistas en Derecho de Familia • Juez y Fiscal de Familia • Conciliadora Extrajudicial con especialidad en Familia. 	
METODOLOGÍA	Diseño de la investigación	Análisis de casos
		Teoría fundamentada
	Nivel de investigación	Básica
TIPO DE INVESTIGACIÓN	Investigación Cualitativa	
	Técnicas	Análisis documental
TÉCNICAS E INSTRUMENTOS		Instrumentos
	Guía de entrevista	
	Guía de análisis documental	

Anexo 2: Instrumentos (Entrevistas a profesionales especialistas)

FICHA DE ENTREVISTA

Dirigido a Operadores de Justicia, Registradores Civiles y Especialistas del RENIEC

TÍTULO

"Análisis del artículo 396° del Código Civil y su modificatoria en el marco de la problemática para el reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada"

INDICACIONES: El presente instrumento pretende recopilar su opinión respecto al artículo 396° del Código Civil y su modificatoria mediante Decreto Legislativo N° 1377 en el marco del reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Registro Nacional de Identificación y Estad Civil - RENIEC; para lo cual se le solicita se sirva responder a las siguientes preguntas.

Entrevistado : ANA MERCEDES BARRIENTOS ORIHUELA

Cargo : FISCAL PROVINCIAL DE FAMILIA

Institución : MINISTERIO PUBLICO

OBJETIVO GENERAL

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afecta el derecho de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada.

Preguntas:

1. ¿Diga Ud., si está de acuerdo con la modificatoria del artículo 396° del Código Civil con relación al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Registro del Estado Civil? SI, NO, ¿por qué?

Estoy totalmente de acuerdo, porque, con ésta modificatoria se destruye de manera definitiva, la presunción de paternidad matrimonial, si la madre declara

expresamente lo contrario, esto es, si afirma que su esposo no es padre del menor. Al respecto, considero que ésta modificatoria tiene como sustento el hecho que, es la filiación la que, afirma el estado constante de familia, lo que a su vez, va garantizar el derecho a la identidad del hijo o hija extramatrimonial, ello en estricta aplicación del principio del interés superior del niño y del adolescente. Derecho a la identidad que, es reconocido por la Convención sobre los derechos del niño en su artículo 8°, e internamente por nuestra Constitución Política en su artículo 2° inciso 1).

2. ¿Cree Ud., que resulta suficiente la sola declaración expresa de la madre respecto a la identidad del presunto progenitor de su hijo extramatrimonial para que se produzca el reconocimiento del menor en el Registro Civil? SI, NO. ¿por qué?

Considero que NO resulta suficiente, debido justamente a la protección del derecho a la verdadera identidad a que tiene todo recién nacido, al respecto creo que, es necesario que los legisladores tengan en cuenta que, el nuevo artículo 396° del Código Civil, debe considerar no como una posibilidad sino como una obligación que ambos progenitores acudan juntos al Registro Civil para el reconocimiento del hijo, cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido.

3. ¿Está obligada la declarante a indicar el nombre del progenitor de su hijo en el acto de la inscripción de su nacimiento? SI, NO. ¿por qué?

Claro que SI, debido a que, es justamente esa declaración, lo que va permitir que, el progenitor reconozca directamente a su hijo, a diferencia de lo que señalaba el texto original del artículo 396° del Código Civil, en el sentido que, el hijo de mujer casada no podía ser reconocido por el verdadero padre, sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable, regla que, ha cambiado radicalmente, con la modificatoria del referido artículo 396°.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del progenitor invocado por la madre.

4. ¿Cree Ud., que la aplicación del artículo 396° del Código Civil podría afectar el derecho del progenitor del hijo extramatrimonial de mujer casada? SI. NO. ¿por qué?

Definitivamente NO pues, conforme se ha indicado líneas precedentes, éste artículo se dirige justamente a eliminar la presunción de paternidad matrimonial, en salvaguarda del derecho del padre biológico de poder reconocer directamente a su hijo concebido con mujer casada, con la sola declaración de ella, en el sentido que, dicho menor no es hijo de su marido, al respecto considero que, el espíritu de ésta norma se sustenta básicamente en proteger el derecho de identidad de todo niño o niña concebido fuera del matrimonio.

5. ¿Cree Ud., que el funcionario del Registro Civil debe notificar al presunto progenitor invocado por la madre sobre su declaración al momento de la inscripción de su nacimiento? SI. NO. ¿por qué?

NO. por la misma razón. señalada líneas precedentes en el sentido que. el nuevo artículo 396° del Código Civil, elimina la presunción de paternidad matrimonial.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del cónyuge.

6. ¿Diga Ud., de qué manera la modificatoria del artículo 396° del Código Civil afectaría los derechos del cónyuge?

Considero que, la referida modificatoria NO afecta de manera alguna los derechos del cónyuge, por el contrario, le va permitir no tener que pasar por el engorroso trámite, de un proceso de impugnación de paternidad, en caso tome conocimiento que, el niño o niña que se refuta como su hijo o hija por el sólo hecho de encontrarse casado con la madre, no le corresponde su paternidad.

7. ¿Diga Ud., qué sucedería si la madre del menor nacido durante la vigencia del matrimonio por interés personal declara como padre biológico de su hijo a una tercera persona con quién no le une ningún vínculo?

Considero que, éste supuesto es posible darse, debido al hecho que, el nuevo artículo 396° no prevé como obligación del hecho de que **ambos** cónyuges concurren a reconocer a su hijo o hija al Registro Civil, pues, dicho reconocimiento lo puede realizar también el padre biológico, con posterioridad a la inscripción realizada **solo** por la madre, cuando ésta haya declarado quién es el progenitor. En ese caso, la madre estaría incurriendo en delito contra la fe pública en la modalidad de falsedad ideológica, previsto en el artículo 428° del Código Penal.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

8.

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del hijo extramatrimonial de mujer casada.

Al respecto debo indicar que, en principio no se especifica que derecho del hijo extramatrimonial es el que podría verse afectado, con la modificatoria del artículo 396° del Código Civil, toda vez que, conforme se ha señalado en forma reiterada el espíritu del referido artículo es proteger el derecho a su identidad y todo aquel que concierne darle la posibilidad de vivir con su verdadera familia, esto es, permitirle el estado constante de familia que nace justamente con la filiación

9.

Diga Ud., si la norma no hubiera indicado como requisito para el reconocimiento la identificación del progenitor por parte de la madre al momento de la inscripción del nacimiento ¿Se podría haber permitido el reconocimiento posterior por parte del padre biológico?

Al respecto cabe señalar que, el texto original del artículo 396° del Código Civil señalaba que el hijo de mujer casada no podía ser reconocido por el verdadero padre, sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. Esta regla ha cambiado radicalmente, toda vez que, ahora **el progenitor podrá hacer directamente el reconocimiento, bastando para ello que la madre haya declarado expresamente que el menor no es de su marido.** En ese entendido, cabe precisar que, resulta primordial la identificación del progenitor por parte de la madre para poder llevar a cabo el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, toda vez que, es justamente esa identificación la que va dejar sin efecto la presunción de paternidad matrimonial, permitiendo que

el padre biológico pueda reconocer a su hijo, sin tener que recurrir al órgano jurisdiccional para hacer efectivo dicho derecho

SELLO	FIRMA
 <p>MINISTERIO DE SALUD OFICINA NACIONAL DE DEFENSA DE LA FAMILIA Y LA MADRE</p> <p>ANA B. BARRENTOS ORHUELA Fiscal Provincial Titular 18ª Fiscalía Provincial de Familia de Lima</p>	

FICHA DE ENTREVISTA

Dirigido a Operadores de Justicia (Jueces, Fiscales y Abogados Especialistas en Derecho de Familia, Conciliador Extrajudicial especialista en familia; Registradores Civiles y Especialistas del RENIEC.

TÍTULO

"Análisis del artículo 396° del Código Civil respecto del hijo extramatrimonial de mujer casada. Lima, 2018"

INDICACIONES: El presente instrumento pretende recopilar su opinión respecto al artículo 396° del Código Civil y su modificatoria mediante Decreto Legislativo N° 1377 en el marco del reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Registro Nacional de Identificación y Estad Civil - RENIEC; para lo cual se le solicita se sirva responder a las siguientes preguntas.

Entrevistado : Segundo Nicolás Trujillo López
Cargo : Ex magistrado - Abogado
Institución : Poder Judicial - Estudio Jurídico Chirinos Mediana

OBJETIVO GENERAL

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada.

Preguntas:

1. ¿Diga Ud., si está de acuerdo con la modificatoria del artículo 396° del Código Civil con relación al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Registro del Estado Civil? SI, NO. ¿por qué?

Si estoy de acuerdo, porque el Art. 396° del CC antes de su modificatoria, establecía que el hijo de mujer casada no podía ser reconocido por el padre biológico, sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable, lo cual atentaba contra el derecho del menor a gozar del derecho a su verdadera filiación e identidad, derechos consagrados en el Art. 2° inciso 1) de la Constitución Política del Estado. El supeditar la vulneración de esos derechos a que el marido iniciase un proceso judicial, traía como consecuencia una grave afectación de los derechos sustanciales del menor, puesto que un proceso judicial podría tardar más de 05 años y, supeditado a que el marido quiera iniciarlo.

2. ¿Cree Ud., que resulta suficiente la sola declaración expresa de la madre respecto a la identidad del presunto progenitor de su hijo extramatrimonial para que se produzca el reconocimiento del menor en el Registro Civil? SI, NO. ¿por qué?

NO, claro que no. El mismo Art. 396° del C.C., ya modificado, exige como condición necesaria, primero, que la madre haya declarado que el hijo no es de su marido, pero para el reconocimiento éste se puede realizar durante la inscripción de nacimiento cuando la madre y el progenitor **AMBOS** acudan al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando ésta haya declarado quien es el progenitor, en éste caso el registrador debe exigir la presencia de **AMBOS** progenitores: la madre y el padre biológico o progenitor

3. ¿Está obligada la declarante a indicar el nombre del progenitor de su hijo en el acto de la inscripción de su nacimiento? SI, NO. ¿por qué?

SI. Porque así lo exige el Art. 396°, puesto que al declarar que el hijo no es de su marido tiene que declarar el nombre del padre biológico. En la

parte final del primer párrafo se señala expresamente: "(...) cuando esta haya declarado quien es el progenitor"

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del progenitor invocado por la madre.

4. ¿Cree Ud., que la aplicación del artículo 396° del Código Civil podría afectar el derecho del progenitor del hijo extramatrimonial de mujer casada? SI, NO. ¿por qué?

NO, porque éste numeral está dirigido a proteger el derecho del hijo mas no del progenitor. En caso que la madre declarase que el hijo es del presunto progenitor sin serlo, el padre biológico tiene expedito su derecho de ser declarado padre en un proceso judicial de impugnación de paternidad.

5. ¿Cree Ud., que el funcionario del Registro Civil debe notificar al presunto progenitor invocado por la madre sobre su declaración al momento de la inscripción de su nacimiento? SI, NO. ¿por qué?.

NO. Porque para el acto de reconocimiento del menor, el mismo Art. 396° exige la concurrencia al registro de AMBOS padres: La madre y del progenitor cuyo nombre ha sido invocado por la madre al momento de la inscripción.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del cónyuge.

6. ¿Diga Ud., de qué manera la modificatoria del artículo 396° del Código Civil afectaría los derechos del cónyuge?

No habría ninguna afectación. El espíritu del legislador al modificar el Artículo 396° está dirigida a proteger los derechos del menor a su verdadera filiación e identidad, más no del marido. Si este considera que es el padre biológico de su esposa, tiene expedito su derecho de iniciar un proceso de impugnación de reconocimiento de paternidad.

7. ¿Diga Ud., qué sucedería si la madre del menor nacido durante la vigencia del matrimonio por interés personal declara como padre biológico de su hijo a una tercera persona con quién no le une ningún vínculo?

Considero que estaría incurriendo en delito contra la fe pública en la modalidad, falsedad ideológica, previsto en el Art. 428° del Código Penal que sanciona al que hace insertar en instrumento público declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad. La sanción es pena privativa de la libertad no menor de 03 ni mayor de 06 años.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

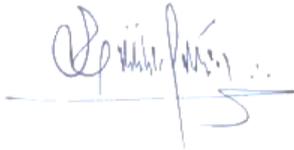
Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del hijo extramatrimonial de mujer casada.

8. ¿Cree Ud., que la modificatoria del artículo 396° del Código Civil afecta o garantiza el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial de mujer casada? SI, NO. ¿por qué?

Considero que NO afecta el derecho del menor, al contrario, esta modificatoria tiene por finalidad proteger los derechos del menor a su verdadera filiación e identidad. Debemos tener en cuenta que antes de la modificatoria, para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial era requisito que el marido, en proceso judicial impugnara su paternidad y con sentencia favorable, recién el progenitor o padre biológico iniciaba el proceso de declaración de paternidad extramatrimonial, lo cual limitaba el derecho, no solo del padre biológico, sino contravenía el derecho fundamental a la identidad del menor a quien, por ley y mandato constitucional, el Estado está en la obligación de proteger.

9. Diga Ud., si la norma no hubiera indicado como requisito para el reconocimiento la identificación del progenitor por parte de la madre al momento de la inscripción del nacimiento ¿Se podría haber permitido el reconocimiento posterior por parte del padre biológico?

Considero que es acertado exigir ese requisito, el que la madre haya identificado al padre biológico. Solo así el progenitor puede reconocer como hijo al menor, siempre y cuando ambos padres concurren al acto de reconocimiento. Caso contrario si la madre no identifica al progenitor, ésta tiene que exigir el reconocimiento previo proceso de filiación, y, en el caso del progenitor iniciar un proceso de impugnación de paternidad.

SELLO	FIRMA
NICOLAS TRUJILLO LOPEZ ABOGADO C.A.L. 15902	

FICHA DE ENTREVISTA

Dirigido a Operadores de Justicia (Jueces, Fiscales y Abogados Especialistas en Derecho de Familia, Conciliador Extrajudicial especialista en familia; Registradores Civiles y Especialistas del RENIEC.

TÍTULO

"Análisis del artículo 396° del Código Civil respecto del hijo extramatrimonial de mujer casada. Lima, 2018"

INDICACIONES: El presente instrumento pretende recopilar su opinión respecto al artículo 396° del Código Civil y su modificatoria mediante Decreto Legislativo N° 1377 en el marco del reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Registro Nacional de Identificación y Estad Civil - RENIEC; para lo cual se le solicita se sirva responder a las siguientes preguntas.

Entrevistado : Rosa Yanet Tapia Gonzales
Cargo : Abogada
Institución : Sub Gerencia Técnico Normativa de Registro Civiles de Reniec.

OBJETIVO GENERAL

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada.

Preguntas:

1. ¿Diga Ud., si está de acuerdo con la modificatoria del artículo 396° del Código Civil con relación al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Registro del Estado Civil? SI, NO. ¿por qué?

Estoy de acuerdo en parte, ya que era necesario modificar el artículo 361° del Código Civil en cuanto establece como presunción que el hijo nacido dentro del matrimonio, tiene por padre al marido, al no tener en cuenta el derecho a la identidad biológica del menor, sin embargo existe ciertos vacíos aún, Art. 396° del CC antes de su modificatoria, establecía que el hijo de mujer casada no podía ser reconocido por el padre biológico, sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable, decir, la madre, el padre biológico y hasta el propio menor (hijo) tienen que esperar la voluntad del esposo para que vía demanda judicial conteste la paternidad y obtenga sentencia favorable. Caso contrario, el menor estará condenado a seguir llevando el apellido del padre legal.

2. **¿Cree Ud., que resulta suficiente la sola declaración expresa de la madre respecto a la identidad del presunto progenitor de su hijo extramatrimonial para que se produzca el reconocimiento del menor en el Registro Civil? SI, NO. ¿por qué?**

NO, creo que la sola declaración de la madre no es suficiente para tener certeza de su veracidad, sin embargo, si se llegara a producir algún conflicto de interés esto se tendría que dilucidar vía judicial; Reniec es un ente administrativo cuya función es inscribir los hechos vitales de las personas.

3. **¿Está obligada la declarante a indicar el nombre del progenitor de su hijo en el acto de la inscripción de su nacimiento? SI, NO. ¿por qué?**

No, el Art. 396° del CC, no obliga a la madre a revelar el nombre del progenitor, el hijo extramatrimonial de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor siempre y cuando la madre haya declarado que el esposo no es el padre, pero la madre puede inscribir a su hijo con sus apellidos, sin revelar el nombre del progenitor.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del progenitor invocado por la madre.

4. **¿Cree Ud., que la aplicación del artículo 396° del Código Civil podría afectar el derecho del progenitor del hijo extramatrimonial de mujer casada? SI, NO. ¿por qué?**

NO, porque la finalidad es proteger la verdadera identidad del menor asimismo si el presunto progenitor se ve afectado por la declaración de la madre puede accionar su derecho en un proceso judicial por usurpación de nombre o impugnación de paternidad.

5. **¿Cree Ud., que el funcionario del Registro Civil debe notificar al presunto progenitor invocado por la madre sobre su declaración al momento de la inscripción de su nacimiento? SI, NO. ¿por qué?.**

Sí, Porque el mismo Art. 396° indica que la madre puede acudir con el progenitor o sola y si fuera así el registrador Civil tiene la obligación de notificar al presunto progenitor para que éste tome conocimiento.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del cónyuge.

6. **¿Diga Ud., de qué manera la modificatoria del artículo 396° del Código Civil afectaría los derechos del cónyuge?**

No creo que el cónyuge se vea afectado, en todo caso prima el derecho a la identidad del menor ya que es consustancial a la dignidad humana esto es un derecho fundamental oponible a todos (erga omnes) en todo caso el cónyuge si se siente afectado puede accionar mediante un proceso judicial la impugnación de paternidad.

7. **¿Diga Ud., qué sucedería si la madre del menor nacido durante la vigencia del matrimonio por interés personal declara como padre biológico de su hijo a una tercera persona con quién no le une ningún vínculo?**

Reniec, como ente rector al detectar una declaración falsa en vía administrativa, mediante su procuraduría puede denunciar a la madre ante el poder judicial por falsedad ideológica previsto en el Art. 428° del Código Penal.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del hijo extramatrimonial de mujer casada.

8. **¿Cree Ud., que la modificatoria del artículo 396° del Código Civil afecta o garantiza el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial de mujer casada? SI, NO. ¿por qué?**

Creo que la modificatoria del artículo 396° no afecta el derecho a la identidad del menor, por el contrario hasta hace poco para el ordenamiento jurídico, prevalecía solo la identidad legal y no la biológica, lo que resultaba lesivo al derecho constitucional a la identidad tutelado

por el artículo 2º inciso 1º de la Constitución y al interés superior del niño.

9. **Diga Ud., si la norma no hubiera indicado como requisito para el reconocimiento la identificación del progenitor por parte de la madre al momento de la inscripción del nacimiento ¿Se podría haber permitido el reconocimiento posterior por parte del padre biológico?**

En una oficina de registro civil es necesario para el reconocimiento según la modificatoria:

1. Si la madre y el progenitor acuden juntos ella revele el nombre y este reconozca.
2. Si la madre acude sola, tiene que revelar el nombre del presunto progenitor para que éste acuda posteriormente una vez tenga conocimiento y pueda reconocer, si va un tercero cuyo nombre no este revelado por la madre no puede haber reconocimiento por parte de este tercero.
3. La madre puede declarar que el cónyuge no es padre de su hijo y puede no revelar nombre del progenitor y consignar sus propios apellidos a su hijo.

SELLO	FIRMA
<p style="text-align: center;">----- <i>Rosa Y. Tapia Gonzales</i> ABOGADA C.A.L. N° 66164</p>	

FICHA DE ENTREVISTA

Dirigido a Operadores de Justicia (Jueces, Fiscales y Abogados Especialistas en Derecho de Familia, Conciliador Extrajudicial especialista en familia; Registradores Civiles y Especialistas del RENIEC.

TÍTULO

"Análisis del artículo 396° del Código Civil respecto del hijo extramatrimonial de mujer casada. Lima, 2018"

INDICACIONES: El presente instrumento pretende recopilar su opinión respecto al artículo 396° del Código Civil y su modificatoria mediante Decreto Legislativo N° 1377 en el marco del reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Registro Nacional de Identificación y Estad Civil - RENIEC; para lo cual se le solicita se sirva responder a las siguientes preguntas.

Entrevistado : ANTONIO JESUS PALOMINO PACHECHO
Cargo : Abogado
Institución : Estudio Jurídico Palomino y Asociados

OBJETIVO GENERAL

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada.

Preguntas:

1. ¿Diga Ud., si está de acuerdo con la modificatoria del artículo 396° del Código Civil con relación al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Registro del Estado Civil? SI, NO. ¿por qué?

Estoy de acuerdo, antes de la dación del DL N° 1377, los artículos 361, 362, 396 y 404 del Código Civil, preferían la verdad formal sobre la verdad real, al oponerse a la verdadera identidad de los hijos extramatrimoniales, el artículo 396 no permitía que el padre biológico del menor lo reconociera.

2. ¿Cree Ud., que resulta suficiente la sola declaración expresa de la madre respecto a la identidad del presunto progenitor de su hijo extramatrimonial para que se produzca el reconocimiento del menor en el Registro Civil? SI, NO. ¿por qué?

Si, porque quién más que una madre es la que sabe con quién procreo ese hijo y por lo tanto si ella declara como padre del menor a una persona, el funcionario del registro tiene que admitir esa declaración y colocar en el acta de nacimiento el apellido del progenitor que la madre le haya indicado.

3. ¿Está obligada la declarante a indicar el nombre del progenitor de su hijo en el acto de la inscripción de su nacimiento? SI, NO. ¿por qué?

Si está obligada porque la ley sobre el reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada así lo indica, nótese que no estamos hablando de cualquier hijo o de un hijo extramatrimonial de padres solteros, la ley está dada para el hijo de mujer casada y ahí sí está obligada la madre a indicar e identificar al progenitor.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del progenitor invocado por la madre.

4. ¿Cree Ud., que la aplicación del artículo 396° del Código Civil podría afectar el derecho del progenitor del hijo extramatrimonial de mujer casada? SI, NO. ¿por qué?

No creo, porque si la madre lo declara como padre biológico de su hijo y este no lo es, no tendría obligación de firmar el reconocimiento, nada le obliga a hacerlo a menos que sea a través de una demanda judicial que

es ora cosa, pero ante el registro civil no lo hace y punto; porque la sola declaración de la madre sindicándolo como progenitor lo único que conlleva es que lleve su apellido pero no tendría ninguna obligación con el menor como pasar alimentos y otros porque no lo ha reconocido; ahora si no está de acuerdo que el menor lleve su apellido puede proceder judicialmente a través de una demanda de usurpación de nombre en contra de la madre y del menor.

5. ¿Cree Ud., que el funcionario del Registro Civil debe notificar al presunto progenitor invocado por la madre sobre su declaración al momento de la inscripción de su nacimiento? SI, NO. ¿por qué?.

Creo que no, a mi parecer eso se da en el caso del hijo extramatrimonial donde ambos padres son solteros pero la modificatoria de la ley del artículo 396 es para el hijo de mujer casada procreado con otra persona ajena al marido con quien no vive ni le une ninguna relación más que solo el vínculo formal del matrimonio que no ha sido disuelto legalmente.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del cónyuge.

6. ¿Diga Ud., de qué manera la modificatoria del artículo 396° del Código Civil afectaría los derechos del cónyuge?

No afecta, porque como lo dije en mi anterior respuesta el cónyuge ya no vive con la madre del menor e incluso están separados en los hechos, entonces no tiene por qué afectarlo, en muchos casos ese cónyuge ya vive con otra persona al igual que su aún esposa.

7. ¿Diga Ud., qué sucedería si la madre del menor nacido durante la vigencia del matrimonio por interés personal declara como padre biológico de su hijo a una tercera persona con quién no le une ningún vínculo?

Eso es otra cosa que no tiene nada que ver con la problemática para la modificatoria del artículo 396 del Código Civil, aquí puede haber infidelidad, adulterio o interés personal, en todo caso la falsa declaración de la madre sería un delito con consecuencias penales.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del hijo extramatrimonial de mujer casada.

8. ¿Cree Ud., que la modificatoria del artículo 396° del Código Civil afecta o garantiza el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial de mujer casada? SI, NO. ¿por qué?

Este artículo garantiza el derecho del menor a su verdadera filiación, porque esta dado para que el padre biológico lo reconozca y se produzca el entroncamiento con los derechos y deberes que como padre tiene que afrontar.

9. Diga Ud., si la norma no hubiera indicado como requisito para el reconocimiento la identificación del progenitor por parte de la madre al momento de la inscripción del nacimiento ¿Se podría haber permitido el reconocimiento posterior por parte del padre biológico?

Creo que la disposición es clara y no admite interpretación, si la madre no declarada como padre de su menor a una persona al momento de inscribir su nacimiento, nadie puede hacerlo posteriormente, en todo caso sería a través de una acción judicial más no a través del registro civil.

SELLO	FIRMA
<p><i>Jesús Palomino Pacheco</i> ABOGADO Reg. CAL. Nro. 37577</p>	

FICHA DE ENTREVISTA

Dirigido a Operadores de Justicia (Jueces, Fiscales y Abogados Especialistas en Derecho de Familia, Conciliador Extrajudicial especialista en familia; Registradores Civiles y Especialistas del RENIEC.

TÍTULO

"Análisis del artículo 396° del Código Civil respecto del hijo extramatrimonial de mujer casada. Lima, 2018"

INDICACIONES: El presente instrumento pretende recopilar su opinión respecto al artículo 396° del Código Civil y su modificatoria mediante Decreto Legislativo N° 1377 en el marco del reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Registro Nacional de Identificación y Estad Civil - RENIEC; para lo cual se le solicita se sirva responder a las siguientes preguntas.

Entrevistado : Carmen Luisa Hinostroza Alatriza
Cargo : Conciliadora Extrajudicial – Civil y Familia
Institución : Centro de Conciliación Extrajudicial "Renzo Jesús"

OBJETIVO GENERAL

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho de los sujetos vinculados al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada.

Preguntas:

1. ¿Diga Ud., si está de acuerdo con la modificatoria del artículo 396° del Código Civil con relación al acto de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Registro del Estado Civil? SI, NO. ¿por qué?

Si estoy de acuerdo, porque el artículo 396° del Código Civil, vulneraba el derecho a la verdadera identidad y el nombre de los menores que necesitaban ser inscritos y reconocidos por su padre biológico en el Registro Civil; ahora se ha enmendado dicha vulneración y el menor podrá ser reconocido por su verdadero padre.

2. ¿Cree Ud., que resulta suficiente la sola declaración expresa de la madre respecto a la identidad del presunto progenitor de su hijo extramatrimonial para que se produzca el reconocimiento del menor en el Registro Civil? SI, NO. ¿por qué?

Desde mi punto de vista creo que sí, porque la madre sabe quien es su verdadero progenitor por ello la potestad que tiene para indicar quien es el padre biológico de ese menor, no siendo necesario ninguna otra prueba para demostrar lo contrario, pero si la madre declara falsamente entonces se vería involucrada en un delito.

3. ¿Está obligada la declarante a indicar el nombre del progenitor de su hijo en el acto de la inscripción de su nacimiento? SI, NO. ¿por qué?

Si hablamos del hijo extramatrimonial de mujer casada, la madre si está obligada que indique quien es el padre biológico de su menor hijo para que de esta manera el funcionario del registro lo inscriba con los apellidos paternos de ambos progenitores y de esta manera se produce la identidad del menor y también se podría producir el reconocimiento en ese mismo momento siempre y cuando ambos progenitores concurren al Registro Civil.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del progenitor invocado por la madre.

4. ¿Cree Ud., que la aplicación del artículo 396° del Código Civil podría afectar el derecho del progenitor del hijo extramatrimonial de mujer casada? SI, NO. ¿por qué?

No, porque la modificación que ha sufrido el artículo 396 del Código Civil es para proteger los derechos del menor en este caso del hijo extramatrimonial de mujer casada en cuanto a su derecho a su verdadera identidad; el progenitor puede oponerse a la declaración de la madre si es que no esta de acuerdo o no es el padre biológico al no reconocerlo es decir al no firmar el reconocimiento del menor ya que la declaración que realice la madre solo es con fines de identidad y para que se produzca la filiación tiene que haber reconocimiento paterno.

5. ¿Cree Ud., que el funcionario del Registro Civil debe notificar al presunto progenitor invocado por la madre sobre su declaración al momento de la inscripción de su nacimiento? SI, NO. ¿por qué?.

Creo que si, esto se daría cuando la madre concurre sola a registrar al menor y al identificar al padre biológico, el funcionario del registro civil tendría que notificarlo para que concurra a firmar el reconocimiento.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del cónyuge.

6. ¿Diga Ud., de qué manera la modificatoria del artículo 396° del Código Civil afectaría los derechos del cónyuge?

No afecta los derechos del cónyuge puesto que esa persona ya no vive ni tiene ninguna relación con la madre; por ello es que se ha modificado el mencionado artículo; en todo caso si se siente afectado podría ir a la via

judicial mediante una demanda de impugnación del reconocimiento de paternidad.

7. ¿Diga Ud., qué sucedería si la madre del menor nacido durante la vigencia del matrimonio por interés personal declara como padre biológico de su hijo a una tercera persona con quién no le une ningún vínculo?

En este caso, la madre que declare hechos inexactos o mentiras estaría incurriendo en el delito de falsedad y pasible de las consecuencias penales que indica la ley.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Analizar de qué manera la aplicación del artículo 396° del Código Civil a partir de su modificatoria afectaría el derecho del hijo extramatrimonial de mujer casada.

8. ¿Cree Ud., que la modificatoria del artículo 396° del Código Civil afecta o garantiza el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial de mujer casada? SI, NO. ¿por qué?

En mi opinión, este artículo garantiza el derecho del menor a su verdadera filiación en cuanto a su lazo sanguíneo que le une con sus progenitores; por ello se ha producido la modificación para que beneficie al menor porque lo protege y ampara su interés superior.

9. Diga Ud., si la norma no hubiera indicado como requisito para el reconocimiento la identificación del progenitor por parte de la madre al momento de la inscripción del nacimiento ¿Se podría haber permitido el reconocimiento posterior por parte del padre biológico?

No, porque daría lugar a que cualquier persona que conozca estos hechos, se apersona al registro civil y declare que es el padre biológico del menor y lo reconozca, luego vendría otra persona a hacer lo mismo y/o el verdadero padre biológico y encuentre que su menor hijo ya fue reconocido por una persona con quien no le une ningún lazo; por ello la ley ha previsto que la madre identifique al padre biológico porque es la única que sabe a ciencia cierta quien es el verdadero padre del menor.

SELLO	FIRMA
<p data-bbox="603 815 836 869">Centro de Conciliación "RENZO JESÚS"</p> <p data-bbox="584 927 858 994">Carmen Luisa Miró Cordero Alatorre Reg. No. 2717 Reg. Ent. de Panamá No. 2830</p>	

Anexo 3: Validación de instrumento (entrevistas)



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y nombres: ALZAMORA Zevallos Miguel Eduardo
 1.2. Cargo e institución donde labora: Abogado - Doctor en Derecho - Ex. Juez Superior
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: ENTREVISTA
 1.4. Autor (a) del instrumento: HERRERA ROSALES JUAN ALBERTO

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE				MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100	
CLARIDAD	Está formulado con lenguaje comprensible											✓	
OBJETIVIDAD	Está adecuado a las leyes y principios científicos									✓			
ACTUALIDAD	Está adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación									✓			
ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica											✓	
SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales									✓			
INTENCIONALIDAD	Esta adecuada para valorar las variables de los supuestos teóricos									✓			
CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos teóricos y científicos									✓			
COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos, variables e indicadores.										✓		
METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar la hipótesis										✓		
PERTINENCIA	Existe relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al método científico										✓		

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación
 - El instrumento no cumple con los requisitos para su aplicación

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN

90%

Lima, de noviembre del 2018

FIRMA DEL EXPERTO
 DNI. 25667307 TELF. 997917818

Miguel E. Alzamora Zevallos
 Abogado
 C.A.L. N° 11302



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y nombres: LOPEZ CURRO DANTE DANIEL
 1.2. Cargo e institución donde labora: DOCENTE ESCUELA DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL PNP
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: ENCUESTA DININCRI
 1.4. Autor (a) del instrumento: HERNAN ROSALES JUAN ALBERTO

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE				MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
CLARIDAD	Está formulado con lenguaje comprensible										X	
OBJETIVIDAD	Está adecuado a las leyes y principios científicos										X	
ACTUALIDAD	Está adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación										X	
ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica										X	
SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales										X	
INTENCIONALIDAD	Esta adecuada para valorar las variables de los supuestos teóricos										X	
CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos teóricos y científicos										X	
COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos, variables e indicadores.										X	
METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar la hipótesis										X	
PERTINENCIA	Existe relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al método científico										X	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación

- El instrumento no cumple con los requisitos para su aplicación

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN

95%

Lima, de noviembre del 2018

FIRMA DEL EXPERTO
 DNI 1015010 TELF 993565441

*MAGISTER EN DERECHO PROCESAL
 UNIVERSIDAD JAICA GORILLOZO*

**DANTE D LOPEZ CURRO
 ABOGADO
 CAL. 4904E**

CERTIFICADO DE VALIDEZ DEL CONTENIDO DE LOS INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

ITEM	CONTENIDO	PERTINENCIA			RELEVANCIA			CLARIDAD			SUFICIENCIA		
		Si	No	Corregir	Si	No	Corregir	Si	No	Corregir	Si	No	Corregir
	Preguntas de las entrevistas / encuestas a aplicarse												
1	¿Con la modificatoria del Código Civil respecto a la presunción de paternidad, de qué manera se protege el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial de mujer casada?												
2	¿Tiene el padre biológico mecanismos de oposición en caso la madre casada no declare con veracidad lo relativo a la paternidad del hijo extramatrimonial?												
3	¿Resulta suficiente la sola declaración de la madre respecto a la identidad del presunto progenitor de su hijo extramatrimonial para que se produzca el reconocimiento del menor en el Registro Civil?												

4	¿Cuáles serían las consecuencias en el caso de que la madre del menor durante la vigencia del matrimonio declare como padre biológico de su hijo a una tercera persona con quién solo le une un vínculo amoroso?																		
5	¿De qué manera la modificatoria del artículo 396° del Código Civil ha afianzado el derecho a la identidad y a la verdad biológica del hijo extramatrimonial de mujer casada?																		
6	¿Cómo se compondrían los apellidos del hijo si la madre no revela el nombre del progenitor?																		

Observaciones generales:

<i>Aplicable</i>	Aplicable	Aplicable después de corregir	No Aplicable
Opinión de - aplicabilidad	X		

Elementos considerativos para la evaluación

Pertinencia. El ítem corresponde al contexto de la investigación

Apellidos y Nombres del Validador experto	Dora - Liana # Sober Delgado
DNI	10587264
Especialidad	Derecho
Firma	

Relevancia: El ítem es apropiado para representar el componente evaluado de la investigación

Claridad: El enunciado se comprende sin mayor dificultad, es conciso, exacto y directo

Suficiencia: El ítem evaluado tiene los elementos necesarios para cumplir su objetivo

Apellidos y Nombres del Validador experto	Hijar Hernandez Victor Daniel
DNI	09461497
Especialidad	Herodología
Firma	 UNIVERSIDAD HUANO TELESUI Mg. Daniel Hijar Hernández

Relevancia: El ítem es apropiado para representar el componente evaluado de la investigación

Claridad: El enunciado se comprende sin mayor dificultad, es conciso, exacto y directo

Suficiencia: El ítem evaluado tiene los elementos necesarios para cumplir su objetivo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2726-2012-DEL SANTA

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD

Sumilla: El estado constante de familia afirma la filiación, siendo ello así, resulta procedente declarar inaplicables los artículos 396 y 404 del Código Civil, a fin de garantizar el derecho a la identidad, lo que se justifica por el principio del interés superior del niño y del adolescente.

Lima, diecisiete de julio de dos mil trece.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número dos mil setecientos veintiséis – dos mil doce, en audiencia pública de la fecha, producida la votación con arreglo a ley, y de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Civil, emite la siguiente sentencia.-----

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza, que obra a folios doscientos treinta y ocho contra la sentencia de vista que obra a fojas doscientos once, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, que revoca la sentencia de primera instancia de folios ciento dos, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, que declaró fundada la demanda, y reformándola la declararon improcedente.-----

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: El presente recurso de casación, mediante resolución emitida el dos de agosto de dos mil doce por esta Sala Suprema, obrante a folios treinta y tres 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 siete de octubre del año dos mil once, 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.-----

CONSIDERANDO: PRIMERO.- 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.-----

SEGUNDO.- 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 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.-----

TERCERO.- Que, a fojas treinta y cuatro Teodoro Arturo Guerrero Alvarado contesta la demanda señalando que con fecha veintidós de enero de mil novecientos noventa y cuatro contrajo matrimonio civil con la demandada Eva Elvira Cárdenas Rosales; fruto de su unión conyugal nació su menor hija de iniciales M.L.G.C., el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve y dentro del plazo legal se hizo el reconocimiento, refiere que no es cierto lo que infiere el demandante respecto a que su persona tenía pleno conocimiento que la menor no era su hija a la fecha del reconocimiento, que la prueba de ADN fue practicada sin su consentimiento y solicitada por la madre de su hija, es decir, no fue ordenado por ningún órgano jurisdiccional. Sostiene que su hija nació durante el matrimonio y vivieron en el domicilio conyugal junto a la demandada y su menor hija hasta el dos mil tres, fecha en que por mutuo acuerdo iniciaron el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el mismo que acordaron la tenencia, alimento y régimen de visitas, culminado el proceso se declaró disuelto el vínculo matrimonial, refiere que salía a pasear con la menor los fines de semana, y la llevaba a la casa donde habita con sus padres y hermanos, e incluso cuando su hija enfermaba salían al médico, que la menor ha sido reconocida dentro de la unión conyugal y nunca ha negado ser padre de la menor.-----

CUARTO.- Que, tramitada la demanda según su naturaleza, mediante sentencia de folios ciento dos, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, el A quo ha declarado fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de

paternidad, en consecuencia se declara inaplicable para el proceso lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, por lo dispuesto en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado; por consiguiente, se deja sin efecto el reconocimiento realizado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C., y declara la paternidad de Nolberto Hugo Roca Maza a favor de la menor indicada, ordenando a la Municipalidad Provincial de Huarmey extender nueva partida de nacimiento en sustitución de la anterior. Como fundamentos de su decisión el A quo ha considerado que, como es verse a fojas treinta y dos del expediente principal, los demandados contrajeron matrimonio el día veintidós de enero de mil novecientos noventa y cuatro, inscribiéndose la disolución de su vínculo matrimonial el día veintisiete de julio de dos mil cinco; y, la menor de iniciales M.L.G.C nació el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, como consta en la partida de nacimiento a folios dos; es decir, nació dentro del matrimonio de los demandados. Que, la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio es una regla de carácter imperativo, aplicándose a la generalidad de los casos, más su fuerza no es absoluta, admitiéndose prueba en contrario. Señala que el presupuesto de la previa negación de paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en el caso de hijos nacidos dentro del matrimonio, limita el derecho no solo del padre biológico sino contraviene el derecho fundamental a la identidad del menor a quien por ley y mandato constitucional el Estado está en la obligación de proteger. En base al principio de la jerarquía normativa resulta inaplicable al caso de autos, sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 369 y 404 del Código Civil, prevaleciendo el derecho a la investigación de la paternidad de la menor de iniciales M.L.G.C.; en el presente caso, el demandante Nolberto Hugo Roca Maza impugna el reconocimiento realizado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado de la menor de iniciales M.L.G.C, en mérito a los resultados de la prueba de ADN (obran a fojas cuatro) en el que se consigna como probabilidad de paternidad el 99.9999999845% de él con respecto a la menor indicada; siendo así resulta fundada la demanda.-----

QUINTO.- Que, elevados los actuados a la Instancia Superior, en mérito al recurso de apelación de folios ciento dieciocho interpuesto por el demandado

Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante sentencia de vista de folios ciento treinta y nueve, revoca la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que ha quedado acreditado que la menor de iniciales M.L.G.C es hija nacida dentro del matrimonio de los codemandados, fundamento por el que no es factible la aplicación del artículo 386 del Código Civil, máxime si como se evidencia, el que fuera cónyuge de la madre (Teodoro Arturo Guerrero Alvarado) no ha impugnado su paternidad y por el contrario ha manifestado su voluntad de no hacerlo, por lo que no concurren los presupuestos estipulados en el artículo 376 del Código Civil, respecto a la titularidad de la acción de negación.-----

SEXTO.- Que, interpuesto el recurso de casación por el demandante, contra la referida Sentencia de Vista, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación 3776-2010- Del Santa, de fecha siete de octubre de dos mil once, declara fundado el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza; casaron la sentencia de vista, en consecuencia, nula la resolución impugnada de fecha veintiuno de junio de dos mil diez, ordenándose que el Colegiado Superior expida nueva resolución. Considerando que el Colegiado Superior únicamente justifica la decisión de revocar la sentencia de primera instancia aplicando normas del Código Civil, más no emite pronunciamiento en relación al control difuso que invoca el *A quo* al amparar al demanda, lo que resulta relevante, puesto que el demandante fundamenta su pretensión en lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado y mayor aun si de por medio se encuentran inmersos los derechos de una menor, no solo de identidad, sino de varios derechos conexos que merecían un mayor análisis, en observancia del Principio del Interés Superior del Niño que recoge el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.-

SÉTIMO.- Que, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emite nuevo pronunciamiento mediante Sentencia de Vista de folios doscientos once, resolviendo revocar la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es su hija M.L.G.C., quien por medio de su

representante legal podría invocar su legítimo derecho a la identidad, basada en el nuevo sistema constitucional de filiación, y obviamente en el interés superior del niño y adolescente, sino Norberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico, sustentando básicamente su demanda en los resultados de la prueba de ADN a la que se ha sometido voluntariamente; asimismo, considera el Colegiado Superior que respecto a esta persona los artículos 397 y 404 del Código Civil no afectan, ni limitan, ni vulneran ningún derecho constitucional; en otras palabras se trata de normas válidas que no le reconocen interés para obrar al Demandante para entablar una acción contestatoria de paternidad, por lo tanto la demanda deviene en improcedente.-----

OCTAVO.- Que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, el cual comprende el derecho a un nombre, a conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia Número 02432-2005-PH/TC. Al respecto la Sentencia Número 02273-2005-PH/TC, precisa que el derecho a la identidad es entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).-----

NOVENO.- Que, el derecho a la identidad, debe protegerse de modo preferente, atendiendo a que *“la vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía de intereses que podemos calificar como esenciales entre los esenciales, por ello, merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica”* [Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la identidad personal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 22].-

DÉCIMO.- Que, tal como se ha reseñado anteriormente, en el caso de autos, se ha incoado demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad; en tal sentido, cabe precisar, que la filiación forma parte del derecho a la identidad, que es “una forma de estado de familia”. De allí que se diga que la filiación implica un triple estado: *estado jurídico*, asignado por la Ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; *estado social*, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas; *estado civil*, implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad” [Varsi Rospigliosi, Enrique. Divorcio, filiación y patria potestad. Grijley, Lima, 2004, página 89].-----

DÉCIMO PRIMERO.- Que, el concepto de identidad personal, presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona y su identidad filiatoria. La primera, se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos; y la identidad filiatoria, es en cambio, un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona de un determinado estado de familia, en relación a quiénes aparecen jurídicamente como sus padres, está habitualmente en concordancia con la identidad genética, pero puede no estarlo. [Ferrer, Identidad y fecundación asistida, en Libro de Ponencias, página 189, citado por Zannoni Eduardo A. Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aries, 2002, página 326].-----

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, en el caso de autos, en mérito a los resultados de la prueba de ADN practicada por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, de folios cuatro, que no fue tachado por los demandados, se precisa la probabilidad de paternidad del 99,9999999845% de Nolberto Hugo Roca Maza con respecto a la menor de iniciales M.L.G.C.-----

DÉCIMO TERCERO.- Que, al resolver la apelación interpuesta en autos, el Ad quem sustenta su decisión en que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es la hija de iniciales M.L.G.C., quien por medio de su representante podría invocar su legítimo derecho a la identidad; sino Nolberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico, sin embargo, debe tenerse en cuenta que en toda medida concerniente al niño y al adolescente, se considerará

el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, principio que se desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niños” (el subrayado es nuestro). Además, para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es preciso “ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño” [CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párrafo 59].-----

DÉCIMO CUARTO.- Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación, siendo ello así, resulta procedente **declarar inaplicable**, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés

superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal.-----

Por los fundamentos expuestos, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza, de fojas doscientos treinta y ocho; **CASARON** la resolución impugnada; en consecuencia **NULA** la resolución de vista obrante a folios doscientos once, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa; **y actuando en sede de instancia: CONFIRMARON** la resolución apelada contenida en la resolución número once de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, que declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por Norberto Hugo Roca Meza contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y Teodoro Arturo Guerrero Alvarado; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Nolberto Hugo Roca Maza contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y otro, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad; y los devolvieron. Ponente Señora Cabello Matamala, Jueza Suprema.

S.S. RODRÍGUEZ MENDOZA; VALCÁRCEL SALDAÑA; CABELLO MATAMALA MIRANDA MOLINA; CUNYA CELI.