

EL RECONOCIMIENTO EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE LA MUJER
CASADA. ANÁLISIS Y NUEVA PERSPECTIVA.

THE EXTRAMARITAL RECOGNITION OF THE SON OF THE MARRIED
WOMAN. ANALYSIS AND NEW PERSPECTIVE.

Pavel J. Flores-Flores
Paveflores.202@gmail.com

Alumno Pregrado (VIII ciclo) e integrante de la Escuela de Investigadores Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

Practicante Pre Profesional del Consultorio Jurídico de la Demuna de la Municipalidad de Santa Anita.

Resumen

El presente artículo, elaborado sobre la base de la normativa peruana, en el ámbito del derecho civil de familia, busca analizar y pretende brindar una nueva perspectiva al controvertido derecho de filiación extramatrimonial.

Revisaremos y detallaremos la ley n° 28457(ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial) , y nos enfocaremos plenamente en el artículo n° 396 del Código Civil de 1984 (filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada) y la problemática que presenta en la actualidad el ejercicio de la acción, la carga procesal y el contraste con la posible vulneración de los derechos inherentes al menor(hijos), consagrados no solo en la Constitución Política de 1993 sino en el Código de los niños y adolescentes (ley n°27337) del año 2000 y diversos mecanismos jurídicos internacionales.

Como resultado de nuestra investigación proponemos una nueva perspectiva al marco legal, mediante la modificación de los artículos pertinentes, con el fin de otorgarle a la norma un sentido de veracidad, igualdad y adecuación a la realidad, respecto al derecho que conlleva cada menor a conocer su verdadera identidad.

Concluimos que en nuestra normativa, el derecho de filiación, que corresponde al hijo de la mujer casada, debe ser visto desde una perspectiva no solo legal, sino constitucional y debe aplicarse en el ámbito judicial teniendo como principio fundamental el interés superior del niño, a fin de que este último pueda conocer su verdadera identidad.



Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada
CC BY-NC-ND

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Abstract

The present article elaborated about the base of the Peruvian regulation, in the area of the family civil law, seeks to analyze and tries to offer a new perspective to the controversial right of extramarital filiation.

We will check and detail to law n ° 28457 (law that regulates the process of judicial filiation of extramarital paternity), and we will focus fully in the article n°396 of the Civil Code of 1984 (son's extramarital filiation of married woman) and the problematic that presents at present the exercise of the jurisdictional action, the procedural load and the contrast with the possible violation of the rights inherent in the minor(sons), dedicated not only in the Political Constitution of 1993 but in the Code of the children and teenagers (law n°27337) of the year 2000 and diverse international legal mechanisms.

Since result of our investigation, we propose a new perspective to the legal frame, by means of the modification of the pertinent articles, in order to grant him to the norm a sense of veracity, equality and adequacy to the reality, with regard to the right that every minor carries to know his real identity.

We conclude that in our regulation, the right of filiation, which corresponds to the son of the married woman, must be seen from a perspective not alone legal, but constitutional and it must be applied in the judicial area taking the bests interests of the child as a fundamental beginning, so that the latter could know his real identity.

Palabras Clave: Filiación extramatrimonial, Identidad Filiatoria, Impugnación de la paternidad, Verdad biológica, Derecho a la Identidad, Protección al menor.

Keywords: Extramarital filiation, Identity¹, Denial of Paternity, Biological fact, Right to the identity, Protection of Children.

Sumario: I. Introducción. II. Sobre derecho a la identidad. III. Sobre el derecho a la filiación extramatrimonial. IV. Sobre la filiación extramatrimonial de hijo de la mujer casada. VI. Sobre una nueva perspectiva VII. Conclusiones. VIII. Referencia Bibliográficas.

¹ La palabra "filiatoria" y "filiación" derivan del verbo en español "filiar", definido en términos que presten nuestro interés y que sean de utilidad en el presente artículo como : " la procedencia de los hijos respecto a los padres". En tal sentido, el diccionario de la RAE, no brinda una definición exacta a la palabra "filiatoria". Su acepción en el idioma ingles no existe. Por ende decidimos tomar la palabra clave en español IDENTIDAD FILIATORIA, en su traducción al inglés, simplemente como: IDENTITY (IDENTIDAD), conservando pese a ello, el significado que hemos pretendido.

I. Introducción

En la actualidad, es frecuente observar innumerables casos de hijos originados en el seno de relaciones convivenciales y/o extramatrimoniales. Con la evolución del derecho, a estos hijos, se les han reconocido derechos que en décadas pasadas no gozaban, y que eran de goce y ejercicio exclusivo de los hijos nacidos bajo la figura jurídica del matrimonio. Estos derechos, han tenido en las Convenciones Internacionales y Códigos del niño y Adolescente, pilares fundamentales para su consagración y universalidad.

Nuestra Constitución consagra el derecho a la identidad (art.2 inc. 1) y la igualdad (art.2 inc. 2) para toda persona. El Código de los niños y adolescentes reafirma estos derechos en el art. 6 (derecho a la identidad) y el art. 8 (derecho a vivir en una familia). La Convención Internacional sobre los Derechos del niño y la declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño (antecedente inmediato a la Convención), recopilan entre otros, el derecho al nombre y nacionalidad (art.7), preservación de la identidad (art.8) y responsabilidad paterno y materna (art.18).

Como podemos apreciar, los mecanismos internacionales en la materia, respecto al derecho a la identidad del menor, son extensos y sustantivos. La problemática radica en la conjugación de todos los mecanismos, tanto nacionales como internacionales (adecuación de la norma a las disposiciones internacionales), a fin de lograr su verdadero objetivo, la prevalencia del derecho de protección y reconocimiento del menor, respecto a los problemas sociales, culturales y/o económicos que puedan prevalecer en su realidad.

El caso de la filiación extramatrimonial no es la excepción en la legislación peruana. La ley n° 28457, ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, se complementa con los artículos n° 388, n°390 y n° 393 de nuestro actual Código Civil; sin embargo, el art n° 396, sobre el reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada, textualmente derivado en: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.” Concordado por su naturaleza con los artículos n°361, n° 362, n° 363, dista mucho de la realidad tanto social como procesal en la que se desenvuelven los diversos casos.

Como una rauda referencia y en un caso hipotético podemos argüir, que la ley, en este sentido prepondera el matrimonio, y reconoce al menor, como hijo del marido, y arbitrariamente le otorga a este, la posibilidad de impugnar la paternidad, a pesar de que exista la prueba (verdad biológica) y la voluntad del padre del menor, que demuestren lo contrario. Se evidencia claramente que se atenta el contenido y alcance del derecho del niño de conocer su paternidad, fraternidad, vínculos familiares y su verdad biológica, consagrados en los instrumentos jurídicos antes mencionados.

Ante esta evidente problemática, que se presenta en nuestro campo normativo y en la realidad, es necesario hacer énfasis y proponer una investigación adecuada con el fin de lograr un verdadero alcance y sentido no solo legal sino constitucional, en la aplicación de la norma en los diversos procesos judiciales que presentan con frecuencia en la resolución de nuestro tema preponderante.

El objetivo de esta investigación, con lo previamente expuesto, se sustenta en proponer un adecuado alcance de la norma, respecto a las situaciones, circunstancias, e innumerables casos de la actualidad. Plantearemos la modificación a los art.362, 396 y 402 de nuestro Código Civil actual, con la firme creencia y apoyados en la investigación realizada, de darle un enfoque paradigmático y practico respecto al derecho de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada, y en los casos donde es evidente el desapego de la paternidad del marido respecto al menor concebido. Para ello, nos acogemos a determinadas causales de separación de hecho previstas en el art. 333, donde es factible nuestra propuesta.

Sobre el contenido del artículo, lo componemos de 4 capítulos concernientes a los temas de investigación. Los capítulos se detallan de la siguiente manera:

- Sobre el derecho a la identidad: Detallaremos un aspecto general a la doctrina pertinente respecto al derecho a la identidad, y su relación con el derecho del menor. □
- Sobre el derecho a la filiación extramatrimonial: Analizaremos la normativa nacional respecto al mencionado derecho, sus alcances y la problemática que se genera tanto en el ámbito legal/judicial y el ámbito biológico.
- Sobre la filiación extramatrimonial del hijo de la mujer casada: Nos situamos meramente en el art. 402, y su concordancia con los artículos pertinentes. Posteriormente desarrollemos la resolución de los procesos en el plano judicial.
- Sobre una nueva perspectiva: Proponemos y justificamos una modificación a los artículos de nuestro Código Civil correspondientes al derecho de filiación extramatrimonial.

Al desarrollo del artículo, y de los capítulos que lo componen sobre filiación extramatrimonial de hijo de la mujer casada, la controversia generada y la problemática actual, se avocan las siguientes líneas.

II. Sobre el derecho a la identidad

El derecho a la identidad reconocido universalmente como derecho fundamental del ser humano, engloba una conjunción de rasgos particulares y únicos que definen a la persona como un ser existente y aceptado dentro de un determinado campo social y real.

En tal sentido, Ezaine, A (1991: 291), ensaya la siguiente definición sobre identidad: “En Derecho Civil, lo que corresponde a la filiación de la persona y estado civil en general.” Denotamos de esta definición, dos aspectos: lo concerniente a la filiación y lo concerniente al estado civil en general.

Disgregaremos ambas posiciones. Para otorgarle un sentido didáctico y de mayor comprensión, comenzaremos por la segunda:

- a. Sobre el estado civil en general: El menor tiene derecho, desde su nacimiento a la imagen, voz, identificación (entiéndase nombres y apellidos), nacionalidad, a conocer a sus padres en la medida de lo posible y a su inscripción de nacimiento. Derechos reconocidos y positivizados en la Constitución Política del Perú y el Código Civil. Y;
- b. Sobre la filiación: En primer sentido, comprendemos que el menor se encuentra relacionado legalmente a sus progenitores desde el momento de la inscripción del nacido en los registros civiles correspondientes. Otorgándole plena identificación legal y protección, no solo de sus padres, sino del estado. En segundo sentido, por filiación, no solo corresponde avocarnos al aspecto legal, sino al aspecto biológico, referido a los lazos sanguíneos y familiares (ascendientes y descendientes) y por los cuales, el menor acentúa su identidad y se prepara para un pleno desarrollo personal. Sobre el aspecto biológico, Ortiz, A. (2005:1) sostiene que el derecho a la identidad debe primar: “fundamentalmente en su faz estática que está referida al origen genético biológico de la persona”.

Como podemos comprender, el derecho a la identidad, no está referido tan solo en el ámbito legal, sino también en el ámbito biológico, que en suma, son dos facetas que complementan la esencia del ser humano. En nuestro caso particular, el menor, entendido como sujeto de derecho y obligaciones, que en su estado socio jurídico adquirirá la capacidad de ejercicio, para la representación y defensa personal de sus derechos inherentes a él.²

² Nuestro Código Civil en el artículo 46 regula la adquisición de la capacidad de ejercicio a los menores de edad mayores de 16 años en dos supuestos: a) Matrimonio y; b) Obtención de un título oficial. En los casos de menores de edad, mayores de 14 años, adquieren capacidad de ejercicio a partir del nacimiento del hijo y para realizar los actos legales y judiciales, correspondientes no al derecho de los padres, sino a los de su menor hijo. La ley nos muestra una excepción a los artículos n° 42, n°43 y n° 44.

III. Sobre el derecho a la filiación extramatrimonial

Concurriendo en el aspecto propuesto, el derecho de filiación extramatrimonial, recae sobre la base del reconocimiento del vínculo que existe (biológico) y el que debe existir (legal) entre los padres del menor y este último. Según la Convención de los Derechos del niño, toda persona tiene derecho a su identidad filiatoria (conocer a sus padres, corresponder y; saberse correspondido a la identidad del vínculo con sus familiares).

Nos situamos en el marco actual, y teóricamente, el Código Civil, destaca la sociedad paterno-filial, y distingue tres modalidades: la filiación matrimonial (para los hijos nacidos dentro del matrimonio)³, filiación para los hijos adoptivos⁴, y la filiación extramatrimonial (los concebidos y nacidos fuera del matrimonio)⁵. En esta última modalidad, se avocarán las siguientes líneas.

La filiación extramatrimonial, ha pasado por un proceso legislativo, evolutivo y paradigmático, donde el legislador y la normatividad, han tenido que afrontar la difícil tarea de disolver lo normado en la materia, por encontrarse obsoleto y porque evidentemente, no correspondía la normativa previa a una sociedad actual, donde el formalismo, no puede prevalecer por sobre la realidad. En referencia a lo anterior, el autor Varsi, E (2006:14) lo describe de la siguiente manera:

La investigación de la paternidad tiene toda una evolución y, aún, no avizoramos su puerto final. Antiguamente no solo fue vedada- desde el punto de vista social- sino que de iure condendo, la legislación clásica, influenciada por la francesa, limitó y desterró el denominado reconocimiento forzado en aras del respeto al honor del varón y de la integridad de la familia matrimonial que este conformaba.

Actualmente el Código Civil, en materia de filiación extramatrimonial, se complementa con la Ley n° 28457, ley que regula el proceso de filiación judicial y que es una clara muestra del avance en la materia. La ley, regula un proceso judicial, meramente probatorio, lo que constituya la prueba de ADN, es la evidencia biológica de paternidad, otorgando como única oposición al demandado el realizarse esta prueba⁶, el efectuarse la mencionada prueba u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de

³ Artículo número 361 del Código Civil: "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido". En tal sentido, el hijo se presume matrimonial, pese a que la madre declare lo contrario. (art.362). Se denota con claridad que el sentido de la norma y el interés del estado, es en primer lugar, salvaguardar el matrimonio.

⁴ Artículo número 377 del Código Civil: " Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea."

⁵ Artículo número 386 del Código Civil.

⁶ En el Perú, existen diversas modalidades de prueba de ADN. Las más frecuentes son la prueba por saliva, cabello y muestra de sangre. Las variedades de prueba están relacionadas al precio de cada una y a la disponibilidad de las partes. La prueba será entregada, en cuanto se efectúe el pago de la misma y la finalización del contrato previo (presentado en el proceso). Posteriormente, la parte demanda podrá presentar la prueba de ADN como medio probatorio.

certeza.⁷⁸ Ante la negatividad o rebeldía del demandado, el juez declarará judicialmente la paternidad.

Se desprende una controversia en este estado del proceso (oposición del demandado), que sea en buen aporte, concluye con la carga probatoria. La declaración judicial de paternidad es una medida que se le otorga al juez para que en casos como: a) un resultado negativo de la prueba genética y/o b) el demandado no haya formulado oposición o este declarado rebelde; en plena jurisdicción y potestad declara padre al demandado y oficia a la entidad de registros para la emisión de una nueva partida.

Podemos apreciar de esta disposición, que la parte demandada, se encuentra en un estado vulnerable en el sentido que, la prueba de ADN, se comportara como único medio para probar su paternidad, y para OPONERSE a la pretensión de la demandante, mas no resulta el “único medio indispensable” para resolver la pretensión originaria de filiación. De esta manera, se limita y coacciona, su derecho de defensa a este único medio. En este caso, la ley presume que la prueba tiene una certeza indubitable- que si bien es elevada y constante- no debe el juez al aplicar la ley, simplemente evadir el resto de carga probatoria, si fuese el caso o si existiera.

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

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

Bajo esta premisa, queda en evidencia, que la ley restringe al menor de madre casada a su derecho filiatorio, y por ende, a reconocer su verdad biológica y el reconocimiento de su padre. Resulta propicio mencionar, que la ley debe perseguir y velar por el estado, protección y desarrollo del menor. Siendo congruentes con nuestro análisis, formulamos otra pregunta: ¿esta disposición legislativa es concorde con el derecho a la identidad y filiación del menor, o resulta de esta presunción un atentado contra sus derechos y, en consecuencia, el estado de vulnerabilidad en su proceso de desarrollo? Un esfuerzo para poder explicar y entender, de manera precisa y clara lo antes mencionado, deriva en nuestro posterior capítulo.

⁷ Artículo número 402. Inciso número 6. Código Civil.

⁸ Cabe señalar que el proceso de filiación es un proceso sui generis, que si bien, se lleva a cabo en la vía de proceso único de ejecución, el proceso judicial de filiación tiene un carácter especialísimo y características propias que no son precisamente las disposiciones de un proceso único de ejecución. En definitiva, la prueba de ADN, ha cambiado totalmente el proceso de filiación, dándole una nueva connotación y certeza a este tipo de proceso, inclusive una naturaleza diversa.

IV. Sobre la filiación extramatrimonial del hijo de la mujer casada.

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

Hemos comprendido, que la identidad no solo se limita al ámbito legal, sino que tiene una implicancia sustantiva en el ámbito biológico, además de ser su génesis. El menor no solo comparte y es reconocido por nombres, apellidos y nacionalidad, que sus padres le han otorgado, sino que al mérito de su identidad, la componen los rasgos y características tanto físicas como psicológicas, y el reconocimiento por parte de su entorno, entiéndase por referidos no solo los padres, sino los familiares y cercanos.

Observemos el artículo 362 del Código Civil detalla: “El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.” Claramente la ley muestra una preponderancia a la relación matrimonial, por sobre la identidad filiatoria y biológica del menor. En tal sentido nuestro ordenamiento en la materia, permite la vulneración de derechos fundamentales del menor, no solo el ya mencionado derecho a la identidad, sino también el derecho a su libertad, igualdad, desarrollo personal y social, y en su conjunción se estaría violando la dignidad del menor.

La familia como institución jurídica y social, es pilar fundamental en el desarrollo de cualquier país. El derecho de familia entonces, debe ser muy compacto y preciso, y por sobretodo adaptarse a la realidad, para así, lograr un verdadero sentido a la norma protegiendo y promoviendo a la familia como institución base del derecho. Sin embargo, existen aspectos y circunstancias que el derecho (en cualquier ámbito) no ha podido prever. Como lo hemos podido apreciar el derecho de familia, y en su subsecuente, el de filiación, no es extinto a ello

Es un caso específico, el artículo 396 del Código Civil detalla: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.” Observamos, como este artículo es concorde con el artículo 392, el legislador, prepondera lo antes mencionado, pero no prevé la situación real de nuestra social actual. Con frecuencia podemos encontrar hijos extramatrimoniales, no reconocidos por el impedimento de “la mujer casada”, a pesar de que se compruebe la carga biológica de paternidad (prueba de ADN). Ante este acontecimiento es válida la pregunta: ¿Podríamos decir que el niño ha quedado restringido de su derecho a ser reconocido?

El problema, se torna en su estado procesal, para el reconocimiento del menor, se necesitara la negación de paternidad y/o impugnación de paternidad, y no solo como un precedente probatorio, sino que después de interponerse la demanda, la sentencia resulte a favor del marido.

Como mencionamos líneas anteriores, la ley prepondera el matrimonio civil- que en muchos casos ya no existe, por encontrarse en separación de cuerpos- sin percatarse del menor, que en este sentido, urge de su verdadera identidad. La filiación busca una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica y social, entre el padre y el menor.

La casuística en materia de filiación, nos muestra un razonamiento del juez en pro de buscar un amoldamiento entre la intimidad, relación matrimonial del padre o la familia y el derecho de identidad del menor (que no podemos presumir arbitrariamente, que carece de una familia). El juez por ende, puede calificar la demanda de impugnación de paternidad o filiación extramatrimonial, sobre la base del caso en concreto y a los requisitos y pruebas presentadas, por sobre la aplicación efectiva o no, de la ley en mención. Entendiendo, que no existe ninguna vulneración, porque el derecho a la identidad, está estipulado en la Constitución, norma suprema del estado.

El interés superior del niño, es altamente relevante en este punto, a pesar de que no tiene una extensa y mucho menos precisa definición jurídica, al respecto Rivero, H (2007:67):

El interés del menor, es en efecto un standar jurídico: un modelo de conducta o de actuación jurídico social que se adecua a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidad sociales.

El autor, trata de decirnos, sin darnos la definición de interés superior del niño, que como estándar jurídico, la normatividad o el accionar del juez inmiscuido en el proceso, y en la posterior sentencia, debe sin duda alguna, evaluar con un sentido de protección y en favor del menor, en los determinados casos, a fin de que el niño pueda obtener el mayor beneficio en su porvenir.

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

Finalmente podemos argüir, que tanto el juez, en su potestad jurisdiccional de aplicar la ley, debe prevalecer los derechos del menor, reconocidos en los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, y respecto al derecho de filiación extramatrimonial en hijo de mujer casada, como se ha podido apreciar en la jurisprudencia peruana al respecto, en muchos casos la norma no se ajusta a realidad, por consiguiente, el juez toma un adecuado sentido de razonamiento(con apego al interés superior del niño) para darle al menor, no solo su reconocimiento legal, sino la verdad biológica que pretende y necesita reconocer, para su pleno desarrollo.

VII. Sobre una nueva perspectiva

Llegado a este punto, resulta adecuado proponer la modificación a los artículos mencionados líneas anteriores, a fin de que la legislación en esta materia, pueda ser congruente con lo que se suscita en la realidad social y judicial de nuestro país.

Las propuestas de investigación y modificación que plantearemos son las siguientes:

1. Respecto al art.º 362 del Código Civil (presunción de filiación matrimonial), incorporar un segundo párrafo al mencionado artículo, que tenga naturaleza de “excepción a la regla” y de aplicación inmediata en los casos específicos de separación de cuerpos, estipulados en el artº 333 del Código Civil. Causales que corresponden a nuestro razonamiento:

A) Inciso nº 5: el abandono injustificado de casa conyugal.

B) Inciso nº 12: la separación de hecho.

Siguiendo la muestra de nuestras causales específicas y viables para lo que pretendemos proponer, cabe señalar que en cada una de ellas es requisito indispensable el encontrarse los esposos separados por lo menos 2 años de manera continua e ininterrumpida. Evidentemente se comprende que, en una separación de cuerpos por un periodo determinado por ley (2 años), el esposo no puede ser el padre del menor, y la ley ya no debería presumir esta disposición por no tener un razonamiento lógico y fundamento alguno.⁹

A efectos, derivados de la praxis, en los innumerables y particulares casos que se suscitan en la realidad, hemos tomado la decisión de incorporar a nuestro sustento la posibilidad de una causal más.

C) Inciso nº 13: la separación convencional y divorcio ulterior.

El alcance de la ley, nos menciona como única disposición haber transcurrido dos años de celebrado el matrimonio y evidentemente, que exista el consentimiento mutuo. Señalaremos, que si bien, el proceso judicial de separación convencional y divorcio ulterior, es el de más rápida resolución en este campo del derecho, no podemos negar que su duración puede variar entre 04 meses y 08 meses.¹⁰Tiempo

⁹ Si bien la prueba de ADN u otros mecanismos de igual certeza donde se pretenda verificar y buscar el vínculo biológico de los padres con el menor, es un medio válido y altamente confiable. No siempre existe la posibilidad de llevarse a cabo. En muchas ocasiones, ambas partes no tienen la posibilidad económica de poder financiar la mencionada prueba, por el costo que resulta practicarse esta. Es por este motivo que, ante la declaración del padre y la madre (se entiende voluntaria, libre, consiente y bajo el principio de buena fe en su actuar), y la presentación de un documento de validez indubitable, entiéndase: constatación de abandono de hogar, retiro voluntario de hogar, acta de conciliación de tenencia y régimen de visitas(en este punto se entiende la separación de padres), documentos específicos de trámite de proceso de separación convencional y divorcio ulterior, entre otros mecanismos donde se pueda corroborar, la no existencia del matrimonio, pese a su estado legal; se puede registrar al menor con el apellido tanto de la madre como del padre biológico.

¹⁰ Guiándonos por lo que acontece, en los procesos judiciales de separación convencional y divorcio ulterior, los esposos presentan la demanda ante el juez competente en la vía de un proceso no

más que suficiente, para que la esposa pueda procrear un hijo “extramatrimonial”, a pesar de aún no encontrarse en ese estado civil, sin embargo, siguiendo con la lógica de nuestro razonamiento, es acreditable su amoldamiento a la modificación propuesta.

En todo este conglomerado de casos específicos, la ley no debería presumir la paternidad del marido. Por el contrario, debería excluirlo de toda relación legal, o judicial que pueda generar la interpretación y aplicación del artículo.

2. Respecto al art°396 del Código Civil (reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada). Concordando con la propuesta anterior, el artículo nos menciona que la carga procesal respecto al reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada le corresponde al marido (se presume padre); sin embargo, de presentarse los casos específicos mencionados en el punto anterior, el marido no tendría objeto, para comenzar ningún proceso judicial (impugnación de paternidad o negación de paternidad). Al no ser el presunto padre -establecido por ley- no tiene la posibilidad de reconocer a un hijo que no es afín sus lazos biológicos.

En tal sentido, cabría la posibilidad de proponer la incorporación del segundo párrafo al mencionado artículo, que menciona la modalidad de reconocimiento de hijo de mujer casada ante los registros públicos concorde a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. °362. (Segundo párrafo propuesto líneas anteriores).

3. Finalmente, respecto al art° 402(procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial). El inciso 6 del mencionado artículo, nos muestra que la declaración judicial de paternidad puede ser declarada cuando se acredite el vínculo parental (entre padre e hijo) mediante la utilización de la prueba de ADN, u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Inmediatamente, comprendemos que el primer párrafo del inciso 6 es concorde con nuestra propuesta; sin embargo, el segundo párrafo menciona la inaplicación de lo dispuesto, respecto al hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

Observamos, la excepción a la regla, y la calificamos como arbitraria, ya que resulta un impedimento al menor, para el derecho a la identidad y filiación. Lo correcto es modificar el segundo párrafo del inciso 6, para que resulte concorde con todas las modificaciones propuestas anteriormente.

contencioso. El juez resolverá en 7 días hábiles, sin embargo a efecto de la realidad judicial, la notificación con la resolución que declare la separación convencional de los cónyuges, llegará en un plazo de 15 días hábiles, esta resolución producirá los efectos de la separación de cuerpos establecida en el Código Civil. La ley estipula, que los esposos, podrán solicitar el divorcio ulterior, después de un plazo de 02 meses, el cual ameritará una resolución con el mismo plazo de la notificación anteriormente mencionada. Comprendemos que en el mejor de los casos, y actuando con la debida diligencia, el proceso durará aproximadamente 04 meses, sin que hubiera sucedido inconvenientes de carácter extraordinario (vacaciones del poder judicial, huelga de la magistratura, problemas en la notificación, entre otros) que posiblemente dupliquen el tiempo.

Por último, resaltamos y reafirmamos, el tercer párrafo del inciso 6, respecto a la disposición y jurisdicción del juez, de desestimar cualquier presunción, si se hubiere realizado una prueba de valor científico.

Resulta preponderante rescatar las soluciones, ante las variables propuestas (modificación y derogación). Se aprecia solucionado:

1. Con la incorporación de un segundo párrafo al art.362, el hecho de que el menor se presuma fruto de una relación matrimonial¹¹, por ende de un marido que no es su padre.
Hemos propiciado y reconocido legítimamente, su derecho a la identidad y libertad, y parte), sino sus verdaderos lazos sanguíneos y, absolutamente todo lo concerniente a su estado civil (preponderamos, no el honor y el vínculo de un matrimonio (del cual él no debe formar nombres, apellidos, herencia, alimentos, entre otros).
En concordancia con esto, también se desprende del reconocimiento, la posibilidad del padre y la madre (voluntarios), de reconocer a su menor hijo, que con la ley existente, resulta imposible.
2. Con la incorporación de un segundo párrafo al art. 396, simplemente actúa como excepción, y guarda concordancia con el segundo párrafo del art. 362, si la persona se encuentra en separación de cuerpos, en la figura que engloba los supuestos que analizamos, y el menor es reconocido tanto por la madre como por el padre biológico. La propuesta cobra sentido, y soluciona el problema del marido, de tener que interponer en la vía judicial una demanda de impugnación o negación de paternidad. En resumen, si la ley no presume padre al marido, ya no tendría cabida la posibilidad de interponer una demanda, por no encontrarse con el legítimo interés.
3. La última modificación del segundo párrafo del art. 402, es colindante con los artículos anteriores, nuestro objetivo es que exista relación armónica en la teoría y la aplicación de la norma.

Nuestras propuestas buscan otorgarle a la normativa concerniente, un sentido de igualdad y veracidad al derecho de identidad, y por subsiguiente, al derecho del niño a ser reconocido.

Tanto el artículo como las propuestas, se han plasmado desde una perspectiva en pro del menor, porque consideramos a este, como pilar fundamental de protección por parte de la familia y el estado, debiéndole brindar la atención especial y la protección específica que merece, ya que se convertirá en agente activo, no solo en su familia sino en nuestra sociedad.

¹¹ Aplicándose el razonamiento con el que formulamos en nuestra propuesta. En un caso hipotético, si bien los registros nos muestran a una madre casada, la realidad no es concorde con su verdadero estado civil, y en los casos específicos de separación de cuerpos, se puede comprobar su verdadero estado y voluntad.

Finalmente, se deposita en cada niño de nuestro país y del mundo, una luz de esperanza, porque confiamos y creemos, en un mejor futuro, plasmado en los diversos ámbitos de la vida cotidiana (social, jurídica, económico, medio ambiental, criminológico, entre otros), en los que se desarrollarán, como hombres de paz, verdad y justicia.

□ Conclusiones

1. El derecho a la identidad, engloba un conjunto de derechos inherentes a toda persona, y en especial sentido, a todo niño. Abarca el derecho al nombre, nacionalidad, filiación, entre muchos otros que resultan necesarios para configurar el verdadero universo del menor.
2. El derecho a la filiación es un derecho derivado, del derecho a la identidad, consagrado en el conglomerado de instrumentos jurídicos reconocidos en nuestra normativa.
3. La legislación en materia de filiación extramatrimonial, aún cuenta con unos vacíos legales, que en la praxis, traen consigo, problemas que resultan de la falta de adecuación de la norma con la realidad social.
4. La normativa respecto a la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada, desde nuestra perspectiva, no es pertinente y adecuada, con la realidad social, además, no es una ley, que ayude a la resolución del conflicto que se genera entre las partes en pro del menor, por el contrario, puede en la aplicación procesal, generar un daño este último, al prevalecer la prueba legal, por sobre la prueba biológica.
5. Los jueces deben aplicar la ley en los procesos judiciales, sin embargo, si afecta principios supremos, como el referido “interés superior del niño”, deben ellos adecuarse al caso específico, y solucionar el conflicto que pueda generarse (ya sea de carácter ético o legal) y decantarse por una sentencia favorable al menor, a pesar de que ello implique, no aplicar la referida ley.
6. Es necesario una reforma en la legislación en materia de filiación extramatrimonial, siguiendo un monitoreo pertinente, y revelando las estadísticas de estos procesos, que impliquen que la norma se adecue, en estos casos, a proteger y velar por el menor y su desarrollo pleno como persona.

□ Recomendaciones

- ANEXO: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN A LOS ARTICULOS N° 362, N° 396 Y N°402 DEL CODIGO CIVIL DE 1984.

NORMA VIGENTE	MODIFICACIÓN PROPUESTA
Art. 362.- Presunción de filiación matrimonial.	Art. 362.- Presunción de filiación matrimonial.
El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.	El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera. Lo dispuesto en el primer párrafo no aplica en casos de separación de cuerpos debidamente comprobada con documento indubitable y/o prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

NORMA VIGENTE	MODIFICACIÓN PROPUESTA
Art. 396.- Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada.	Art. 396.- Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada.
El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.	El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. El registrador deberá permitir el reconocimiento del menor cuando se presente: <ol style="list-style-type: none"> 1. Declaración de voluntad de la madre y el padre. 2. Documento indubitable de separación de cuerpos. 3. Prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza se encuentre con el padre biológico en el momento.

NORMA VIGENTE	MODIFICACIÓN PROPUESTA
<p>Art. 402.- Procedencia de la declaración judicial extramatrimonial.</p>	<p>Art. 402.- Procedencia de la declaración judicial extramatrimonial.</p>
<p>La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:</p> <p>6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.</p> <p>Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.</p> <p>El juez desestimaré 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.</p>	<p>La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:</p> <p>6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.</p> <p>Lo dispuesto en el presente inciso se rige bajo el art. 396.</p> <p>El juez desestimaré 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.</p>

Referencias Bibliográficas

1. EZAINE, Amado. Diccionario Jurídico- Parte Civil. Segunda Edición. A.F.A Editores Importadores.1991. Lima, Perú.

2. ORTIZ DE ROSAS, Abel. Derecho a la identidad. En: La Ley. N°222. 2005. Buenos Aires, Argentina.
3. RIVERO HERNANDEZ, Francisco. El interés del menor. Editorial: Dykinson S.L. 2000. Madrid, España.
4. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. El proceso de filiación extramatrimonial. Gaceta jurídica. 2006. Lima, Perú.

□ Bibliografía complementaria

1. CORDERO CURTILLAS, Iciar. La impugnación de paternidad matrimonial. Segunda Edición. Publicación de la Universidad Jaume I.2001. España.
2. GONZALES PERES, Maricela. La verdad biológica en la determinación de la filiación. Editorial Dykinson.2013. Madrid. España.
3. MARTINEZ CALCERRADA, Luis. El derecho comparado ante la filiación extramatrimonial. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1971. España.
4. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Derecho privado. Parte Especial. Tomo IX. Bookseller.2001. Campinas, Brasil.
5. VASQUEZ GARCÍA, Yolanda. Derecho de Familia Tomo II. Editorial Huallaga.1998. Lima, Perú.