



**UNIVERSIDAD JOSÉ CARLOS MARIÁTEGUI
VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, EMPRESARIALES Y
PEDAGÓGICAS**

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**“PROBLEMÁTICA DE FILIACIÓN DE HIJOS
EXTRAMATRIMONIALES DE MUJER CASADA
VULNERA EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL
MENOR DISTRITO AREQUIPA 2020”**

PRESENTADO POR

MONICA SOLEDAD PACHECO DE VIZCARRA

ASESOR

MG. JORGE ERIK BUSTINZA ORIHUELA

PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

MOQUEGUA – PERÚ

2022

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTOS	IV
ÍNDICE DE CONTENIDO	V
INDICE DE TABLAS	VIII
INDICE DE FIGURAS	VII
EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.1 Descripción de la Realidad Problemática.....	1
1.2 Definición de problema.	3
1.2.1 Interrogante General.	3
1.2.2 Interrogantes específicas.....	3
1.3 Objetivos de la investigación.....	3
1.3.1 Objetivo General.	3
1.3.2 Objetivos Específicos.....	3
1.4 Justificación e importancia de la investigación.....	4
1.5 Variables. Operacionalización.....	4
1.5.1 Variable Independiente.....	4
1.5.2 Variable Dependiente.....	4
1.6 Hipótesis de la investigación.	4
MARCO TEÓRICO.....	6
2.1 Antecedentes de la investigación.	6
2.2 Bases teóricas.....	10
2.2.1 Filiación.....	10
2.2.2 Filiación matrimonial	11
2.2.3 Teorías de la filiación matrimonial	11
Conforme ilustra (Varsi, 2013).	11

2.2.4 Filiación extramatrimonial.....	13
2.2.6. Determinación de paternidad	14
2.2.7 Sistemas de investigación de la paternidad	15
2.2.8 Efectos de la falta de determinación de paternidad.....	16
2.2.9 Presunciones de paternidad	17
2.2.10 Presunción pater is est	18
2.2.11 Derecho a la identidad	19
2.2.12 Identidad biológica o estática.....	21
2.2.13 Identidad dinámica	21
2.3 Marco Conceptual.....	26
CAPÍTULO III	29
MÉTODO.....	29
3.1 Tipo de investigación.	29
3.2. Diseño de investigación.....	29
3.3. Población y muestra.	29
3.3.1. Población.....	29
3.3.2. Muestra.	30
3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	30
3.4.1. Técnicas de recolección de datos.....	30
3.4.1.1. Observación documental.	30
3.4.1.2. Encuesta.	31
3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.....	31
3.4.2.1. Fichas bibliográficas.	31
3.4.2.2. Cuestionario de preguntas.....	31
3.5. Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	31
CAPITULO IV	33

PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.....	33
CAPITULO V	48
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	48
5.1. Conclusiones.....	48
5.2. Recomendaciones.....	49
BIBLIOGRAFÍA.....	50
V. ANEXOS	52
Anexo 1. Matriz de consistencia.	53
Anexo 2. Cuestionario de preguntas.	54

INDICE DE TABLAS

Tabla 1	34
Derecho del padre a impugnar la paternidad	34
Tabla 2	35
Declaración de la madre sobre filiación de su hijo	35
Tabla 3	40
Declaración negativa de paternidad de hijo extramatrimonial	40
Tabla 4	42
Negativa de declarar a la madre casada	42
Tabla 5	43
Vulneración del derecho a nombre del hijo extramatrimonial	43
Tabla 6	45
Vulneración del derecho a conocer a su padre del menor hijo extramatrimonial	45

INDICE DE FIGURAS

Gráfico 1.....	35
Derecho del padre a impugnar la paternidad.....	35
Gráfico 2.....	39
Declaración de la madre sobre la filiación de su hijo.....	39
Gráfico 3.....	41
Declaración negativa de paternidad de hijo extramatrimonial.....	41
Gráfico 4.....	43
Negativa de declarar a la madre casada.....	43
Gráfico 5.....	45
Vulneración del derecho a nombre del hijo extramatrimonial.....	45
Gráfico 6.....	47
Vulneración del derecho a conocer a su padre del menor hijo extramatrimonial	47

RESUMEN

El presente trabajo de investigación trata sobre la última modificación al Código Civil en cuanto autoriza a que la madre en forma unipersonal y sin consentimiento de otra persona como puede ser el esposo o pareja, está facultada para registrar a su menor hijo extramatrimonial y consignar como padre a la persona que ella vea por conveniente.

Por nuestro trabajo investigativo vamos, en primer orden, a verificar los fundamentos que sustentan esta modificación en la norma civil, como puede ser la protección del menor como fin supremo normativo.

En segundo orden vamos a ver aspectos relacionados al mejor interés del menor, como son el derecho al nombre, a la identidad entre otros, que sirvan de base para sustentar la modificación.

En tercer orden demostrar que la novísima norma civil está atentando contra el derecho del menor en lo respecta a su derecho a la identidad.

Asimismo, proponer alternativas jurídicas de solución al problema encontrado, las que servirán como marco teórico para otras investigaciones, sobre temas similares.

Palabras clave: Filiación extramatrimonial; mujer casada; derecho a la identidad.

ABSTRACT

The present research work deals with the last modification to the Civil Code insofar as it authorizes the mother in a sole proprietorship and without the consent of another person such as the husband or partner, is empowered to register her minor extramarital child and consign as father to the person that she sees fit.

Through our investigative work, we are going, in the first order, to verify the foundations that support this modification in the civil norm, such as the protection of minors as a supreme normative goal.

In the second order, we are going to see aspects related to the best interest of the minor, such as the right to a name, to identity, among others, that serve as a basis to support the modification.

In the third order, demonstrate that the latest civil norm is violating the right of the minor with respect to his right to identity.

Also, propose legal alternatives to solve the problem encountered, which will serve as a theoretical framework for other research on similar topics.

Keywords: Extramarital filiation; married woman; right to identity.

INTRODUCCIÓN

La investigación que es motivo de nuestra atención se titula “Problemática de filiación de hijos extramatrimonial de mujer casada vulnera el derecho a la identidad del menor distrito Arequipa – 2020.

El problema que se ha investigado trata sobre la última modificación que se ha presentado en el artículo 396 del Código Civil por el Decreto Legislativo N° 1377, publicada el viernes 24 de agosto de 2018 en el diario oficial El Peruano.

En la modificación se estaría vulnerando el derecho a la identidad del menor, al dejar la potestad a la madre casada en determinar la paternidad del hijo extramatrimonial.

En la presente investigación se ha formulado una interrogante general, que dice: ¿De qué manera se ve vulnerado el derecho a la identidad del hijo a propósito del Decreto Legislativo N° 1377? ; en base a ello se ha disgregado las siguientes interrogantes específicas: a. ¿Cuáles son principios constitucionales y doctrinales que protegen el derecho a la identidad?; b. ¿Cuáles son los fundamentos teóricos-doctrinarios que han inspirado para que el Decreto Legislativo N° 1377 establezca que una mujer casada alegue que el padre de su hijo es persona diferente al hombre con quien está casada?; c. ¿De qué forma se estaría vulnerando con los alcances del Decreto Legislativo N° 1377 el derecho a la identidad del menor?

De acuerdo a la interrogante general hemos formulado el siguiente objetivo general: Determinar la vulneración del derecho a la identidad del hijo a propósito del Decreto Legislativo N° 1377; conforme a ello se ha formulado los siguientes objetivos específicos los que tienen relación directa con las interrogantes específicas: 1. Precisar los principios constitucionales y doctrinales que protegen el derecho a la identidad; 2. Determinar los fundamentos teóricos-doctrinarios que han inspirado para que el Decreto Legislativo N° 1377 establezca que una mujer casada alegue que el padre de su hijo es persona diferente al hombre con quien está casada; 3. Establecer la forma se estaría vulnerando con los alcances del Decreto Legislativo N° 1377 el derecho a la identidad del menor.

Se ha propuesto la hipótesis siguiente: En base a la modificatoria del Artículo 369° del Código Civil por el Decreto Legislativo 1377, por el que se incorpora la declaración expresa de la madre como medio para realizar la filiación, ya que se deja de lado la declaración del esposo de la mujer en ese momento, no se puede realizar una correcta determinación de filiación, Es así que pueden generarse diversos problemas con respecto a la afiliación de hijo extramatrimonial de mujer casada, basándose únicamente en la declaración de la madre, de esta forma se estaría vulnerando el derecho a la identidad del menor.; donde hemos propuesto como variable independiente: Filiación de hijos extramatrimoniales de mujer casada; y como variable dependiente: Vulneración del derecho a la identidad.

Hemos dividido el presente trabajo de investigación en capítulos. El primer capítulo denominado “El problema de investigación”, donde describimos el problema que se va a investigar, las interrogantes antes mencionadas, los objetivos de la investigación, así también, la justificación de la investigación, asimismo se ha formulado las variables, independiente y dependiente; y finalmente se ha formulado una hipótesis tentativa.

En el capítulo II denominado “Marco teórico” se ha desarrollado los antecedentes, tanto internacionales, nacionales y locales sobre el tema que se ha investigado. Asimismo, se ha desarrollado teóricamente y contestado las interrogantes que hemos formulado en los diferentes subtítulos.

También se ha desarrollado el marco teórico de todas las acepciones relacionadas al tema de investigación

En el capítulo III denominado “Método”, se ha expuesto la metodología de investigación que se ha utilizado en la presente investigación.

En el capítulo IV se encuentra el trabajo de campo realizado en base al cuestionario de preguntas que hemos confeccionado, las mismas que nacen de los indicadores planteados y estos a su vez a sus variables; presentando tablas y gráficos al respecto.

En el capítulo V se encuentra las conclusiones, que son tres, las que responden a cada objetivo planteado; así también, están las recomendaciones, que son también tres las que tienen relación directa a cada conclusión.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción de la Realidad Problemática.

El Tribunal Constitucional enuncia que el derecho a la identidad, consagrado en el Artículo 2. 1º de la Constitución, comprende, en primer lugar, el derecho a un nombre, lo que implica 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. (Tribunal Constitucional, 2006)

En cuanto a los derechos de los menores, que son objeto de conflicto constitucional, es fundamental que la justicia constitucional garantice que estos derechos sean coherentes con el interés superior del niño como principio rector de su interpretación. Por definición, esta justicia es intuitiva, finalista y antiformalista. “Así, tenemos que el principio del interés superior del niño comprende una acción de protección, la cual está a cargo de los jueces, quienes se encargan de adecuar y flexibilizar las normas y su interpretación a fin de lograr la aplicación más favorable para resolver la controversia planteada, siendo este principio de particular importancia por tratarse de niños, niñas y adolescentes que requieren cuidados especiales y tienen prioridad sobre los intereses del Estado” (Tribunal Constitucional, 2012)

De otro lado, se tiene al derecho al libre desarrollo de la personalidad, referido a la capacidad de desenvolver uno su personalidad con plena libertad para la construcción de un propio sentido de la vida material en el ejercicio de su autonomía moral, dado que este derecho “permite la libertad universal de actividad del ser humano en todos los ámbitos del desarrollo. Así, la libertad natural se divide en parcelas que pueden ejercerse y reconocerse en ámbitos específicos de la vida, y cada parcela está vinculada al concepto constitucional de la persona como ser espiritual dotado de autonomía, dignidad y capacidad de participar en una comunidad de seres libres”(Tribunal Constitucional, 2011) Estos espacios de libertad no deben verse interrumpidos por ninguna intervención estatal que no sea razonable o proporcional o que tenga un fin distinto al de salvaguardar el sistema de valores constitucional peruano

De otro lado, el D. L. N° 1377 – Decreto Legislativo que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes, establece la modificatoria del Artículo 396° del Código Civil. De modo que, por esta nueva normativa, se permite que una mujer casada alegue que el padre de su hijo es persona diferente al hombre con quien está casada. Este hecho, a simple vista, podría verse como una circunstancia más justa que su antecesora, ya que antes, el marido debía negar la paternidad del menor para que el padre biológico pudiera reconocer a su hijo; sin embargo, se puede generar problemas no previstos en base a la permisividad y libertad de esta nueva normativa y, en consecuencia, podría haberse vulnerado el derecho a la identidad del menor.

Es así que, mediante esta nueva normativa, se deja de lado la presunción legal de paternidad, basándose únicamente en la declaración de la madre, lo que podría resultar imparcial en extremo, dejando lugar únicamente a una persona, lo que podría resultar insuficiente al momento de determinar la proveniencia del hijo.

Es por ello que vamos a través del presente trabajo de investigación a verificar los fundamentos jurídicos, práctico y funcionales de la modificación al Código Civil y determinar si está amparado en un equilibrio razonable entre ambos cónyuges y en protección del hijo extramatrimonial y su derecho a la identidad.

1.2 Definición de problema.

1.2.1 Interrogante General.

¿De qué manera se ve vulnerado el derecho a la identidad del hijo a propósito del Decreto Legislativo N° 1377?

1.2.2 Interrogantes específicas.

- a. ¿Cuáles son principios constitucionales y doctrinales que protegen el derecho a la identidad?
- b. ¿Cuáles son los fundamentos teóricos-doctrinarios que han inspirado para que el Decreto Legislativo N° 1377 establezca que una mujer casada alegue que el padre de su hijo es persona diferente al hombre con quien está casada?
- c. ¿De qué forma se estaría vulnerando con los alcances del Decreto Legislativo N° 1377 el derecho a la identidad del menor?

1.3 Objetivos de la investigación.

1.3.1 Objetivo General.

Determinar la vulneración del derecho a la identidad del hijo a propósito del Decreto Legislativo N° 1377.

1.3.2 Objetivos Específicos.

1. Precisar los principios constitucionales y doctrinales que protegen el derecho a la identidad.
2. Determinar los fundamentos teóricos-doctrinarios que han inspirado para que el Decreto Legislativo N° 1377 establezca que una mujer casada alegue que el padre de su hijo es persona diferente al hombre con quien está casada.
3. Establecer la forma se estaría vulnerando con los alcances del Decreto Legislativo N° 1377 el derecho a la identidad del menor.

1.4 Justificación e importancia de la investigación.

Es importante llevar a cabo esta investigación por las siguientes razones:

Plantea importantes observaciones dentro del núcleo duro del derecho a la identidad, ora en la Constitución y en la normativa internacional, ora en el Código de los Niños y Adolescentes; de modo que implica una recopilación de los caracteres más importantes que abarca este derecho, así como las prerrogativas que le reconoce el Estado.

Trata una problemática actual que tiene que ver con el principio de interés superior del niño y adolescente, siendo que este está cubierto por una esfera superior de protección, por cuanto versa sobre menores, quienes no están en la capacidad suficiente para ejercer los derechos que poseen. Más aún, dado que se trata de la determinación de su identidad reconocida Constitucionalmente.

Debe tenerse en cuenta la parcialización que significa dejar, únicamente, en manos de la madre, la determinación de la individualización del menor, ya que no es el único factor o testimonio que cuenta. Este hecho cobra real relevancia si se toma en cuenta que se trata de algo tan delicado como la familia biológica del menor, información sobre la que debe tener pleno acceso, partiendo desde la premisa de que esta ha de ser cierta.

Finalmente, es importante la realización de este estudio, para delimitar los alcances del derecho a la identidad respecto al libre desarrollo de la personalidad que encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución.

1.5 Variables. Operacionalización.

1.5.1 Variable Independiente.

Filiación de hijos extramatrimoniales de mujer casada.

1.5.2 Variable Dependiente.

Vulneración del derecho a la identidad.

1.6 Hipótesis de la investigación.

En base a la modificatoria del Artículo 369° del Código Civil por el Decreto Legislativo 1377, por el que se incorpora la declaración expresa de la madre como medio para realizar la filiación, ya que se deja de lado la declaración del esposo de la mujer en ese momento, no se puede realizar una correcta determinación de filiación, Es así que pueden generarse diversos problemas con respecto a la afiliación de hijo extramatrimonial de mujer casada, basándose únicamente en la declaración de la madre, de esta forma se estaría vulnerando el derecho a la identidad del menor.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación.

Internacionales

1. (Zapata Durán, 2011). La prueba en los procesos de filiación. Universidad de Salamanca. Departamento de derecho administrativo, financiero y procesal. Salamanca.

Resumen:

Para construir una dogmática sobre el tema de las pruebas de ADN en materia de filiación, la presente investigación se realizó metodológicamente, empleando una metodología deductiva al abordar diferentes doctrinas en la materia, con un trabajo de investigación en diversas fuentes legales, jurisprudenciales y bibliográficas, todas ellas alojadas de igual manera en monografías, revistas y jurisprudencia, con una simple sistematización en el Derecho Español, pero con poca doctrina como base. Así, ha sido factible construir un esquema que ha permitido el desarrollo de una investigación que creemos será beneficiosa para establecer el

panorama general y los retos que surgen en la materia. Para ello ha sido necesario tener en cuenta el estudio de las distintas sentencias dictadas por los altos tribunales de ambas naciones para lograr este objetivo.

Nacionales

1. (Díaz Díaz, 2020), Vulneración al derecho de defensa del demandado en el proceso de filiación extramatrimonial en el Perú. Tesis para obtener el título profesional de abogada. Universidad Cesar Vallejo.

Resumen:

Se desarrolla una forma de estudio fundamental, orientada al desarrollo de variables a través de la organización de teorías, antecedentes, citas y conceptualizaciones, sin la exigencia de crear automáticamente hallazgos de manera práctica. Se utilizó un diseño fundamentado con elementos interpretativos para evaluar la validez de las nuevas hipótesis, que luego se ponen a prueba mediante herramientas de análisis de datos, como el análisis documental de las fuentes. En este estudio se emplearon los enfoques típicos de la investigación cualitativa, como el archivo de texto y el análisis documental, y las herramientas utilizadas fueron una guía de análisis de documentos y una guía de observación.

El objetivo general fue investigar si el derecho de defensa del acusado fue violado en los procedimientos de filiación adúltera en el Perú". Los objetivos específicos fueron los siguientes: examinar si la exigencia de la prueba de ADN vulnera el derecho de defensa del imputado, e investigar si la insuficiencia de tiempo para la oposición constituye una violación del derecho del imputado a una decisión fundada en derecho. Se llegó a la conclusión de que el derecho de defensa del demandado en los procesos de filiación extramatrimonial se vulnera porque ocurre lo siguiente:

- En la medida que se condiciona el derecho de contradicción del demandado.

- Al establecer la prueba de ADN como una obligación para el demandado.

2. (Pinella Vega, 2014), El interés superior del niño/niña vs. principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo.

Resumen:

En la presente investigación, prevalecer el interés superior del niño o el principio del debido proceso en un proceso de filiación extramatrimonial, se examinó si debe prevalecer el interés superior del niño o el principio del debido proceso en un proceso de filiación extramatrimonial en el caso de un niño nacido fuera del matrimonio. Se eligió este tema de estudio para contribuir a la protección de derechos como la verdad biológica y la identidad del niño, que pueden verse vulnerados o desprotegidos en un proceso de filiación extramatrimonial, en relación con los derechos del padre. Cuando se trata de la filiación extramatrimonial, es importante abogar por el interés superior del niño, y después de realizar las investigaciones necesarias sobre el tema, es claro que se debe permitir como una excepción, porque el niño es el más vulnerable, para dar prioridad a su interés superior. Así lo demuestra la Jurisprudencia No00550-2008-PA, que es uno de los casos más importantes en el ámbito del derecho a la identificación, ya que permite que se vuelva a interponer una demanda por filiación de paternidad adulterada, después de que un procedimiento anterior había determinado que la demanda era falsa. En consecuencia, el derecho a la identificación triunfa sobre los derechos del padre en este caso, menciona el autor (Pinella Vega, 2014).

A Nivel Local

1. (Flores Saira & Laura Rodriguez, 2017) Necesidad de escuchar la opinión del niño en los procesos de negación de paternidad e impugnación del reconocimiento, como una forma de protección del derecho a su identidad personal, Arequipa 2016. Para optar al Grado

Académico de: Abogado. Universidad nacional de San Agustín.
Facultad de derecho.

Resumen:

Según las conclusiones del presente estudio, es fundamental escuchar atentamente al niño durante los procesos de denegación de la paternidad o de impugnación del reconocimiento porque es la única forma de conocer los sentimientos del niño sobre el estado de su identidad. Esto se debe a que, si se modifica su estatus de filiación, el nombre de pila del niño cambiaría, lo que afectaría al sentido de sí mismo del niño. Sin duda, la individualidad de un niño tiene las características de un derecho básico. Esto ha sido reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos, así como por el artículo 2º, párrafo 1 (número 1) de la Constitución de los Estados Unidos. En los procedimientos de negación de la paternidad y de impugnación del reconocimiento, esta es la naturaleza de la situación. Tanto los factores estáticos como los dinámicos intervienen en el establecimiento de la identidad humana. Los elementos estáticos de una persona son aquellas características que permanecen constantes a lo largo de su vida, como su código genético, lugar y fecha de nacimiento, y padres, entre otros, mientras que sus elementos dinámicos son el complejo conjunto de atributos y calificaciones que cambian a lo largo del tiempo, como su nombre, sentimientos y situación familiar, entre otros. Debemos tener en cuenta que no considerar la perspectiva del niño durante los procesos de negación de la paternidad e impugnación del reconocimiento viola los estándares internacionales de derechos humanos, como los establecidos en los artículos 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se refieren al interés superior del niño y al derecho a ser escuchado. Además, viola las normas constitucionales señaladas en el artículo 2, incisos 2 y 4, así como las normas legales establecidas en el artículo IX del Título Preliminar y en los artículos

6 y 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia, entre otros cuerpos legales.

Dado que nuestra legislación no regula expresamente la necesidad de escuchar la opinión del niño durante los procesos de negación y reconocimiento de la paternidad, a fin de que éste exprese su opinión sobre el estado de su identidad personal en relación con su nombre, se ha identificado la necesidad de una norma específica que establezca la necesidad de escuchar la opinión del niño durante dichos procesos a fin de proteger su identidad racial y étnica.

2.2 Bases teóricas.

2.2.1 Filiación

El vínculo que une a una persona con todos y cada uno de sus ascendientes y descendientes puede definirse así: A la hora de la verdad, la adopción es el proceso por el que se vincula a un niño con sus padres y se establece una relación jurídica entre ellos.

Representa un estado, “una posición excepcional ante el ordenamiento jurídico, integrado por un complejo de relaciones jurídicas entre los procreadores y su descendencia; un entrelazamiento de facultades y obligaciones entre éstos y el resto del grupo familiar extendido; y, sobre todo, una configuración extraordinariamente singular del individuo ante la sociedad y el ordenamiento jurídico”(Mascareñas, 1995).

Así, el término “filiación” ha de ser entendido como aquella relación jurídica, que establece un vínculo parental entre el padre o madre y su hijo o hija.

Este concepto no es autónomo, jurídicamente hablando, sino que se trata de una suerte de calificación directa en la clasificación de los varios tipos de unión previstos legalmente.

Todo ser humano, por su naturaleza, se presupone hijo de alguien, es decir que todos contamos con una filiación por el hecho de ser humanos que fueron engendrados.

Al respecto, (Galindo Garfias, 1994) enuncia: “Esencialmente, la filiación es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación, que es la fuente del parentesco; sirve como punto de referencia para establecer las relaciones jurídicas dentro del círculo familiar, que en su estructura socio-jurídica se compone de una variedad de factores como los psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etc.”

2.2.2 Filiación matrimonial

La paternidad y maternidad se establecen simultáneamente. Hay casos en los que podría darse una sin la otra, en los casos de impugnación.

Esta filiación está ligada al matrimonio de los padres, que sirve como razón principal de su existencia. Sin embargo, el acto del matrimonio por sí solo es insuficiente para establecer la filiación, por lo que se han desarrollado teorías que intentan distinguir entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales. (Varsi, 2013).

En otras palabras, si se habla de filiación matrimonial, se tiene que este concepto significa que los hijos que provengan de padres casados, serán considerados como tal en vigor de este matrimonio entre los progenitores; sin embargo, esta premisa no resulta excluyente de la variedad de escenarios que pueden desplegarse bajo el supuesto de padres casados que engendran, es decir que no resulta absoluta o universal para todos los escenarios con padres casados, por lo que se desarrollaron una serie de teorías.

2.2.3 Teorías de la filiación matrimonial

Conforme ilustra (Varsi, 2013).

2.2.3.1 Teoría de la concepción

Según este punto de vista, los hijos nacidos de padres casados, tanto si nacen durante el matrimonio como si lo hacen después, se consideran hijos matrimoniales de acuerdo a la ley. Los concebidos antes del matrimonio se considerarán "extramatrimoniales", independientemente de que su nacimiento se produzca después del matrimonio.

2.2.3.2 Teoría del nacimiento

Esta teoría enuncia que se les llama "hijos matrimoniales" a aquellos que nacieron en el momento en que sus padres estuvieron casados, independientemente del momento en que estos hayan sido engendrados.

Así, aquellos concebidos antes a la celebración del matrimonio, serán reconocidos como "matrimoniales", en tanto hayan nacido cuando se haya contraído nupcias, lo que implica que, en su defecto, es decir, que hayan nacido después de la disolución del matrimonio, entonces no serán denominados "hijos matrimoniales", más allá de que se haya podido engendrarlos durante la vigencia del mismo.

Así, (Varsi, 2013) explica que esta teoría recoge tres hechos fundamentales:

- Celebraciones acerca del matrimonio.
- Partos.
- Disoluciones o anulaciones del matrimonio.

2.2.3.3 Teoría mixta

También conocida como la "teoría del nacimiento-concepción", es recogida por nuestro Código Civil, en su Art. 1º, a partir de que nuestra legislación considera que:

- Se considera que el cónyuge de la mujer es el padre de su hijo en la mayoría de los casos.

- La imposibilidad de que una viuda contraiga matrimonio hasta 300 días después del fallecimiento de su cónyuge, a menos que haya dado a luz un hijo, cláusula que se extiende también a las mujeres divorciadas.
- El derecho de un cónyuge a cuestionar la paternidad del hijo de su esposa en determinadas circunstancias.

Creemos que esto es cierto porque, según nuestra interpretación de la ley, se considera que un hijo nacido durante el matrimonio ha sido concebido durante el mismo si han transcurrido 180 días desde la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo.

2.2.4 Filiación extramatrimonial

La filiación no matrimonial o extramatrimonial se define como la filiación que se produce de forma natural y que resulta de padres que no están casados entre sí en el sentido tradicional. (Lacruz Berdejo & Sancho Rebullida, 1984).

En otras palabras, la filiación extramatrimonial es la que se produce fuera del matrimonio como consecuencia de la reproducción de un hijo entre un padre y una madre sin que los progenitores estén unidos entre sí, es decir, únicamente por un vínculo y no por el matrimonio, y se define así: (Puig, 1971, pág. 66).

2.2.5 Filiación extramatrimonial de mujer casada

Según (Flores-Flores, s/f), analiza; De acuerdo con el artículo 396 del Código Civil, el hijo de la mujer casada sólo puede ser reconocido cuando el marido haya rechazado al hijo y obtenido una sentencia positiva a su favor.

Observamos que, al ser este artículo compatible con el 392, el legislador prepondera lo anterior, pero no se anticipa a la situación del mundo real que existe en nuestra sociedad actual. A menudo tenemos la

oportunidad de descubrir hijos adulterinos que han pasado desapercibidos debido a la dificultad de "la señora casada", a pesar de que se ha establecido la carga biológica de la paternidad (una prueba de ADN).

2.2.6. Determinación de paternidad

Esta determinación significa fijar los términos de la paternidad; es decir, tener la intención de concretar esta figura, a través del establecimiento o especificación de sus parámetros. Así, tenemos que respecto a la filiación, este acápite se refiere a la relación jurídica que existe entre padres e hijos.

“La comprobación jurídica de la identificación de los padres de una persona se conoce como establecimiento o determinación de la filiación. Las pruebas son un conjunto de condiciones fácticas que configuran, acreditan o crean seguridad sobre la realidad de determinados hechos o acciones, que son las que se utilizarán como soporte para decidir la filiación de una determinada pretensión o demandante”(Delgado de Miguel, 2011)

Así, tenemos que existen dos mecanismos de la filiación: Uno que sirve de medio para poder determinarla y otro que es una suerte de título que certifica la legitimación de ella.

La filiación produce una serie de consecuencias con efectos dentro del ámbito jurídico que son descritas y reguladas a través del derecho de la filiación. Este derecho nace, en primera instancia, de la filiación biológica; sin embargo, es necesario el reconocimiento legal de esta, para poder ser configurado como un hecho jurídico. A partir del reconocimiento de este derecho, se despliega un catálogo de derechos tales como el nombre, alimentos, sucesión, patria potestad, etc.

El derecho de la filiación puede ser sustantivo, en tanto básico, ya que, desde esta perspectiva, se trata del responsable de regular la relación jurídica entre padre e hijo. Puede ser adjetivo, en tanto procedimental, debido a que, a partir de este punto de vista, se trata del responsable de regular los procesos judiciales que consistan en la determinación de la filiación.

2.2.7 Sistemas de investigación de la paternidad

2.2.7.1 Prohibitivo:

De acuerdo con este sistema, la familia posee un carácter absoluto, de modo que se restringe la paternidad y se limita su investigación. El trasfondo contextual de esta corriente, se basa en los mandatos éticos, morales o inclusive religiosos que debía cubrir la organización social, ya que podría ocasionarse un daño a la familia y la prueba resultaba de muy difícil alcance.

Así, la prueba del vínculo entre padres e hijos se vio completamente imposible de ser realizada adecuadamente, lo que desembocó en la creación de una serie de presunciones con respecto a la paternidad.

2.2.7.2 Permisivo

Esta corriente admitió la declaración e investigación de la paternidad, con el objeto de transparentar los vínculos familiares.

A. Abierto:

Procura una investigación amplia, de modo que permite todo tipo de pruebas con tal de determinar el o los vínculos entre padres e hijos. Tomando en cuenta los instrumentos tecnológicos biomédicos, así como diversas ramas sociológicas para poder llegar a la respuesta sobre la paternidad.

Este sistema encuentra sus bases en la universalidad del derecho a la identidad y todos sus extremos.

B. Cerrado

Se trata de una serie de casos estrictamente enumerados a los que se les concede la investigación, detallando los elementos que constituyen un recurso adecuado para crear convicción de la paternidad.

C. Cerradísimo

También denominado obtuso, simplifica la lista de supuesto en los que procede la investigación a uno solo, denotando un exagerado proteccionismo a la “familia matrimonial”, siendo que el presupuesto sobre los hijos, solo funciona bajo este caso.

2.2.7.3 Mixto

Este describe un sentido intermedio, por el que se aceptan todo tipo de pruebas en ciertos casos y algunos medios específicos para otros más sensibles o complicados. Es esta la corriente que adapta nuestro Código Civil en 1984.

2.2.8 Efectos de la falta de determinación de paternidad

La ley no hace exclusión de los hijos que no encuentran lugar dentro del proceso de filiación, ya que estos aún tienen muchos derechos que a la legislación solo corresponde reconocer. Así, se tiene los casos de:

2.2.8.1 Hijos alimentistas

Esta figura encuentra su regulación y tratamiento dentro de la rama del derecho de familia, siendo que, la obligación de prestar alimentos, nace en el momento en que existe un indicio, aún si no está probado, de que existe un vínculo de paternidad.

La base de este derecho es la condición de necesidad de la madre durante un tiempo en el que no puede participar en ninguna actividad lucrativa, favoreciendo así una gestión adecuada del nuevo ser. Sin embargo, es el niño quien se ve realmente favorecido por la ayuda alimentaria a la madre (Flores Velarde, 2018).

Este derecho se mantiene hasta alcanzar la mayoría de edad o hasta que se posee total capacidad.

2.2.8.2 Expósitos

Se trata de aquellos recién nacidos, cuyos padres no son conocidos, por lo que su filiación biológica no resulta relevante en tanto no existe ninguna filiación suya. Es en estos casos que es competencia del funcionario del Registro del Estado Civil, el asignarle un nombre que se considere apropiado.

2.2.8.3 Hijos póstumos

Tal y como puede inferirse de su nombre, se trata del hijo que ha nacido una vez que uno o ambos padres fallecieron.

Puede haber circunstancias específicas. En esta circunstancia, si el niño nace dentro de los 300 días siguientes al fallecimiento (disolución del matrimonio) será matrimonial (art. 361). El hijo nacido fuera del matrimonio puede ser reconocido por el abuelo o la abuela de la línea correspondiente, en caso de fallecimiento de la persona o de la madre (art. 389). A falta de reconocimiento y muerte del padre, la acción de citación filial continúa contra los herederos (art. 406), a falta de éstos contra el defensor de la herencia (Varsi, 2013).

2.2.9 Presunciones de paternidad

La determinación de la filiación está sustentada en una serie de presunciones que han sido enunciadas de forma expresa, de modo que permiten la investigación judicial respecto a la filiación. A saber:

«Presunción de paternidad

Artículo 361.- Salvo que la madre indique expresamente lo contrario, el marido es el padre del hijo o nieto nacido durante el matrimonio o dentro de los cuatrocientos (300) días naturales siguientes a su disolución.

Presunción de filiación matrimonial

Artículo 362.- El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido.»

2.2.10 Presunción pater is est

Por la premisa pater is est la verdad simulada gana a la verdad biológica.

La presunción pater is est quem nuptiae demostrant no puede ser utilizada de forma rigurosa y también abstracta. Por el contrario, dicha presunción debe utilizarse inevitablemente teniendo en cuenta el concepto de interés superior del menor y reconociendo el derecho a la identificación del que gozan los menores. (Impugnación de despido, 2006).

2.2.10.1 Teorías que la sustentan

A. Accesión:

Respecto a la propiedad que posee el esposo sobre la esposa y, por ende, sobre el hijo. (Teoría dominical) Esparcida a lo largo del medioevo.

B. Vigilancia:

Dado que se consideraba que el esposo tenía el derecho de vigilar a su esposa, entonces sus hijos también debían atribuírsele.

C. Presunción de fidelidad de la esposa:

Se trata de una suerte de presunción de “inocencia” respecto al denominado “adulterio”, ya que se suponía que el hijo tenía un vínculo familiar con el esposo de la mujer que lo trajo al mundo.

D. Cohabitación exclusiva

Esta presunción versa sobre la afirmación de que en una relación conyugal, prima la cohabitación exclusiva, presunción que va ligada fuertemente al de la fidelidad.

E. Admisión anticipada

Esta teoría encuentra su origen en el supuesto de que el matrimonio, tomado como acto consensual, implica que el hombre aceptó desde el momento de contraídas las nupcias, que los hijos que nacieren de su esposa, son suyos también.

2.2.11 Derecho a la identidad

En el presente subtítulo vamos a dar respuesta teórica a la interrogante que hemos formulado que dice: ¿Cuáles son principios constitucionales y doctrinales que protegen el derecho a la identidad?

Se trata del derecho fundamental descrito ampliamente por el Tribunal Constitucional, desde cuya arista referente a los padres y la determinación de la filiación vamos a orientar este estudio.

Este derecho encuentra su reconocimiento en la Constitución Peruana de 1993. Asimismo, se encuentra descrita en el art. 16° acerca del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y también Políticos que enuncia: “Todo ser humano tiene derecho a ser reconocido como persona ante la ley en cualquier lugar” (Derechos Humanos Naciones Unidas, s/f).

De lo antes dicho, se infiere que el derecho a la identidad tiene una variedad de aristas, de modo que es capaz de contener otros derechos, tales como:

- El derecho a un nombre.
- Derecho a una nacionalidad
- Al vínculo familiar, en tanto debe poderse conocer a los progenitores y estar bajo su tutela.

Si esto es así, se debe partir desde la idea de que “Identidad y la filiación son sinónimos en este contexto. Filiación, sustantivo, e identidad, cualidad, se utilizan en esta frase. En términos jurídicos, son dos derechos que se excluyen mutuamente. Ambos se reconocen mutuamente. La

filiación da lugar a la identidad (activándola), y ésta se fundamenta en la filiación (generándola). Cada individuo, cada uno de nosotros, en tanto que humano, tiene un origen que le es propio. Nuestra primera y más importante identidad es la de la filiación, ya que somos hijos de los padres” (Varsi, 2013).

El Tribunal Constitucional, por su parte, enuncia que este derecho encuentra dos dimensiones distintas: Una objetiva y otra subjetiva:

“En el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, inciso 1, el derecho a la identidad incluye una serie de características que son de naturaleza objetiva y subjetiva; por un lado, es objetiva (nombre, seudónimo, registros, herencia, características corporales, etc.), y por otro lado, es subjetiva (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.), siendo esta última en muchos casos significativamente más relevante que la primera. Desde este punto de vista, este derecho conlleva la diferenciación de una persona a partir de hechos tan simples como un nombre o unos atributos físicos, y puede necesitar el uso de referentes más sofisticados, como las tradiciones o las ideas; en consecuencia, este derecho se considera como un todo”.

El Tribunal Constitución, en la Sentencia 641/2021 enuncia: “El art. 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece lo siguiente "Toda persona tiene derecho a su propio nombre, así como a los apellidos de sus padres o de uno de ellos. La forma de asegurar este privilegio para todos, incluyendo el uso de nombres falsos si es necesario, será regulada por la legislación” (Constitucional, 2021), enunciado que no solo reconoce el derecho como tal, sino el papel del estado sobre la obligación de procurar el pleno conocimiento del vínculo paternal, a través de la reglamentación y normativa. Según el artículo 2.1 de la Constitución, el derecho a la identificación abarca el derecho al nombre (que incluye el derecho a conocer a los padres y a mantener sus apellidos), el derecho a la nacionalidad y la responsabilidad de que el Estado reconozca la personalidad jurídica del individuo. (Tribunal Constitucional, 2012)

La Resolución No00550-2008-PA, por su parte, establece como precedente vinculante que se permite interponer una nueva demanda de filiación por paternidad adúltera después de que un procedimiento anterior haya determinado que la demanda es falsa. En consecuencia, se reconoce que el derecho del niño a establecer su propia identidad tiene prioridad sobre los derechos del padre (Pinella Vega, 2014).

2.2.12 Identidad biológica o estática

Ésta se compone de características que no pueden cambiar con el tiempo, como el nombre, el sexo, la nacionalidad, la lengua de origen y el grado de parentesco, mientras que la identidad dinámica se compone de características que pueden cambiar con el tiempo, como la edad, el entorno social y familiar, etc. (Varsi, 2013).

Es decir que se trata del contenido biológico, como la procreación del hijo o del presupuesto biológico que implica un vínculo jurídico respecto a la paternidad.

Así, tenemos que existe una especie de arraigo a dicho vínculo que es aceptado tanto por padres como por hijos, en vigor a la que se ejercen derechos y obligaciones.

2.2.13 Identidad dinámica

Esta se encuentra conformada por características variables a lo largo del tiempo, tales como la edad, el entorno social, etc.

Esta resulta trascendente a la anteriormente descrita, puesto que esta depende de las decisiones de la persona, en tanto su verdad personal o el proyecto de vida que cada quien traza para sí mismo que, finalmente, termina constituyendo parte de su ser, esto es, de su identidad, ya que se ve evidenciado dentro del contexto social, debido a que cada persona presenta estas aspiraciones y decisiones de vida, a través de la “proyección social”.

El presupuesto de su libertad humana que viene de su dignidad, es el respaldo principal de este tipo de identidad, que refiere a otro más recientemente descrito: El derecho al libre desarrollo de la personalidad.

2.2.14 Fundamentos teóricos - doctrinarios para que una mujer casada alegue que el padre de su hijo es persona diferente al hombre con quien está casada.

En presente subtítulo vamos a dar respuesta a la pregunta que hemos formulado que dice: ¿Cuáles son los fundamentos teóricos-doctrinarios que han inspirado para que el Decreto Legislativo N° 1377 establezca que una mujer casada alegue que el padre de su hijo es persona diferente al hombre con quien está casada?, en ese sentido tenemos:

Encontramos en la misma norma en comentario que dice:

Debido a la problemática endémica de nuestra sociedad con respecto a la violencia, se debe preservar la imagen de los niños y adolescentes que han sido víctimas o de su familia para evitar que se vuelvan vulnerables y pongan en peligro su vida e integridad personal.

Es necesario mejorar la participación del Ministerio Público en estos procedimientos regulados por el Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo para la Protección de Niños y Adolescentes sin Cuidado Parental o en Riesgo de Perderlo, a fin de brindar una protección integral a los niños y adolescentes que se encuentran en estas situaciones. (El Peruano, 2018).

Consideramos que uno de los fundamentos por los que se le da esta potestad a la madre para declarar la paternidad de su menor hijo extramatrimonial teniendo la condición de casada, es por ser ella quien sabe con certeza el origen biológico de su hijo, es decir por un sentido natural de las cosas.

Otro fundamento, es que se persigue el interés superior del menor a tener y garantizar su identidad como sujeto de derechos.

2.2.15 Vulneración del derecho a la identidad del menor conforme al Decreto Legislativo N° 1377.

Si se ampliara el ámbito de aplicación de la LD 1377, ¿se vulneraría el derecho a la intimidad y a la identidad del menor?, daremos una respuesta especulativa a esta cuestión en este subtítulo.

Sin embargo, la ley modificada no garantiza que se reconozca el derecho del menor a la identidad biológica, a la alimentación e incluso a la herencia en este sentido. Se trata de una mera valoración de la identificación biológica en este momento, ya que se creará una nueva identidad jurídica una vez que el presunto declarante reconozca a un menor.

Por lo tanto, se puede ver claramente la ausencia de protección. En consecuencia, ¿es posible que el marido de la madre acepte al niño si el padre biológico se niega a hacerlo, y de esta forma volveríamos a la presunción de paternidad matrimonial tal y como estaba antes regulada? A este respecto,

Según (Varsi E., 2011), es factible en esta instancia un alto nivel de irresponsabilidad y la asignación de datos que conforman una identidad que perjudica al propio recién nacido registrado con datos relacionados erróneos o equivocados. (Bermúdez, 2020).

No, el artículo 361 no establece una presunción de paternidad por el solo vínculo matrimonial; lo que sí establece es que esta presunción por el momento no es tal si la madre demuestra que el niño no es del marido.

Sin embargo, ¿basta con que la madre del niño declare que no es hijo de su marido, o debe decir también quién es el padre del niño? Si bien ambos se expiden a nivel administrativo ante una única entidad, el reconocimiento es la realidad jurídica que vincula a un padre y a un niño, es importante tener en cuenta esta distinción: Posiblemente por el testimonio de la madre, se protege el derecho del menor a su identidad biológica. ¿Es posible que el derecho a la identidad del menor esté asegurado si la prueba de la madre es subjetiva? Ante las dudas de la madre sobre la paternidad, ¿el testimonio es irrevocable en sus detalles?

El artículo 396 (Varsi E., La presunción Pater Is est ahora puede destruirse con la simple declaración de la madre, 2018) por otro lado, si lo analizamos con la redacción que tiene actualmente tenemos que el hijo o hija de una mujer casada puede ahora ser reconocido por su progenitor cuando la madre ha declarado expresamente que no es de su marido' Según la norma, el supuesto padre biológico del hijo de una mujer casada tiene un grado de

autonomía, aptitud y capacidad. ¿Hay algo que se pueda hacer si el padre biológico se niega a reconocer al menor en la oportunidad prevista en la norma? ¿Es necesario controlar el procedimiento de filiación ahora que un niño nacido dentro de un matrimonio que no es el cónyuge de su madre es también un hijo de relaciones extramatrimoniales?

El artículo 396 (Varsi E., La presunción Pater Is est puede ahora destruirse con la simple declaración de la madre, 2018) con su redacción actual, sin embargo, poseemos que el hijo o hija de una mujer casada podría ser identificado por su progenitor una vez que la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Al padre biológico putativo del hijo de una mujer casada, la norma en comentario le añade un elemento de independencia, competencia y verosimilitud. ¿Qué ocurre si el padre que ha sido declarado como padre biológico del niño no reconoce al menor como sugiere la norma? Ante esto, ¿el proceso de filiación se manejaría ahora como un camino de ida?

La Casación Santa N° 2726-2012 también nos recuerda que: "que el estado de familia constante afirma la filiación, siendo este el caso, corresponde declarar inaplicables los artículos 396° y 404 del Código Civil a fin de garantizar el derecho a la identidad, lo cual se justifica por el principio del interés superior del niño y adolescente" (IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD, 2013).

La Casación en comentario dice en su considerando segundo:

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

favor del recurrente en calidad de padre biológico, ordenándose su inscripción en la correspondiente Partida de Nacimiento, alegando que producto de una relación extramatrimonial existente entre el recurrente y la codemandada Eva Elvira Cárdenas Rosales, procrearon a la menor de iniciales M.L.G.C. (...) (IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD, 2013)

En el considerando decimo cuesto dice:

Que, en tal sentido que la menor de iniciales M.L.G.C. y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollado un tratamiento de padre e hija, e 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 del 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, así mismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a al 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 declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia lo previsto en los artículos 369° y 404° del Código Civil de conformidad al 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 del 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. (IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD, 2013).

2.3 Marco Conceptual

a. **Derecho Conyugal:**

Es el conjunto de derechos, responsabilidades y obligaciones que surgen como consecuencia del matrimonio. En cuanto al fondo, permite que se produzca el acceso carnal al que cada cónyuge tiene derecho respecto al otro. (Alfaro Jiménez, s/f).

b. **Derecho de Familia:**

La familia es una de las instituciones humanas más antigua que es conocido, y se remonta a miles de años atrás. Aunque la legislación reguladora del Estado "se produce en un momento determinado de la historia de la humanidad, tras la creación del Estado, adquiere rasgos distintivos que dependen de la evolución que la familia ha experimentado en cada estructura económica social". (Álvarez Torres, 2009)

c. **Filiación:**

Lazos naturales o jurídicas que une a los hijos con sus padres (Álvarez Torres, 2009).

d. **Filiación matrimonial**

Es el vínculo paterno filial que existe entre los padres y su descendencia; este tipo de filiación se establece cuando un niño nace en un matrimonio. Según el art. 361 del Código Civil, el niño o la niña nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días naturales siguientes a la disolución del mismo tienen como padre al marido, salvo que la madre indique claramente que el padre es otra persona.

e. **Filiación extramatrimonial**

Es la forma jurídica que se vincula tanto el padre con su hijo o la madre con su hijo; este vínculo se origina cuando los progenitores no están casados, tanto en el origen de la concepción o en el parto.

Este vínculo es independiente o bilateral solo con entre el hijo y su madre o padre, mas no existe ningún vínculo jurídico entre ambos

progenitores Nuestro Código Civil hace una diferencia entre la filiación extramatrimonial entre el padre y la madre del hijo no concebido o no nacido dentro del matrimonio.

• Artículo Artículo 402.- Las paternidades extramatrimoniales puede ser judicialmente declarada:

- 1) Cuando exista una carta no impugnada del padre reconociendo el hecho.
- 2) El hijo tiene o ha tenido de forma continuada la condición de hijo extramatrimonial durante al menos un año antes de la presentación de la demanda, como demuestran las actividades directas del padre o de su familia hasta la fecha de presentación.
- 3) El padre reclamado convivía con la madre en el momento de la concepción, en cuyo caso Se considera que un hombre y una mujer conviven a efectos de esta definición cuando conviven como pareja sin estar casados entre sí.
- 4) Cuando el momento del delito coincide con el periodo de la concepción, como en las situaciones de violación, secuestro o detención por la fuerza de la mujer, el delito se considera premeditado.
- 5) En el caso de la seducción que da lugar a una promesa de matrimonio realizada en un periodo coetáneo al embarazo, siempre que el compromiso esté inequívocamente documentado.
- 6) En cuanto la relación paterna entre el supuesto padre y el niño pueda establecerse mediante pruebas de ADN y otros estudios genéticos o científicos con un grado de confianza igual o superior, el niño se considera legalmente adoptado (...).

- Mientras que el reconocimiento extramatrimonial materno se a admitir cuando la misma acredite el hecho del nacimiento y la identidad del menor.

f. Identidad del hijo

Varsi se refiere a la identidad del niño como un elemento necesario para establecer las individualidades del niño y la filiación materna; esta individualidad suele establecerse a través del certificado de nacido vivo; la identificación del niño nacido significa que el nacimiento del niño se ha registrado en efecto para la mujer que lo ha dado a luz, y se presenta como la madre. (Varsi, 2013, pág. 186).

g. Parentesco Consanguíneo:

Es la noción biológica bien establecida, es decir, la conexión legal que existe entre individuos que descienden unos de otros (por ejemplo, padre e hijo, abuelo y nieto) o que tienen un ancestro común. (p. e., hermanos, tío-sobrino) (Álvarez Torres, 2009, pág. 24).

h. Reconocimientos de hijos extramatrimoniales:

Es un documento legal que proporciona una declaración formal de paternidad o maternidad emitida por el padre o la madre respecto a un determinado hijo nacido fuera del matrimonio. Este tipo de acto jurídico es unilateral, declarativo, auténtico, serio, irreversible y carente de modalidad. Puede ser reconocido conjuntamente por el padre y la madre, o por uno solo de ellos.

CAPÍTULO III

MÉTODO

3.1 Tipo de investigación.

Se utilizó el tipo descriptivo porque abordará las siguientes preguntas: cómo es, cuáles son las características de la cuestión, y el tipo proyectivo porque predecirá las repercusiones de no encontrar una solución al problema por adelantado.

Por profundidad de análisis: Descriptivo y Explicativo.

3.2. Diseño de investigación.

Este estudio es de carácter cuantitativo, no experimental, descriptivo y explicativo. Al ser fundamentalmente argumentativo, cuanto más hacemos, más examinamos los hechos o sucesos en su entorno natural y los interpretamos jurídica, social, axiológica o políticamente mediante un proceso cognitivo que sugiere posibles soluciones razonables basadas en argumentos.

3.3. Población y muestra.

3.3.1. Población.

La investigación se a realizado geográficamente en la ciudad de Arequipa.

La población se circunscribe a profesionales abogados en derecho de familia sobre la filiación extramatrimonial de mujer casada.

3.3.2. Muestra.

La Muestra será considerando a:

10 profesionales abogados en derecho de familia sobre aspectos relacionados a filiación extramatrimonial de mujer casada.

3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.4.1. Técnicas de recolección de datos.

Conforme ilustra (Morales Vallejo, 2011, pág. 43) “Se escogen las técnicas y dentro de ellas los instrumentos de recolección de datos (...).

En la presente investigación se va a utilizar las siguientes técnicas:

3.4.1.1. Observación documental.

Se determinó mediante la observación de la realidad fáctica qué hechos científicos son pertinentes para esta investigación. Los objetos de esta observación serán hechos de la realidad, como su perspectiva sobre la filiación adúltera de la mujer casada, sus consecuencias beneficiosas o perjudiciales a la luz del Decreto Legislativo.

Observación de varios trabajos de estudio relativos al tema investigado.

Este método se fundamentará en un examen doctrinal y teórico de diversas obras, así como de pronunciamientos judiciales. Casi todas las investigaciones, en realidad, comienzan con el análisis de documentos, a veces denominado revisión bibliográfica. Se trata de técnicas para identificar los problemas y aclarar los marcos teóricos, así como para elegir los instrumentos más eficaces para la recogida de datos. Esto es fundamental.

3.4.1.2. Encuesta.

Este instrumento, como uno de los métodos para la recopilación de los datos objetivos de hechos, opiniones, ciencia, etc., se desarrollará en base a los problemas abordados, hipótesis y variables identificadas; el primer cuestionario se formulará (en forma impresa) según criterios científicos para tomar la información de forma consciente.

Este cuestionario constará de preguntas preparadas previamente que son relevantes para el estudio y aplicadas al universo o un ejemplo de una unidad de análisis.

3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.

Conforme se ha indicado cada técnica tiene un instrumento por excelencia, en ese sentido (Sabino, 1992) nos dice: “La herramienta recopila datos, en principio, como fuente de cualquier investigación necesaria para resolver los fenómenos y extraer información de ellos” (114)

3.4.2.1. Fichas bibliográficas.

Donde se consignará la información documental que se va a acopiar, la cual va a ser clasificada en forma lógica, secuencial y a su trascendencia, con el fin de presentarla en forma idónea.

3.4.2.2. Cuestionario de preguntas.

Se formulará preguntas, las cuales permanecen en razón directa con los indicadores que hemos postulado, los que van a ser aplicados a la muestra

3.5. Técnicas de procesamiento y análisis de datos.

Consideramos que el instrumento que hemos formulado responde a las dimensiones e indicadores, del cual vamos a obtener valiosa información que corrobore nuestra hipótesis.

Si observamos las interrogantes, veremos que están en relación a los indicadores que hemos precisado.

Los resultados de la investigación se muestran con base a las variables estudiadas. La investigación de la información se realizará por medio de datos numéricos, la misma que determinará si la exploración se hace con la estadística paramétrica o no paramétrica.

Los datos se analizarán mediante estadísticas descriptivas basadas en la tendencia central, la variabilidad, la forma y la localización. Para proporcionar comparaciones y contrastes basados en los datos, se utilizará el análisis estadístico y no paramétrico de datos para las demostraciones, incluidas las pruebas de Mann-Whitney.

CAPITULO IV

PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

4.1. Presentación de resultados por variables.

En presente capitulo vamos presentar los resultados del trabajo de campo que hemos realizado en los profesionales abogados de acuerdo al instrumento, es decir, al cuestionario confeccionado en base a los indicadores y estos a sus variables respectivas.

Al problema que hemos identificado que es el problema de la filiación de menores extramatrimonial en los cuales la madre según la última modificación del Código Civil es la titular de sindicar quien es el padre del menor extramatrimonial, y con ello según nuestro criterio es atentatoria contra el principio del derecho a la identidad del menor en referencia.

CUADRO N° 1

DERECHO DEL PADRE A IMPUGNAR LA PATERNIDAD

¿Ud. Considera que es importante que el padre afectado por la sindicación de una paternidad este pueda tener el derecho de impugnar la paternidad?

Tabla 1

Derecho del padre a impugnar la paternidad

ALTERNATIVA	ABOGADOS	FRECUENCIA	%
SI	10	10	100
NO	00	00	00
TOTAL	10	10	100

Fuente: Encuestas
Elaboración: Propia
Leyenda: Frecuencia: f
Porcentaje: %

INTERPRETACIÓN:

El 100% de los profesionales abogados están de acuerdo que el padre afectado por la sindicación de una paternidad este pueda tener el derecho de impugnar la paternidad.

ANÁLISIS:

Como se puede apreciar los abogados manifiestan que el padre afectado por la sindicación de una paternidad, este pueda tener el derecho de impugnar la paternidad.

Tenemos conocimiento que la impugnación de paternidad es el derecho que tiene una persona que se considere papá biológico de un menor que fue identificado por un tercero, de pedir frente a los jueces de familia se le acepte su paternidad biológica y se deje sin impacto la paternidad legal del tercero.

Poseemos, de esta forma, que la impugnación a la paternidad debería ser evidentemente probada y con identificación del progenitor para no dañar la

identidad del individuo, lo que involucra que el Estado salvaguarda extensamente el derecho a la identidad y lo apoya con el matrimonio



Gráfico 1

Derecho del padre a impugnar la paternidad

CUADRO N° 2

DECLARACIÓN DE LA MADRE SOBRE FILIACION DE SU HIJO

¿Ud. Estima, que es correcto que la madre declare sobre la filiación de su hijo extramatrimonial, teniendo la condición de casada?

Tabla 2

Declaración de la madre sobre filiación de su hijo

ALTERNATIVA	ABOGADOS	FRECUENCIA	%
SI	10	10	100
NO	00	00	00
TOTAL	10	10	100

Fuente: Encuestas
 Elaboración: Propia
 Leyenda: Frecuencia: f
 Porcentaje: %

INTERPRETACIÓN:

El 100% de las personas encuestadas están de acuerdo por el si

ANÁLISIS:

Como se puede apreciar la totalidad de personas encuestadas revelan que es correcto que la madre declare sobre la filiación de su hijo extramatrimonial, teniendo la condición de casada.

Hasta hace unas semanas, nuestro Código Civil presumía la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días posteriores a su disolución. Sin embargo, en virtud del Decreto Legislativo N° 1377, emitido el 24 de agosto, se han modificado, entre otros, los artículos 361° y 362° del Código Civil, aumentando así la flexibilidad de esta presunción legal.

Si bien se mantiene la presunción anterior, el artículo 361° recién modificado establece adicionalmente: "salvo que la madre anuncie claramente lo contrario", otorgando primacía y validez última a lo que exprese la madre del menor. Del mismo modo, y de forma reiterativa, el recién modificado artículo 362° del Código Civil añade a menos que la madre indique específicamente que el hijo no es de su marido.

Antes de la modificación, el hijo de una mujer casada sólo podía ser reconocido por su verdadero progenitor cuando el marido lo negaba y se le imponía una sanción adecuada. Esto significa que descubrimos al hijo de la mujer casada en una posición de desventaja; es decir, si el hombre casado era el padre de un hijo extramatrimonial, no tenía ninguna dificultad para reconocerlo; sin embargo, si la madre estaba casada, el padre biológico no podía reconocer al hijo, ya que el artículo 361° establecía sólo la presunción de paternidad, mientras que el artículo 362° establecía que "el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de h Este caso daba lugar a la inscripción incorrecta del origen y la filiación del hijo, así como a la disminución y negación de los derechos que le hubieran correspondido según la ley.

Sin embargo, la norma ha preservado esta presunción como un supuesto y ahora permite que la madre revele al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil

(RENIEC) quién es el padre de su hijo, para que éste proceda a reconocerlo y así hacer realidad la inscripción de origen del niño. En consecuencia, ya no es imprescindible la negativa del marido.

La mencionada adición a los artículos 361° y 362° del Código Civil pretende proteger el derecho a la identificación y al nombre de los niños, adolescentes y jóvenes, añadiendo el derecho de los menores a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, escenario que permite al menor crecer plenamente como persona. En este sentido, el recién modificado artículo 361° del Código Civil establece lo siguiente:

«Artículo 361.- Presunción de paternidad.- Salvo que la madre diga claramente lo contrario, se presume que el marido es el padre del hijo o hija nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días naturales siguientes a su disolución.»

Desde el punto de vista procesal, el tiempo requerido para llevar a cabo la Impugnación de la Paternidad y el posterior Reconocimiento de un hijo adulterino de una mujer casada, no sólo perjudicaba a las partes, sino que lesionaba el interés y los derechos primordiales del menor. Con las alteraciones mencionadas, no se requiere pelear o negar la paternidad en el momento, sino que el simple testimonio de la madre permitirá al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil inscribir el reconocimiento del progenitor del menor. De hecho, no es necesario ningún otro trámite; basta con que ambos progenitores acudan conjuntamente al RENIEC y completen la inscripción.

Hemos visto numerosos casos de mujeres que, aún casadas, han estado separadas por varios años sin obtener el divorcio; y al enfrentarse al origen de su hijo con su actual pareja, a ésta se le negó el derecho a reconocer e inscribir al niño debido a la condición de mujer casada de la madre, privándola efectivamente del derecho a la identidad biológica del niño, entre otros derechos.

Cabe destacar que la actual modificación busca evitar que los menores crezcan indocumentados o con el solo registro de la madre, a pesar de que el padre biológico busca el reconocimiento, negándole el acceso al seguro médico, el derecho a llevar el apellido del padre, el derecho a la herencia del padre y otros derechos latentes que le corresponden al menor como hijo.

Adicionalmente, el Decreto Legislativo N° 1377 precisa que el Estado está obligado a preservar el registro e identificación de los niños, niñas y adolescentes; quienes generen variación, sustitución o privación ilegítima serán sancionados penalmente. En tal circunstancia, el Estado restablecerá la identidad genuina utilizando los medios más adecuados. Con esta unión final, todo problema que afecte o ponga en peligro la identidad del menor será resuelto sin recurrir al sistema judicial.

Tras la emisión de dicho decreto legislativo, el RENIEC señaló que las modificaciones al Código Civil incorporan las propuestas realizadas por esta organización y otras entidades públicas y privadas para implementar el Proyecto Nacional contra la Indocumentación, que viabilizó el método para reconocer al hijo extramatrimonial de una mujer casada.

Para garantizar el derecho a la identidad del niño infante y púber, y en concordancia con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño de la ONU y la Constitución Política del Perú, se modificó el artículo 396 del Código Civil para facilitar el reconocimiento del hijo extramatrimonial de la mujer casada, y se derogó el artículo 404 del mismo cuerpo legal. Ambas disposiciones habían sido previamente declaradas inaplicables por la Corte Suprema de la República en

la Casación N° 2726-2012 - Santa, la cual, al aplicar el control difuso, declaró inaplicables los citados artículos 396° y 404° del Código Civil. Esto se logró al predominar el derecho de identificación del menor, que se remonta a la creación del Interés Preeminente del Infante. Esto se hizo para proteger los derechos del menor y reconocer el derecho del padre biológico, anteponiendo una presunción legal al derecho a la identidad.

Además de reforzar la custodia integral de los niños y adolescentes, es evidente que el decreto legislativo en cuestión tiene como objetivo aliviar las cargas procesales, ya que el padre biológico no necesita pasar por un procedimiento judicial para aceptar el hijo adulterado creado con una mujer casada.

Cabe destacar que las modificaciones a los artículos antes mencionados siguen teniendo como objetivo fortalecer la custodia de las niñas, niños y jóvenes, quienes constituyen una población vulnerable y que por su edad enfrentan indefensión, desventaja y/o discriminación que les impide ejercer sus derechos y libertades con normalidad.

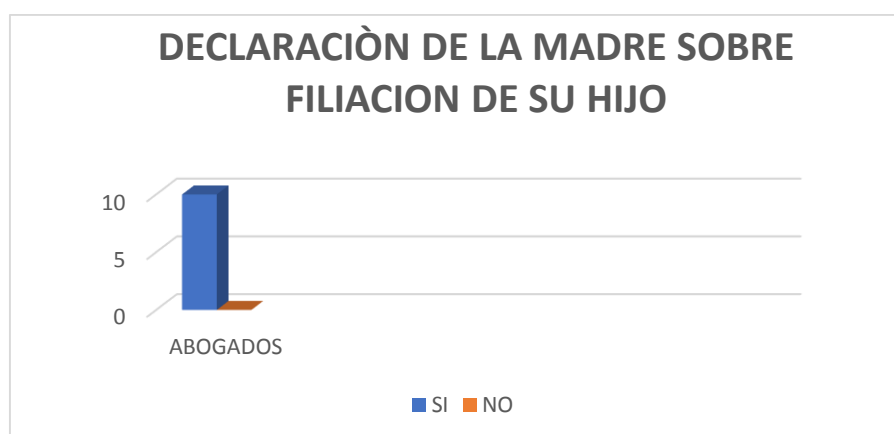


Gráfico 2

Declaración de la madre sobre la filiación de su hijo

CUADRO N° 3

DECLARACION NEGATIVA DE PATERNIDAD DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL

¿Ud. Está de acuerdo, que es el padre casado, quien tiene que realizar la declaración negativa de paternidad del hijo extramatrimonial?

Tabla 3

Declaración negativa de paternidad de hijo extramatrimonial

ALTERNATIVA	ABOGADOS	FRECUENCIA	%
SI	10	10	100
NO	00	00	00
TOTAL	10	10	100

Fuente: Encuestas
Elaboración: Propia
Leyenda: Frecuencia: f
Porcentaje: %

INTERPRETACIÓN:

La totalidad de abogados encuestados están de acuerdo que es el padre casado, quien tiene que realizar la declaración negativa de paternidad del hijo extramatrimonial.

ANÁLISIS:

De acuerdo al resultado de la encuesta, tenemos que los abogados revelan que es el padre casado, quien tiene el derecho de realizar la declaración negativa de paternidad del hijo extramatrimonial.

Sin embargo este derecho se la conferido a la mujer casada de determinar quién es el padre del menor, dejando de lado la posición del padre.

Antes de la enmienda, el hijo de una mujer casada sólo podía ser reconocido por su verdadero progenitor cuando el marido lo negaba y se imponía una sanción

adecuada. Esto significa que descubrimos al hijo de una mujer casada en una situación de desventaja; es decir, si el hombre casado era el padre de un hijo extramatrimonial, no enfrentaba ningún obstáculo para reconocerlo; sin embargo, si la madre estaba casada, el padre biológico no podía reconocer al hijo, ya que el artículo 361° sólo establecía la presunción de paternidad, mientras que el artículo 362° establecía.



Gráfico 3

Declaración negativa de paternidad de hijo extramatrimonial

CUADRO N° 4

NEGATIVA DE DECLARAR A LA MADRE CASADA

¿Ud. considera que al no permitírsele a la madre casada declarar sobre la filiación real del hijo extramatrimonial se estaría vulnerando el derecho a la identidad del menor hijo extramatrimonial?

Tabla 4

Negativa de declarar a la madre casada

ALTERNATIVA	ABOGADOS	FRECUENCIA	%
SI	10	10	100
NO	00	00	00
TOTAL	10	10	100

Fuente: Encuestas
Elaboración: Propia
Leyenda: Frecuencia: f
Porcentaje: %

INTERPRETACIÓN:

El 100% de los profesionales abogados revelan que al no permitírsele a la madre casada declarar sobre la filiación real del hijo extramatrimonial se estaría vulnerando el derecho a la identidad del menor hijo extramatrimonial.

ANÁLISIS:

Como se puede apreciar los encuestados manifiestan que es la madre la que sabe con certeza el padre de hijo, y negársele el derecho de revelar esa verdad, se estaría vulnerando el derecho a la identidad del menor hijo extramatrimonial.

Dentro de este extremo, debemos tener en consideración, el principio del interés superior del niño, ello implica que debe respetarse su derecho a su identidad, y quien en este caso es la madre la que tiene la información de su origen como persona humana con derechos que deben ser respetados.

La Convención sobre los Derechos del Niño señala que los niños y adolescentes son sujetos de derecho, que por su condición son sujetos de derecho pero en forma especial por la condición en que se encuentran.

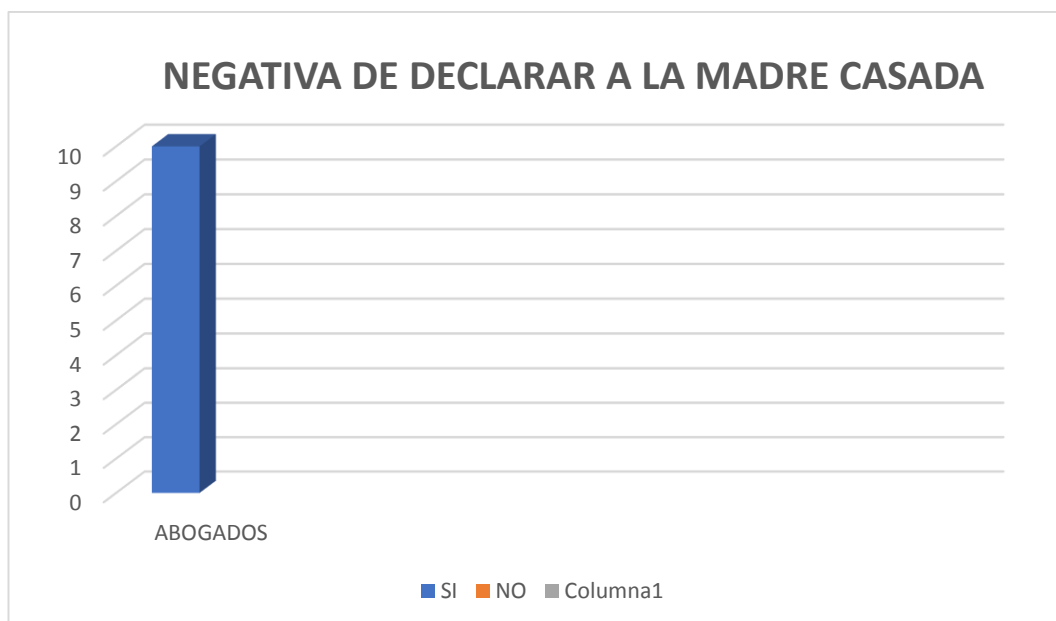


Gráfico 4

Negativa de declarar a la madre casada

CUADRO N° 5

VULNERACION DEL DERECHO A NOMBRE DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

¿Ud. Esta de acuerdo que el hecho de no permitírsele a la madre casada declarar sobre la filiación real del hijo extramatrimonial se estaría vulnerando el derecho al nombre del menor hijo extramatrimonial?

Tabla 5

Vulneración del derecho a nombre del hijo extramatrimonial

ALTERNATIVA	ABOGADOS	FRECUENCIA	%
SI	10	10	100
NO	00	00	00
TOTAL	10	50	100

Fuente: Encuestas
Elaboración: Propia
Leyenda: Frecuencia: f

Porcentaje: %

INTERPRETACIÓN:

La totalidad de profesionales abogados consideran que el hecho de no permitírsele a la madre casada declarar sobre la filiación real del hijo extramatrimonial se estaría vulnerando el derecho al nombre del menor hijo extramatrimonial.

ANÁLISIS:

El resultado a la pregunta formulada nos revelan que el derecho a la identidad identificado universalmente como derecho importante del ser humano, abarca una mezcla de aspectos particulares y únicos que definen a el individuo como un ser que existe y aceptado en un definido campo social y real.

Para empezar, sabemos que el menor tiene una relación legal con sus padres a partir de la fecha de inscripción del nacimiento en los registros civiles correspondientes. Lo que le proporciona una completa identidad y defensa jurídica, no sólo frente a sus padres, sino también frente al Estado. En segundo lugar, conviene concentrar la filiación no sólo en el elemento jurídico, sino también en el componente biológico, referido a los vínculos de sangre y a los parientes (ascendientes y descendientes), a través de los cuales el menor acentúa su identidad y se desarrolla para un completo desarrollo personal. Sobre la base de la apariencia biológica, debe prevalecer el derecho a la identificación: "fundamentalmente en su faz estática que está destinada al origen genético biológico de la persona".

Como vemos, el derecho a la identificación está referenciado no sólo en el ámbito jurídico, sino también en el biológico, que son, en esencia, dos partes de la naturaleza humana. En nuestro escenario particular, el menor se define como un individuo con derechos y deberes que adquirirá la capacidad de ejercer, a efectos de representación y protección personal, sus derechos inherentes a medida que se desarrolle su estatus socio-jurídico.

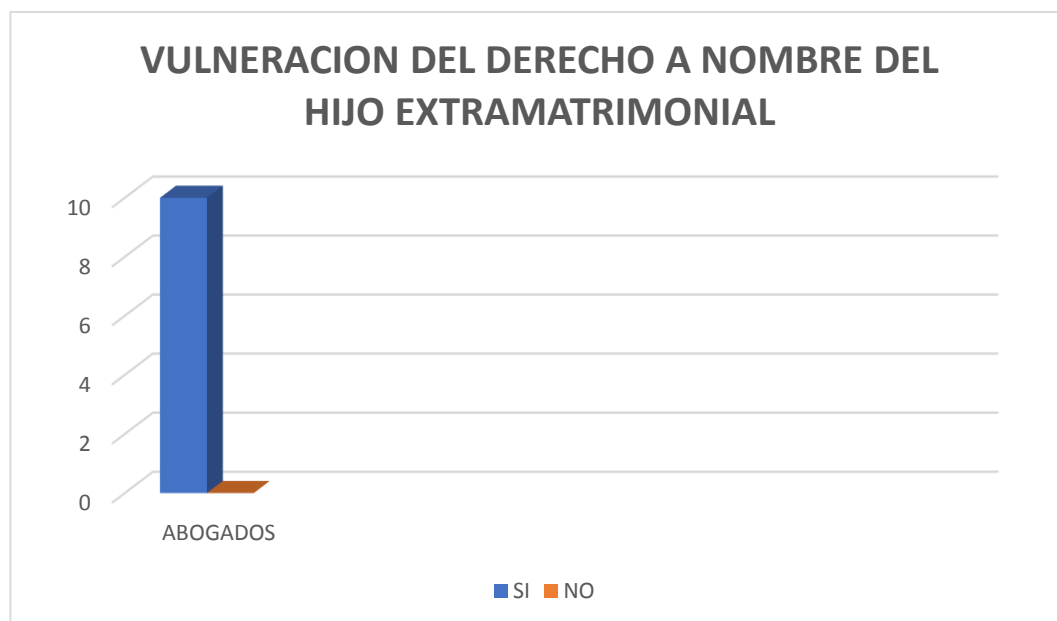


Gráfico 5

Vulneración del derecho a nombre del hijo extramatrimonial

CUADRO N° 6

VULNERACION DEL DERECHO A CONOCER A SU PADRE DEL MENOR HIJO EXTRAMATRIMONIAL

¿Ud. Está de acuerdo que el hecho de no permitírsele a la madre casada declarar sobre la filiación real del hijo extramatrimonial se estaría vulnerando el derecho a conocer a su padre del menor hijo extramatrimonial?

Tabla 6

Vulneración del derecho a conocer a su padre del menor hijo extramatrimonial

ALTERNATIVA	ABOGADOS	FRECUENCIA	%
SI	10	10	100
NO	00	00	00
TOTAL	10	50	100

Fuente: Encuestas

INTERPRETACIÓN:

El 100% de los profesionales abogados manifiestan que el hecho de no permitírsele a la madre casada declarar sobre la filiación real del hijo extramatrimonial se estaría vulnerando el derecho a conocer a su padre del menor hijo extramatrimonial.

ANÁLISIS:

Es una verdad irrefutable que la madre tenga el derecho de señalar quien es el padre biológico de su menor hijo; pues, la madre tiene el conocimiento de quien es el padre de su hijo; negar esa declaración vulnera el derecho del hijo menor extramatrimonial.

Los fundamentos los encontramos en D. Legislativo N° 1377, Decreto legislativo que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes que dice:

Que, de otro lado, se viene constatando que en el contexto de violencia que afecta gravemente a nuestra sociedad, se debe proteger la imagen de las niñas, niños y adolescentes víctimas de estos hechos, o de sus familiares, para evitar situaciones de indefensión y riesgo para su vida e integridad personal;

El Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo de Protección de los Niños y Adolescentes sin Cuidado Parental o en Riesgo de Perderlo, regula los procedimientos de protección de riesgo y de la familia con el fin de brindar una protección integral a los niños y adolescentes en estas situaciones, priorizando su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en familia; sin embargo, es necesario potenciar la intervención del Ministerio Público en dichos procedimientos.(El Peruano, 2018).

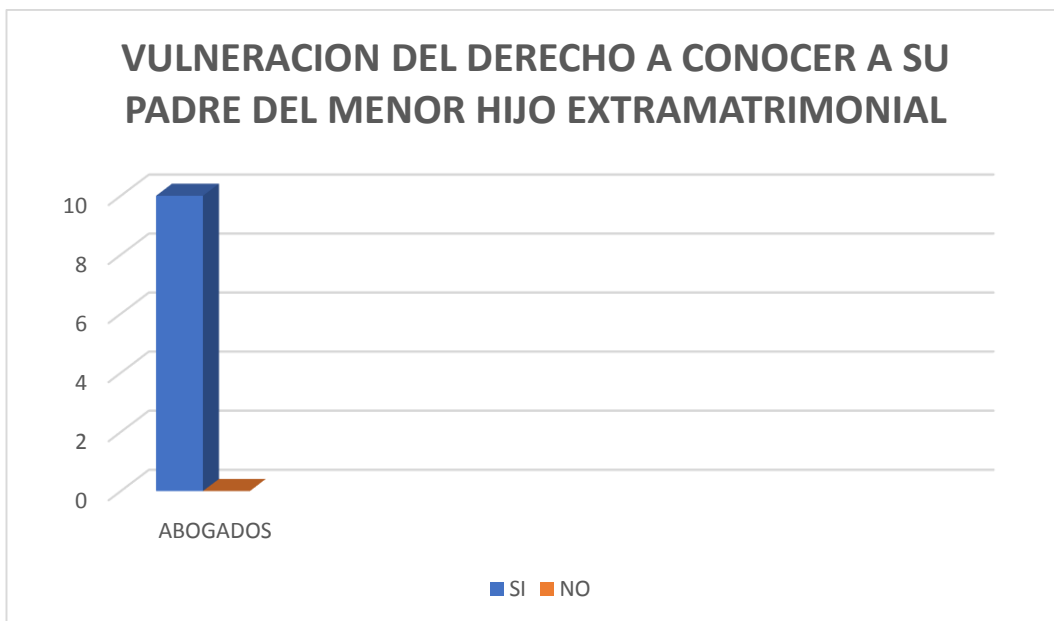


Gráfico 6

Vulneración del derecho a conocer a su padre del menor hijo extramatrimonial

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

PRIMERA: Los principios constitucionales y doctrinales que protegen el derecho a la identidad son: el derecho a un nombre; derecho a una nacionalidad; al vínculo familiar, en tanto debe poderse conocer a los progenitores y estar bajo su tutela.

SEGUNDA: Los fundamentos teóricos-doctrinarios que han inspirado para que el Decreto Legislativo N° 1377 establezca que una mujer casada alegue que el padre de su hijo es persona diferente al hombre con quien está casada son: es por ser ella quien sabe con certeza el origen biológico de su hijo, es decir por un sentido natural de las cosas; es que se persigue el interés superior del menor a tener y garantizar su identidad como sujeto de derechos.

TERCERA: Los alcances del Decreto Legislativo N° 1377 vulneran el derecho a la identidad del menor porque no garantiza su identidad biológica, sino también el derecho a la alimentación e incluso el derecho a la herencia; esta situación permite un alto grado de imprudencia y la asignación de datos que desarrollan una identidad que perjudica al infante registrado con datos familiares incorrectos o indebidos.

5.2. Recomendaciones

PRIMERA: Sería recomendable la modificación del Decreto Legislativo N° 1377 norma que modifica el artículo 396° del Código Civil establece la potestad de la madre casada sobre la declaración de paternidad del menor extramatrimonial, dejando la posibilidad al padre de impugnar la paternidad de un acto en los que no participo; siendo la nueva redacción la siguiente:

"Artículo 396: El hijo de una mujer casada podrá ser reconocido por su progenitor siempre que la madre declare abiertamente que el hijo no es de su marido. Este reconocimiento puede producirse durante el proceso de inscripción de los orígenes, una vez que la madre y el padre acudan al registro civil, o tras la inscripción de la madre sola, una vez que haya declarado quién es el padre, una vez que haya declarado quién es el padre, o tras la inscripción de la madre sola, una vez que haya declarado quién es el padre.

Una vez que el marido lo ha negado y ha obtenido una sentencia adecuada, la madre y el padre inician una acción judicial.

La acción judicial iniciada por el supuesto padre biológico dará lugar a la impugnación del reconocimiento de la paternidad matrimonial y, por tanto, al reconocimiento de la filiación extramatrimonial.

SEGUNDA: Por el momento, los operadores jurídicos deben considerar la Casación N° 2726-2012 - Santa, teniendo en cuenta el carácter vinculante de la Casación definida, que establece que el derecho a la identidad y el interés superior del infante superan cualquier norma de menor jerarquía; esto debido a que la norma recientemente modificada no es concluyente y no da cuenta de todas las partes involucradas en el caso investigado, generando inseguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro Jiménez, V. (s/f). *GLOSARIO DE TERMINOS DE DERECHO FAMILIAR*. Recuperado el 13 de diciembre de 2021, de http://www.paginaspersonales.unam.mx/files/358/GLOSARIO_DE_DER ECHO_FAMILIAR.pdf
- Álvarez Torres, O. M. (2009). *Derecho Constitucional Familia; Justicia de familia y un acercamiento al tema de su pretendida desjudicialización*". Ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho Procesal. Habana-Cuba. Habana - Cuba. Recuperado el 16 de diciembre de 2021
- Chura Morales, J., & Diaz Bejar, N. J. (2014). *Repositorio Institucional UNSA*. Recuperado el 21 de Junio de 2021, de <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/4173>
- Constitucional, T. (2021). *Pleno. Sentencia 641/2021*. Recuperado el 11 de diciembre de 2021, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02970-2019-HC.pdf>
- Delgado de Miguel, J. F. (2011). *La negación del yo (Doctoral dissertation, Universidad de Rioja*. Recuperado el 12 de diciembre de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=175008>
- Díaz Díaz, H. G. (2020). *Vulneración al derecho de defensa del demandado en el proceso de filiación extramatrimonial en el Perú. Tesis para obtener el título profesional de abogada. Universidad Cesar Vallejo*. Recuperado el 22 de diciembre de 2021, de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/54714/Diaz_DHG-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Flores Saira, G., & Laura Rodriguez, S. (2017). *Necesidad de escuchar la opinión del niño en los procesos de negación de paternidad e impugnación del reconocimiento, como una forma de protección del derecho a su identidad personal, Arequipa 2016. Para optar el grado académico de abogado*.

Recuperado el 14 de diciembre de 2021, de <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/3743/Deflsagr.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Flores Velarde, K. J. (2018). *Filiación Extramatrimonial*. Universidad San Pedro. Huacho. Recuperado el 11 de diciembre de 2021, de <http://repositorio.usanpedro.edu.pe/handle/USANPEDRO/348/browse?type=subject&value=Filiaci%C3%B3n+extramatrimonial>

Flores-Flores, P. (s/f). *El Reconocimiento Extramatrimonial Del Hijo De La Mujer*. Recuperado el 14 de diciembre de 2021, de https://derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_10/articulos_investigadores/EL_RECONOCIMIENTO_EXTRAMATRIMONIAL_DEL_HIJO_DE_LA_MUJER_CASADA.pdf

Galindo Garfias, I. (1994). *Estudios de Derecho Civil. 2da edición*. Porrúa. Porrúa. Recuperado el 18 de diciembre de 2021

Huamano, N. U. (s/f). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado el 17 de diciembre de 2021, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

IMPUGNACION DE DESPIDO, Cas. 1594- 2005, Tacna, publicado en El Peruano, 01/12/2006, p. 18041. (Corte Superior de Tacna 01 de diciembre de 2006). Recuperado el 12 de diciembre de 2021

Lacruz Berdejo, J., & Sancho Rebullida, F. (1984). *Derecho de Familia*. Barcelona: Librería Bosch. Recuperado el 15 de diciembre de 2021

Mascareñas, C. (1995). *Nueva enciclopedia jurídica, Tomo VII*. Editor Francisco Seix. Barcelona. Barcelona: Francisco Seix. Recuperado el 19 de diciembre de 2021

Morales Vallejo, P. (2011). <http://www.upcomillas.es/personal/peter/otrosdocumentos/Guiaparaconstruirescalasdeactitudes.pdf>. Recuperado el 2021

- Pinella Vega, V. (2014). *El interés superior del niño/niña vs. principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial*. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. (U. C. Mogrovejo, Editor) Recuperado el 20 de diciembre de 2021, de <https://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/277>
- Puig, P. F. (1971). *Tratado de derecho civil español, Tomo II Derecho de familia, Volumen 4201 2. Paternidad y Filiación, Madrid*.: España: Editorial Revista de Derecho Privado y el matrimonio. Recuperado el 16 de diciembre de 2021
- Sabino, C. (1992). *El Proceso De investigación*,. Caracas: Panapo.
- Torres Ramírez, R. M. (2017). https://repositorio.upeu.edu.pe/bitstream/handle/UPEU/910/Madelen_Tesis_Bachiller_2017.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Recuperado el 22 de Junio de 2021, de https://repositorio.upeu.edu.pe/bitstream/handle/UPEU/910/Madelen_Tesis_Bachiller_2017.pdf?sequence=4&isAllowed=y
- Varsi, E. (2013). *Tratado de Derecho de familia “Derecho de Filiación”*. Lima: Gaceta Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica. Recuperado el 10 de diciembre de 2021
- Zapata Durán, R. (2011). *La prueba en los procesos de filiación*. Universidad de Salamanca. Departamento de derecho administrativo, financiero y procesal. Salamanca. Recuperado el 21 de diciembre de 2021, de https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/110836/DDAFP_Zapata_Duran_RW_LaPrueba.pdf;jsessionid=54752378A87347A37E7CA1669C3B3D98?sequence=1