

UNIVERSIDAD DE HUANUCO
ESCUELA DE POSGRADO
PROGRAMA ACADÉMICO DE DOCTORADO EN
DERECHO



UDH
UNIVERSIDAD DE HUANUCO
<http://www.udh.edu.pe>

TESIS

**“RECONOCIMIENTO DEL HIJO MATRIMONIAL POR EL PADRE
BIOLÓGICO Y SU DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA SEDE
JUDICIAL DE HUÁNUCO - 2017”**

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTORA EN
DERECHO

AUTORA: Fernández Yábar, Rocío Isabel

ASESOR: Zevallos Acosta, Uladislao

HUÁNUCO – PERÚ

2020



U

TIPO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

- Tesis (X)
- Trabajo de Suficiencia Profesional ()
- Trabajo de Investigación ()
- Trabajo Académico ()

LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN: Desarrollo de estudios en derechos sustantivos y procesales en constitucional, civil, penal, laboral, tributario, administrativo y empresarial

AÑO DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN (2018-2019)

CAMPO DE CONOCIMIENTO OCDE:

Área: Ciencias Sociales

Sub área: Derecho

Disciplina: Derecho

D

DATOS DEL PROGRAMA:

Nombre del Grado/Título a recibir: doctora en derecho

Código del Programa: P20

Tipo de Financiamiento:

- Propio (X)
- UDH ()
- Fondos Concursables ()

DATOS DEL AUTOR:

Documento Nacional de Identidad (DNI): 22410797

DATOS DEL ASESOR:

Documento Nacional de Identidad (DNI): 22507458

Grado/Título: Doctor en derecho

Código ORCID: 0000-0003-3647-3224

H

DATOS DE LOS JURADOS:

N°	APELLIDOS Y NOMBRES	GRADO	DNI	Código ORCID
1	Espinoza Zevallos, Rodolfo Jose	Doctor en derecho	22503540	0000-0002-7705-7270
2	Carbajal Veramendi, Millen Felo	Doctor en derecho	22506625	0000-0001-7468-5821
3	Ponce E Ingunza, Felix	Doctor en ciencias de la educación	22402569	0000-0003-0712-1414



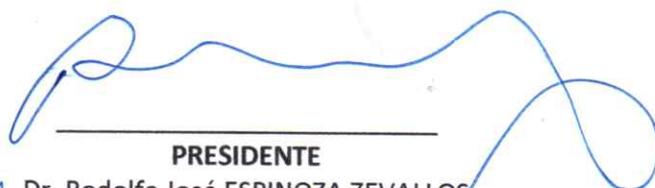
ACTA DE SUSTENTACIÓN DEL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

En la ciudad de Huánuco, Auditorio de la Universidad de Huánuco, a los dieciocho días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, siendo las 19.00 horas, los Jurados, docentes en la Universidad de Huánuco, **Dr. Rodolfo José ESPINOZA ZEVALLOS, Presidente, Dr. Millen CARBAJAL VERAMENDI, Secretario, y Dr. Félix PONCE e INGUNZA, Vocal,** respectivamente; nombrados mediante **Resolución N° 833-2018-D-EPG-UDH**, de fecha diecisiete de diciembre del año dos mil dieciocho y la aspirante al Grado Académico de Doctor, **Mg. Roció Isabel FERNÁNDEZ YÁBAR.**

Luego de la instalación y verificación de los documentos correspondientes, el Presidente del jurado invitó al graduando a proceder la exposición y defensa de su tesis intitulada. **"RECONOCIMIENTO DEL HIJO MATRIMONIAL POR EL PADRE BIOLÓGICO Y SU DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA SEDE JUDICIAL DE HUÁNUCO - 2017"**, para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, luego el Presidente del jurado comunicó el resultado, habiendo obtenido la nota **cualitativa** de Muy Buena con la calificación **cuantitativa** de (en letras) Dieciocho; al mismo tiempo recomendó a la Escuela de Post Grado, se le otorgue el grado académico de Doctor en Derecho, a la graduando **Mg. Roció Isabel FERNÁNDEZ YÁBAR**

Se suscribe la presente Acta en tres originales y siendo las 20.45 horas, se da por concluido el acto académico de sustentación.



PRESIDENTE
Dr. Rodolfo José ESPINOZA ZEVALLOS



SECRETARIO
Dr. Millen CARBAJAL VERAMENDI



VOCAL
Dr. Félix PONCE e INGUNZA

DEDICATORIA

A Dios, por ser el centro de mi vida y permitirme concluir esta etapa de mi vida profesional.

A Rosa Yábar, mi madre quien siempre me ha brindado sus sabios consejos para ser una mujer de bien. Y, un homenaje a mi padre, Andrés Fernández Garrido, que desde lo alto, ilumina mi camino.

A mi esposo Rubén, por su amor, apoyo y fortaleza.

A mis hijos Silvana e Ítalo, porque ellos constituyen mi fuente de inspiración para superarme día a día.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a todas las personas que laboran en la Unidad de Postgrado de la Universidad Privada Huánuco, a los docentes del Doctorado en Derecho, por su dedicación y profesionalismo.

De manera especial agradezco a mi asesor de tesis Dr. Uladislao Zevallos Acosta por su apoyo y guía en la elaboración de la presente tesis doctoral.

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
ÍNDICE	IV
ÍNDICE DE TABLAS	VII
ÍNDICE DE GRÁFICOS	VIII
RESUMEN.....	IX
ABSTRACT	XII
RESUMO	XIV
INTRODUCCIÓN.....	XVI
CAPÍTULO I.....	18
PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN	18
1.1. Descripción del problema	18
1.2. Formulación del problema.....	23
1.2.1. Problema General	23
1.2.2. Problemas Específicos.....	23
1.3. Objetivo general	24
1.4. Objetivos específicos.....	24
1.5. Trascendencia de la investigación.....	25
1.6. Limitaciones de la investigación	25
1.7. Viabilidad de la investigación.....	26
CAPÍTULO II.....	27
MARCO TEÓRICO	27
2.1. Antecedentes de la investigación	27
21.1. A nivel nacional	27
2.2. Bases teóricas	31
221. Filiación Extramatrimonial, de Hijo de la Mujer Casada	31
222. Impugnación de la paternidad	33
223. Verdad Biológica	36
224. Derecho a la Identidad	38
225. Protección al menor	39
2.3. Bases Filosóficas.....	41
2.4. Definiciones conceptuales	44

2.5. Sistema de Hipótesis y Variables	49
281. Hipótesis General.....	49
282. Hipótesis Específicas	49
2.9. Sistema de variables	50
291. Independiente: (X).....	50
292. Dependiente: (Y)	50
2.10. Operacionalización de variables (Dimensiones e indicadores).....	50
CAPÍTULO III.....	51
MARCO METODOLÓGICO.....	51
3.1. Tipo de investigación	51
31.1. Enfoque.....	51
31.2. Alcance o nivel	51
31.3. Método	52
31.4. Diseño	52
3.2. Población y muestra	53
32.1. Población	53
CUADRO N° 01	54
32.2. Muestra	54
CUADRO N° 02 CASOS JUDICIALES.....	55
CUADRO N° 03	56
3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	56
33.1. Análisis de Casos.....	56
33.2. Encuesta	57
33.3. Revisión Bibliográfica	57
3.4. Técnicas para el procesamiento y análisis de la información	57
CAPÍTULO IV	58
RESULTADOS	58
4.1. Relatos y descripción de la realidad observada	58
CAPÍTULO V	70
DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	70
5.1. Comprobación de la hipótesis general.....	70
5.2. Solución del problema	72
5.3. Sustentación de la propuesta	72

5.4. Propuesta de nueva hipótesis	72
5.6. Aporte científico.....	72
CONCLUSIONES	74
RECOMENDACIONES.....	76
PROPUESTA LEGISLATIVA.....	78
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80
ANEXOS.....	84

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.....	58
Tabla 2 Evaluación de la muestra respecto a los niveles del reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en relación con la filiación extramatrimonial, Huánuco - 2017.....	60
Tabla 3 Consideración de la muestra respecto a los índices de la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en los procesos de impugnación de paternidad, Huánuco 2017.	62
Tabla 4 Calificación de la muestra sobre el nivel de la falta de reconocimiento por el padre biológico en relación con el derecho a la identidad, Huánuco 2017.	64
Tabla 5 Consideración de la muestra sobre el reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico afirma el derecho a la identidad como un derecho fundamental, Huánuco 2017.....	66
Tabla 6 Consideración de la muestra respecto a que la Casación N° 2726 – 2012 – Del Santa, sobre la aplicación del control difuso, prevaleciendo el derecho a la identidad sobre la presunción de paternidad, ha resuelto el problema del reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico, Huánuco - 2017	68

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1	59
Gráfico 2	60
Gráfico 3	62
Gráfico 4	64
Gráfico 5	66
Gráfico 6	68

RESUMEN

El objetivo general de la presente tesis fue determinar de qué manera la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico influye en su derecho a la identidad en la sede judicial de Huánuco – 2017.

Metodológicamente el enfoque de la tesis fue cuantitativo con un nivel explicativo, se ha utilizado el método deductivo y el diseño ha sido causal no experimental, la muestra que se ha utilizado ha sido obtenida de modo no probabilístico a intención de la investigadora se tomó el 100.0 % de los casos judiciales tramitados durante el 2017 sobre reconocimiento judicial de paternidad por parte del padre biológico de hijo matrimonial, tramitado en los tres Juzgados Especializados de Familia de Huánuco, así como a los tres Jueces Especializados de Familia, tres Asistentes de Juez, nueve Secretarios Judiciales, seis Técnicos Judiciales y ocho abogados que han presentado los casos judiciales antes citados, en la Sede Judicial de Huánuco – 2017.

De los resultados obtenidos se ha logrado comprobar la hipótesis general propuesta al inicio de la presente investigación: la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye significativamente en el Derecho a la Identidad del menor en la Sede Judicial de Huánuco – 2017.

El petitorio de la demanda se ha sustentado en el reconocimiento de hijo matrimonial por el padre biológico; siendo que el 80.0% de éstos los jueces han emitido resolución de rechazo liminar de la demanda porque el Juez ha considerado que prevalece la presunción de la paternidad del hijo matrimonial y en el 20.0% se ha dado trámite (aún sin sentencia), del mismo modo se ha observado que en ningún caso se ha aplicado la Sentencia Casatoria N° 2726 – 2012 – Del Santa.

No existen niveles de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en relación con la filiación extramatrimonial, ello porque no existe un trámite procesal que se aplica para el petitorio y también porque los jueces rechazan de manera liminar las demandadas, basados en la presunción de paternidad (100.0% de Jueces y Asistentes de Juez, el 66.7% de Secretarios

y Técnicos Judiciales y el 60.0% de Abogados), de otro lado la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en los procesos de impugnación de paternidad es alta, ello porque los padres biológicos accionan tal impugnación para que se declare la filiación extramatrimonial del hijo matrimonial, pero durante el 2017 no se ha producido ninguna declaración toda vez que en un gran porcentaje se produjo el rechazo liminar, de ese modo se ha pronunciado la gran mayoría de la muestra (100.0% de Jueces, Asistente de Juez y Abogados), a excepción de los Secretarios Judiciales y Técnicos Judiciales. La falta de reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico se relaciona de manera alta con el derecho a la identidad, que corresponde al derecho de toda persona a conocer a sus padres o ascendientes, derecho fundamental que se vulnera cuando no se puede accionar tal reconocimiento por la presunción de paternidad, de ese modo se ha pronunciado la mayoría de la muestra (100.0% de Jueces, Asistentes de Juez, Secretarios Judiciales) a excepción de los Técnicos Judiciales. El reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico afirma el derecho a la identidad como derecho fundamental, lo que es correcto, porque este derecho debe prevalecer sobre cualquier tipo de presunción, así lo confirmó la mayoría de la muestra (100.0% de Jueces, Asistentes de Juez, Técnico Judicial y Abogados, además del 77.8 % de Secretarios Judiciales).

La Sentencia Casatoria N° 2726 – 2012 – Del Santa ha establecido que el derecho a la identidad del hijo prevalece sobre el de presunción de inocencia, consideramos que ello no ha resuelto el problema toda vez que la misma no es vinculante, y puede ser aplicada por el Juez, de acuerdo a su criterio, mediante el control difuso, que genera además un trámite adicional de elevarse con consulta a la Corte Suprema, que demanda tiempo y gasto en el justiciable, en ese mismo sentido se ha pronunciado una gran mayoría de la muestra (100.0% de Jueces, Asistente de Juez, además del 66.7% de los Secretarios y Técnicos Judiciales y el 80.0% de Abogados).

Palabras clave: hijo extramatrimonial, hijo matrimonial, hijo de mujer casada, filiación, filiación extramatrimonial, impugnación de paternidad, protección al menor, verdad biológica.

ABSTRACT

The general objective of this thesis was to determine how the lack of recognition of the married son by the biological father influences his right to identity at the judicial headquarters of Huánuco - 2017.

Methodologically, the thesis approach was quantitative with an explanatory level, the deductive method has been used and the design has been non-experimental, the sample that has been used has been obtained in a non-probabilistic way, 100.0% of the judicial cases processed during 2017 on judicial recognition of paternity by the biological father of a married son, processed in the three Specialized Family Courts of Huánuco, as well as the three Specialized Family Judges, three Judge Assistants, nine Judicial Secretaries, six Judicial Technicians and eight lawyers who have presented the aforementioned judicial cases, in the Judicial Headquarters of Huánuco - 2017.

From the results obtained, it has been possible to verify the general hypothesis proposed at the beginning of the present investigation: the lack of Recognition of the Married Son by the Biological Father significantly influences the Right to Identity of the minor in the Judicial Headquarters of Huánuco - 2017.

The request for the claim has been based on the recognition of a marital child by the biological father; being that 80.0% of these judges have issued a resolution limiting the demand because the judge has considered that the presumption of paternity of the child marital prevails and in 20.0% has been processed (even without judgment), the same It has been observed that in no case has the Casatory Judgment N ° 2726 - 2012 - Del Santa been applied. There are no recognition levels of the marital child by the biological father in relation to extramarital filiation, this is because there is no procedural procedure that applies to the petition and also because the judges reject the defendants in a liminal manner, based on the presumption of paternity. (100.0% of Judges and Assistant Judges, 66.7% of Secretaries and Judicial Technicians and 60.0% of Lawyers), on the other hand the lack of recognition of the marital child by the biological father in the processes of challenge of

paternity is high, this is because the biological parents act on such a challenge to declare the extramarital filiation of the marital child, but during 2017 no declaration has been made since in a large percentage there was a liminal rejection, in this way the great majority of the sample (100.0% of Judges, Assistant Judge and Lawyers), with the exception of Judicial and Technical Secretaries Judicial.

The lack of recognition of the marital child by the biological father is highly related to the right to identity, which corresponds to the right of every person to know their parents or ascendants, a fundamental right that is violated when it can not be triggered. recognition by the presumption of paternity, in this way the majority of the sample has been pronounced (100.0% of Judges, Assistants of Judge, Judicial Secretaries) with the exception of the Judicial Technicians.

The recognition of the marital child by the biological father affirms the right to identity as a fundamental right, which is correct, because this right must prevail over any type of presumption, as confirmed by the majority of the sample (100.0% of Judges, Assistant Judge, Judicial Technician and Lawyers, in addition to 77.8% of Judicial Secretaries)

The Casatoria Sentence N ° 2726 - 2012 - Del Santa has established that the right to the identity of the son prevails over the presumption of innocence, we consider that this has not solved the problem since it is not binding, and can be applied by the Judge, according to his criteria, through diffuse control, which also generates an additional procedure to be raised with consultation to the Supreme Court, which demands time and expense in the defendant, in the same sense a large majority of the sample (100.0% of Judges, Assistant Judge, in addition to 66.7% of the Secretaries and Judicial Technicians and 80.0% of Lawyers).

Keywords: extramarital son, marital son, son of married woman, filiation, extramarital filiation, challenge of paternity, protection of the minor, biological truth.

RESUMO

O objectivo geral desta tese foi determinar como a falta de reconhecimento de casamento infantil pelo pai biológico influencia o seu direito à identidade na Judicial Sede Huanuco - 2017.

Metodologicamente a abordagem da tese foi quantitativa com um nível explicativo, foi utilizado o método dedutivo e design houve causal experimental, a amostra que foi utilizada foi obtida a partir intenção modo não-probabilística da pesquisa foi tomado 100.0 % dos casos judiciais apresentados durante 2017, o reconhecimento judicial de paternidade pelo filho casado pai biológico, processados nos três tribunais de família especiais Huanuco, bem como três juízes especialistas família, três assistentes Julgue nove secretários legais, seis técnicos judiciais e oito advogados que entraram com processos judiciais mencionados acima, o judicial Sede Huanuco - 2017.

A partir dos resultados foi possível verificar a hipótese geral proposta no início desta pesquisa: a falta de reconhecimento de Matrimonial Filho pelo pai biológico influencia significativamente o direito à identidade da criança na Judicial Sede Huanuco - 2017.

O pedido de reivindicação foi baseado no reconhecimento de uma criança conjugal pelo pai biológico; Desde 80,0% desses juízes emitiram resolução rejeição liminar do processo porque o juiz considerou que prevalece a presunção de paternidade do casamento infantil e 20,0% foi processado (mesmo sem julgamento), o mesmo Foi observado que em nenhum caso o Julgamento Casatório N ° 2726 - 2012 - Del Santa foi aplicado.

Há níveis de reconhecimento da criança civil pelo pai biológico relação extraconjugal filiação porque há um passo processual que se aplica ao pedido e também porque os juízes rejeitar o caminho liminar os réus, com base na presunção de paternidade (100,0% dos juízes e Assistant Judge, 66,7% dos funcionários e Judicial Técnica e 60.0% dos Advogados), por outro lado, a falta de reconhecimento da criança civil pelo pai biológico no

processo de contestar a paternidade é alta, isso é porque os pais biológicos desencadearam um desafio para extramatrimonial filiação do casamento infantil é declarado, mas durante 2017 não houve nenhuma declaração desde que em uma grande porcentagem ocorreu rejeição liminar, assim se pronunciou o grande a maioria da amostra (100,0% de juízes Assistente de juiz e advogados), exceto Rechtspfleger e Judi Técnico cial.

A falta de reconhecimento da criança civil pelo pai biológico está relacionado à alta moda com o direito à identidade, o que corresponde ao direito de todos a conhecer seus pais ou antepassados, direito fundamental é violado quando você não pode operar tais reconhecimento pela presunção de paternidade, desse modo, tem falado mais amostra (100,0% de juizes, assistentes juiz, Rechtspfleger) excepto judicial técnica.

Reconhecimento da criança civil pelo pai biológico afirma o direito à identidade como um direito fundamental, o que é certo, porque esse direito deve prevalecer sobre qualquer presunção, o que foi confirmado pela maioria da amostra (100,0% dos juízes, Juiz Assistente, Técnico Judiciário e Advogados, além de 77.8% dos Secretários Judiciais)

Julgamento Casatoria No. 2726 - 2012 - Santa estabeleceu que o direito à identidade da criança supera a presunção de inocência, acreditamos que isso não resolveu o problema sempre que não é vinculativo, e pode ser aplicado pelo juiz, de acordo com seus critérios, pelo controle fuzzy, ele também gera um passo adicional de se elevar com consulta à Suprema Corte, que exige tempo e despesa no justiciable, na mesma veia descartou a grande maioria dos a amostra (100,0% dos juízes, Assistente de juiz, além de 66,7% dos secretários e Judicial técnicas e 80.0% Bar).

Palavras-chave: criança fora do casamento, o casamento infantil, criança de uma mulher casada, filiação, filiação extraconjugal desafio de paternidade, proteção à criança, verdade biológica.

INTRODUCCIÓN

El tema que se ha desarrollado en la presente tesis es sobre el Derecho de Familia, cuyo título es: "Reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico y su derecho a la identidad en la sede judicial de Huánuco - 2017". El trabajo de investigación es trascendente porque teóricamente nos permitió generar nuevas concepciones respecto a las nuevas tendencias del reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en el derecho a la identidad, pues ha estado orientada a solucionar problemas que se presentan en el entorno social y jurídico, así como en lo académico. La investigación sirve como aporte y modelo en una lógica de la investigación a nivel de postgrado, pre grado entre otros niveles de investigación respectivamente.

El tema tratado en esta tesis tiene repercusión nacional, pero por razones económicas y de tiempo sólo hemos abarcado la sede judicial de Huánuco durante el año 2017.

Para el presente estudio, en su conjunto, se ha establecido el siguiente esquema: en el Capítulo I, se plantea y formula el problema de investigación, los objetivos así como la trascendencia, justificación, limitaciones y viabilidad de la investigación. En el Capítulo II se desarrolló el marco teórico, sobre el que se desenvuelve el problema investigado, estimándose pertinente un estudio preliminar del concepto matrimonio, separación de cuerpos, divorcio, nulidad de matrimonio, un análisis de la formación legislativa de la norma bajo examen, la jurisprudencia vinculante sobre la misma; se consultó legislación, doctrina e incluso alguna jurisprudencia del derecho comparado, para luego evaluar sus bases filosóficas, definiciones conceptuales, el sistema de hipótesis y la sistematización de variables. En el Capítulo III, se desarrolló la metodología; es decir, el tipo de investigación, el diseño, la población, muestra, instrumentos y técnicas utilizadas, sobre los cuales se basó la investigación; en el Capítulo IV se presentan los resultados, mediante los relatos y descripción de la realidad observada, además de éstos en tablas y gráficos. En el Capítulo V, se desarrolla la discusión de resultados, encontrados a lo largo de toda la investigación; y, finalmente se

exponen las conclusiones, sugerencias, y se alcanza una propuesta legislativa modificatoria de la institución bajo análisis; también se detallan las referencias bibliográficas que sirvieron de consulta para la presente investigación y se adjuntan los anexos a la misma

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

La Constitución de 1979, dedicó un capítulo entero a la familia y al reconocimiento de sus derechos; estableció por primera vez el deber del Estado y de la sociedad de proteger a la familia, así como incorporó a las uniones de hecho o llamadas concubinato, reconociéndole como una fuente de familia, además de la familia matrimonial. Del mismo modo, dicha Constitución estableció la igualdad de la mujer y del hombre, así como la igualdad de todos los hijos, dejando así la distinción entre los hijos legítimos (nacidos dentro del matrimonio) e hijos ilegítimos (nacidos fuera del matrimonio).

Mientras que la **Constitución Política del Estado de 1993** sólo hace referencia a la familia en su artículo 4°, al señalar que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio, es decir, que a nivel constitucional el Estado Peruano prioriza al matrimonio como principal fuente de la familia, sin desconocer claro está, a las uniones de hecho.

Bajo la vigencia de la Carta Magna de 1979 se promulgó el Código Civil de 1984, el cual dedica todo el Libro III al Derecho de Familia y refiere que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú y define al matrimonio en su artículo 234° como *“la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”*.

Dentro de este Libro de Derecho de Familia, nuestro Código Civil, le dedica al matrimonio y sus efectos casi 100 artículos, mientras que a las uniones de hecho sólo un artículo que es el 326°.

Como vemos, tanto la Constitución de 1979, la Constitución Política del Estado de 1993 como el Código Civil de 1984, propugnan la relación matrimonial como el más valioso origen de la familia.

El matrimonio, desde el momento mismo de su celebración crea relaciones personales entre los cónyuges, generando deberes y derechos, tales como la asistencia mutua, la cohabitación, la fidelidad, la igualdad en el gobierno del hogar y se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos.

Sin embargo, la vocación perpetua que debe tener el matrimonio, en los últimos años en nuestro país ha venido decreciendo por diversas causas como la violencia familiar, el consumo de alcohol, la infidelidad, el desarrollo informático, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral, entre otras, lo que ha dado origen a la formación de nuevos tipos de familias y a su vez a nuevos problemas tanto sociales como jurídicos, precisamente uno de estos problemas es la actual presunción *pater is* o **presunción de paternidad** que se encuentra establecida en el artículo 361° del Código Civil que señala *“El hijo nacido dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”* y el artículo 362° establece la presunción de hijo matrimonial al determinar que *“El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”*. Mientras que el artículo 396° refiere que *“El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”*.

Entonces, tenemos que nuestra actual legislación civil ha establecido que el hijo que nazca dentro del matrimonio será considerado obligatoriamente como hijo del marido; sin embargo, en el Perú, sus regiones y específicamente en la ciudad de Huánuco las familias matrimoniales se han ido deteriorando con el paso de los años y muchas mujeres han procreado hijos con otras parejas que no son

precisamente sus maridos, con quienes en muchos casos ya no hacen vida en común [por encontrarse separados más no divorciados], sino que conviven con el padre de su hijo extramatrimonial, quien no puede obtener la identidad que verdaderamente le corresponde, ya que este hijo será considerado como hijo del marido de la mujer, más no así como hijo del actual conviviente y padre biológico del niño, lo cual afecta su derecho a su verdadera identidad, problemática relacionada directamente con el reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico.

Nuestra legislación sustantiva civil, sólo le otorga la facultad de contestar o negar la paternidad del hijo extramatrimonial nacido dentro de la vigencia del matrimonio al marido, potestad que es exclusiva al varón, ya que como vimos el hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea considerada como adúltera, es decir, que la declaración de la mujer en el sentido que su hijo tiene como padre a otra persona que no es su cónyuge, no tiene validez legal en nuestro sistema jurídico, lo que a su vez también demuestra que la supuesta igualdad entre hombres y mujeres es aún ilusoria, en algunos casos como éste.

El único que “puede” contestar o negar su paternidad respecto del hijo nacido dentro del matrimonio, es el marido, es decir, puede o no negar la paternidad, puesto que no está obligado a hacerlo, ya que si su voluntad es mantener la paternidad de un hijo que no es suyo, pero que nació dentro de su matrimonio, según nuestra legislación vigente, nadie puede obligarle a negarlo, aun así se niegue al hijo su verdadera identidad biológica, dejando de lado lo que preconizan los instrumentos internacionales y nacionales sobre el Interés Superior del Niño y Adolescentes y su atención prioritaria.

Los únicos supuestos por los cuales el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo, son los siguientes:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintidós días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

4. Cuando adolezca de impotencia absoluta y

5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. 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.

Entonces, el problema surge cuando el marido no quiere contestar o negar la paternidad de un hijo que no es suyo, a sabiendas que es hijo de otra persona con su mujer concebido dentro de su matrimonio. Nuestra legislación actual no permite que el verdadero padre o padre biológico pueda reconocer al hijo extramatrimonial nacido dentro del matrimonio e impide a su vez que el hijo que puede ser un niño o un adolescente cuente con su auténtica filiación y lleve su verdadero apellido, pues su filiación operó bajo la presunción de hijo matrimonial, afectando grandemente su derecho a la identidad.

El padre biológico carece de interés para obrar en una acción de Impugnación de Reconocimiento en contra del padre legal, que es el marido, pues la norma sustantiva civil no le otorga dicha prerrogativa, por el contrario, el artículo 396° del Código Civil lo excluye totalmente. No obstante, de que en muchos casos el niño o el adolescente tiene el estado constante de familia con el padre biológico y la madre, es decir, los tres hacen vida en común dentro de una unión de hecho impropia.

La situación antes descrita está trayendo muchos problemas tanto sociales como jurídicos, en razón de que se está afectando gravemente la filiación de los niños y adolescentes del país y en concreto de la ciudad de Huánuco, ya que al ser la filiación parte del derecho fundamental a la identidad, conlleva a que estos hijos no puedan

disfrutar del apellido de su padre biológico y de los familiares consanguíneos de éste, ni puedan obtener beneficios como pensión alimenticia, atenciones médicas, seguros, herencias, entre otros.

En este contexto, debemos tener presente que los tratados internacionales de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú han sido posteriores a la Constitución de 1979, encontrándose dentro de ellos a la Convención sobre los Derechos del Niño que forma parte del derecho nacional desde 1990, en mérito a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993; cuyas disposiciones relacionadas con la filiación son las siguientes:

Artículo 3 *“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

Artículo 7 *“1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.*

De lo que podemos observar que la Convención sobre los Derechos del Niño, eleva a un lugar privilegiado el interés superior del niño y dentro de ello su derecho fundamental a la identidad, lo que nuestra legislación civil viene trasgrediendo con una normatividad que no se encuentra acorde a nuestros tiempos, ya que no solo vulnera el derecho del niño y del adolescente a su identidad, sino que, además, se limita el derecho del padre biológico de reconocer a su propio hijo.

Por otro lado, cabe precisar que respecto a este caso se ha dictado la Casación N° 2726 – 212 – Del Santa, resolución suprema que ha establecido que si bien debe prevalecer el derecho a la identidad sobre el de presunción de paternidad, respecto al reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico, tal reconocimiento puede efectuarse cuando el juez en cada caso concreto aplica el control difuso de las normas; es decir prefiere la norma constitucional sobre la

del derecho civil; sin embargo ello no ha resuelto el problema, porque ésta no modifica las normas en cuestión, sino que deja a la potestad del juez de inaplicar la norma en cada caso concreto, sentencia que tiene que ser elevada en consulta a la Corte Suprema de Justicia de la República, lo que demanda un exceso de tiempo para resolver el caso, pudiendo pasar entre dos o tres años desde que fue elevado en consulta y no es aplicable para los demás procesos que pudieran generarse, ya que solo es vinculante para el caso materia de consulta por la aplicación del control difuso; además que encarece el proceso, dado que las partes muchas veces tienen que trasladarse hasta la ciudad de Lima para efectos de su defensa, siendo lo más viable la modificatoria de la norma civil, en este contexto surgen las siguientes interrogantes:

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema General

PG. ¿De qué manera la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye en su Derecho a la Identidad en la Sede Judicial de Huánuco - 2017?

1.2.2. Problemas Específicos

PE1. ¿Cómo la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico se relaciona con la Filiación extramatrimonial en la Sede Judicial de Huánuco - 2017?

PE2. ¿Cómo la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye en la Impugnación de la Paternidad, en la Sede Judicial de Huánuco - 2017?

PE3. ¿De qué manera la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye en su Derecho a la Identidad, en la Sede Judicial de Huánuco - 2017?

PE4. ¿De qué manera la modificatoria de los artículos 396° y 404° del Código Civil Peruano vigente bajo el enfoque del Reconocimiento del

Hijo Matrimonial por el Padre Biológico, ha de contribuir a su Derecho a la Identidad, en la Sede Judicial de Huánuco - 2017?

PE5. ¿En qué medida la Casación N° 2726 – 2012 – Del Santa, al establecer que el juez puede hacer un control difuso para prevalecer el derecho a la identidad sobre el de presunción de paternidad no ha resuelto el problema del reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico, en la Sede Judicial de Huánuco - 2017?

1.3. Objetivo general

OG. Determinar de qué manera la falta Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye en su Derecho a la Identidad en la Sede Judicial de Huánuco - 2017

1.4. Objetivos específicos

OE1. Establecer la relación entre la falta Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico y la Filiación extramatrimonial en la Sede Judicial de Huánuco.

OE2. Determinar la influencia de la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico en la Impugnación de la paternidad en la Sede Judicial de Huánuco – 2017.

OE3. Determinar la manera en la que la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye en su Derecho a la Identidad en la Sede Judicial de Huánuco – 2017.

OE4. Proponer la modificatoria de los artículos 396° y 404° del Código Civil Peruano vigente bajo el enfoque del Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico, que va a contribuir a su Derecho a la Identidad, en la Sede Judicial de Huánuco 2017.

OE5. Evaluar la Casación N° 2726 – 2012 – Del Santa, que establece que el juez puede hacer un control difuso para prevalecer el derecho a la identidad sobre el de presunción de paternidad no ha resuelto el problema del reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico en la Sede Judicial de Huánuco - 2017.

1.5. Trascendencia de la investigación

Teóricamente la investigación nos ha permitido generar nuevas concepciones y, básicamente, respecto a las nuevas tendencias del Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico en el Derecho a la Identidad de Niños y Adolescentes en la Sede Judicial de Huánuco – 2017. Lógicamente, está relacionado con los cambios que se producen en el entorno social, cultural, jurídico, tecnológicos, a través de los sistemas de información, los cambios científicos, económicos, y políticos.

De igual forma, la investigación ha estado orientada a solucionar problemas que puede coadyuvar a la solución de las dificultades que se presentan en el entorno social y jurídico.

Bajo el enfoque técnico, la investigación hizo uso de una lógica perfecta de investigación, a través del manejo de las variables desde el problema, hasta las conclusiones y recomendaciones singularmente.

Académicamente, la investigación servirá como aporte y modelo en una lógica de la investigación a nivel de pos grado, pre grado entre otros niveles de investigación respectivamente.

1.6. Limitaciones de la investigación

Si bien la evidencia del problema de la investigación, se sustenta en hechos concretos, que es de conocimiento de la tesista y su acceso a la información; así como por el conocimiento de teorías relacionadas al reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico y su relación con el derecho a la identidad en la Sede Judicial de Huánuco – 2017, cabe precisar que este problema tiene repercusión nacional, pero la tesis sólo abarcó la Sede Judicial de Huánuco por cuestiones económicas y de tiempo.

1.7. Viabilidad de la investigación

La realización de la presente tesis fue viable, puesto que se tuvo acceso a la información relacionada con la falta del reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico en el entorno del Derecho a la Identidad de niños y adolescentes en la Sede Judicial de Huánuco – 2017; así mismo se contó con la bibliografía respectiva sobre las teorías científicas que el caso amerita, por formación académica y experiencia laboral.

Finalmente, el estudio ha estado orientado a solucionar problemas de carácter social y jurídico que tiene repercusión en nuestro ámbito de las variables de investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. A nivel nacional

Existen algunos artículos jurídicos sobre este tema:

Plácido Vilcachagua, A. (2008). La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial: el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada; publicado en su Blog de Investigaciones y artículos jurídicos sobre Derecho de Familia, de niños y adolescentes y de sucesiones, del día 29/09/08, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Artículo en el cual haciendo referencia al artículo 396° del Código Civil y señala que *“de esta disposición se concluye que, en el supuesto de surgir una controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, el actual ordenamiento civil pondera preferentemente la subsistencia de la presunción de paternidad matrimonial a pesar de la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial”*.

Vargas Morales, Rocío del Pilar (2011). El derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción *pater is est* alcances, límites y necesidad de cambio en el código civil de 1984. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, en la cual la tesista concluye que: “El análisis del derecho de familia y, en concreto, de la presunción *pater is est* se debe realizar con parámetros de derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, en la medida que estos ejercen influencia sobre el primero, ya que de acuerdo al principio de jerarquía la Constitución es la norma máxima del ordenamiento, lo que es consecuencia del fenómeno denominado *“constitucionalización del derecho”*. Los principios constitucionales que influyen en la filiación en el

ordenamiento peruano son: el principio de igualdad, unidad de la filiación, protección integral del niño, protección de la familia, la libre investigación de la paternidad y el derecho a la identidad. La presunción *pater is est* ha pasado de proteger el derecho al honor del marido y la unidad de la familia a amparar el derecho del hijo a la identidad.

Velásquez Rodríguez, T. (2005). ¿Protege el Derecho a la Identidad del Hijo Extramatrimonial? En Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Nro. 25 – 2005. El estudio tiene como finalidad analizar el tema del derecho a la identidad del niño y el adolescente. Estos niños que nacían fuera del matrimonio, antiguamente eran reconocidos como bastardos y no se les confería los mismos derechos que a los hijos matrimoniales. Sin embargo, ya desde 1979 la Constitución Política del Perú ha establecido expresamente, en su Art. 6, que «*Todos los hijos tienen iguales derechos*». Esto luego se repite en nuestra Constitución actual. Pero, además, ya en los dos textos constitucionales se establece que está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres. Creemos que el Art. 6 (último párrafo) de la Constitución) no hace más que reafirmar o ratificar que no se puede hacer ningún trato discriminatorio entre los hijos; es decir, por el simple hecho de que toda persona tiene derecho a la igualdad (Art. 2 inc.), se entiende que ello incluye el no ser discriminado por ser hijo extramatrimonial. Pero aún con esta protección constitucional que se le brinda al hijo extramatrimonial, en la realidad observamos que ello no es suficiente ya que si bien es cierto, se ha logrado establecer expresamente la igualdad entre los hijos matrimoniales con los extramatrimoniales, también es cierto que en la actualidad hay otros derechos fundamentales de los hijos extramatrimoniales que todavía se siguen vulnerando, así, por ejemplo, podemos mencionar que cuando los padres no cumplen con reconocer a sus hijos entre otras cosas se vulnera el derecho a la identidad del niño ya que éste no podrá llevar el apellido de su padre biológico.

Mendoza Rodríguez, J. (2015). Protección del Derecho a la Identidad

biológica con la impugnación de paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica, Tesis para optar el título de abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo. Tesis en la cual concluye: La Impugnación de paternidad protege el derecho a la identidad biológica de un menor tanto en el Perú, como en los países de Argentina, Brasil y Costa Rica; permitiéndole de esta manera al menor conocer y convivir con sus padres biológicos. El reconocimiento de paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada con padre diferente al marido, es aquel acto jurídico que presenta una declaración formal de paternidad realizada por el padre biológico del menor nacido dentro de un matrimonio. Por la presunción *pater is est* prevalece la verdad simulada sobre la verdad identidad biológica, favoreciendo a que los hombres evadan sus obligaciones -legales y morales- concentrándose en las madres la responsabilidad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio. Para resolver las acciones judiciales de impugnación de paternidad extramatrimonial del hijo de mujer casada, los Jueces deben priorizar los principios de protección especial del niño y el interés superior del niño. El derecho a la identidad biológica de un hijo extramatrimonial de mujer casada, depende de la acción del marido para que el padre biológico asuma la paternidad.

Sullón Silupu, I. (2015). "Análisis de la aplicación de la presunción *pater is est* y su afectación al derecho a la identidad del hijo que no es del marido de la mujer casada". Tesis para optar el título de abogado por la Universidad Nacional de Piura Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, en la cual concluye que la aplicación de la presunción *Pater Is est* recogido en el artículo 364 del Código Civil en la cual se basa el plazo de caducidad establecido para la impugnación de paternidad matrimonial y su vigencia mientras dure el vínculo matrimonial afecta el Derecho a la Identidad del hijo que no es del marido de mujer casada, derecho fundamental recogido en nuestra Carta Magna e Instrumentos Internacionales. Independiente de la seguridad jurídica, de la protección a la integridad de la familia, la consagración del matrimonio

que es aquello en que se asienta el principio pater is est, no es menos cierto que el avance de la tecnología (como prueba de ADN que permite saber con certeza la relación biológica entre padre e hijos estableciendo una filiación verdadera) ha traído consigo el establecimiento de nuevos principios como la libre investigación de la paternidad y derecho a la verdad biológica que actualmente son los pilares del Derecho a la Identidad con respecto al establecimiento de la Filiación.

Bravo Cuayla; G. (2016). Regulación de la impugnación de paternidad matrimonial: vulneración del principio del interés superior del niño y propuesta de modificación normativa. Tesis para optar el título de abogado por la Universidad Nacional del Altiplano Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela Profesional de Derecho, en la cual concluye: PRIMERA: La actual regulación de la impugnación de paternidad matrimonial vulnera el principio del interés superior del niño por prevalecer en su contenido la realidad biológica y no la verdad social del hijo, debiendo una propuesta normativa coherente con los derechos involucrados, invertir tal situación. SEGUNDA: La sistematización de los supuestos de procedencia, legitimidad para obrar y plazo de caducidad para la acción de impugnación de paternidad matrimonial que realiza el código civil se han construido en base únicamente al marido como impugnante y a la verificación de la falta de vínculo biológico para su procedencia. Asimismo, la jurisprudencia que se desarrolla sobre la acción revela una mayoritaria y marcada tendencia biologista que resuelve las controversias con un alto nivel de abstracción y no un pormenorizado análisis del caso en concreto.

Pinella Vega, V. (2014). Interés superior del niño/niña vs. Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial. Tesis para optar el título de abogado en por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo Facultad de Derecho de Chiclayo, tesis en la cual concluye: Lo

primordial es preservar el derecho a la identidad y verdad biológica del niño/niña, ante cualquier derecho que pretenda colocar trabas a su correcta aplicación, en base a caprichos injustificados, como lo son los derechos procesales del presunto padre (debido proceso, tutela jurisdiccional y cosa juzgada dentro de un proceso de filiación extramatrimonial), ya que si bien este tiene realmente derechos que están protegidos por el ordenamiento jurídico, entran en controversia con el fundamental del menor a la identidad que guarda relación con el interés superior del niño/niña, el mismo que está por encima de los otros derechos procesales, porque se trata de un derecho que afecta a niños, niñas y adolescentes, por lo que merece una mayor protección.

2.2. Bases teóricas

221. Filiación Extramatrimonial, de Hijo de la Mujer Casada

Por filiación debemos entender que corresponde a la relación de descendencia entre un grupo de personas se van uniendo porque unas engendran a otras, de las cuales surgen vínculos familiares de consanguinidad, es decir de ser padre o madre de otra persona, la misma que crea una situación de estado civil y de relaciones familiares, por ende nacen derechos y obligaciones que los vinculan como de alimentos hereditarios, (Gallegos Canales & Jara Quispe, 2009, p. 253)

Al respecto debemos precisar que la filiación será matrimonial cuando el hijo es concebido dentro del vínculo matrimonial, es decir cuando los presuntos padres tienen el estado civil de casados, frente a esta situación se parte de la presunción de la paternidad, es decir se presume como padre al cónyuge si el hijo ha nacido dentro del matrimonio e incluso dentro de los trescientos días siguientes a su fenecimiento, esta presunción tiene como fundamento que los cónyuges cohabitan, es decir comparten techo y lecho, por ende tienen relaciones sexuales, en la aptitud del cónyuge a engendrar y que la esposa cumple a su deber de fidelidad, (Gallegos Canales & Jara Quispe, 2009,

p. 255). Diferente es la situación de la filiación extramatrimonial, pues cuando se trata de un hijo extramatrimonial, la paternidad de éste se determina únicamente por el reconocimiento de manera expresa del padre o en su defecto por sentencia judicial que declare la paternidad, siendo ello así el reconocimiento expreso es un acto libre, voluntario y unilateral e irrevocable por medio del cual se admite la paternidad o maternidad del hijo nacido fuera del matrimonio, sin necesidad que el reconocido presente su consentimiento o aceptación, y será judicial cuando se demandó tal reconocimiento y el juez lo declara así ante la negativa de hacerlo voluntariamente o cuando las prueba de ADN así lo confirma, (Plácido V. 2002, p. 279).

Varsi (2006). Define:

“La filiación ha merecido criterios variados en cuanto a su trámite y contenido, sea consagrando legislativamente las pruebas genéticas o, en su caso, dejando al arbitrio del juez los resultados. La moderna doctrina especializada considera que *“el juicio de filiación hoy en día es netamente pericial”*. Si la madre estaba casada en la época de concepción solo puede admitirse la acción en caso el marido hubiese contestado su paternidad y obtenida sentencia favorable” (p. 21).

En el Código Civil Comentado (2007) (Tomo III): La norma bajo comentario se basa en la presunción *“pater is”*, contemplada en el artículo 361° del Código Civil, ya que el hijo de mujer casada se presume que es de su marido. Por consiguiente, corresponderá al marido interponer la demanda de contestación de paternidad matrimonial y si esta es declarada fundada por sentencia firme, recién el hijo podrá interponer la demanda de declaración judicial de filiación extra matrimonial.

Sin embargo, surge aquí un grave problema, pues la demanda *“acción contestatoria”* por parte del marido tiene un plazo de caducidad muy breve establecido en el artículo 364 del Código

Civil: noventa días contados desde el día siguiente del parto si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente. Además, otro problema que se presenta es la limitación en el ejercicio de la acción contestatoria, la cual se restringe al marido, vetando la posibilidad de que el hijo, la madre o en su caso el padre biológico pueda plantear una demanda negatoria de la paternidad.

Esta limitación vulnera flagrantemente el derecho fundamental a la identidad que tiene toda persona recogido en el artículo 2 de la Constitución, por cuanto el hijo, mientras el marido de su madre no impugna su paternidad, no podrá reclamar su verdadera filiación respecto a su progenitor biológico, tal como lo establece el artículo bajo comentario, más aún si nadie puede ostentar más de una filiación. p (27).

Varsi (2006). Define:

“La declaración de los testigos, personas del entorno familiar o amical de las partes, en un caso de filiación que lleva implícita una relación sexual, de la cual solo quienes conocen a las partes pueden informar; resulta prueba suficiente que hace procedente amparar la pretensión de declaración judicial de filiación extra matrimonial, máxime si va aunada a una serie de actos de la madre, tendientes a conseguir el reconocimiento de su hija desde cuando se encontraba en gestación”. (p. 196).

222 Impugnación de la paternidad

Varsi (2013) hace referencia de modo muy didáctico respecto a este tema, precisando que la protección de la familia no admitía de modo alguno otro supuesto para impugnar la paternidad del hijo matrimonial, que la imposibilidad del marido para mantener relaciones sexuales o la infertilidad, precisando que la presunción de la paternidad matrimonial es dura e inatacable, a

pesar que el hijo, de ningún modo puede ser del marido, actualmente la ley permite una serie de causas y plazos para accionar tan institución, pero de no darse ello, la presunción de la paternidad impera, (p. 144), cuando se consta del acta de nacimiento que el reconocimiento del menor lo ha practicado el propio demandante, la impugnación de la paternidad y la ineficacia de la paternidad es improcedente, no obstante, las conclusiones de la prueba de ADN que concluyen que el actor no es el padre del menor.

Conforme lo señala el art. 395 del Código Civil, el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable (Varsi 2006, p. 208).

Plácido (2003). El artículo 367 del Código Civil dispone que:

“la acción de contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364 y, en todo caso, continuara el juicio si aquel lo hubiese iniciado”. p (321).

Agrega Plácido (2003). Que la presunción de paternidad tiene un valor relativo, puede ser destruido por la prueba en contrario, pero las legislaciones difieren grandemente en cuanto a la impugnación, pues mientras las que siguen en el sistema que podríamos llamar germánico por representarlo el Código Alemán permite la libre impugnación, el sistema latino, encabezado por el código francés, limita grandemente los medios de impugnación:

- a) Sistema de Libre Impugnación de la Paternidad. Según el **Código Alemán** “*el hijo no es legítimo sí, según las circunstancias, es evidentemente imposible que la mujer haya concebido por obra de su marido*” (artículo 1591, apartado 1, inciso 2), o como expresa el **Código Civil Suizo**, el marido no puede desconocer al hijo nacido 180 días al menos después del matrimonio más que “si prueba que no podría ser el padre” (artículo 254). La prueba no aparece

trazada o limitada, sino que podrá verificarse libremente. La jurisprudencia alemana requiere, para la existencia de la imposibilidad evidente de que sea el marido el padre, la certidumbre de la imposibilidad de forma que se excluya toda duda; admitiéndose en la práctica las pruebas biológicas.

El Código Civil español sigue el criterio de no imponer limitación restrictiva alguna para la impugnación de la paternidad matrimonial (artículo 136, modificado por la Ley del 13 de mayo de 1981): se puede impugnar la paternidad por cualquier medio probatorio.

- b) Sistema Restringido de Impugnación de la Paternidad. **El Código Civil francés** permite la impugnación de la paternidad mediante la prueba que por causa de alejamiento o cualquier otro accidente estaba a la imposibilidad física de cohabitar con su mujer durante el tiempo de la presunción de concepción (artículo 312); pero además existe la acción de simple desconocimiento, supuestos especiales que implican la desaparición de las situaciones normales de matrimonio: ocultación del nacimiento (artículo 313, inciso 1), separación de cuerpos en procedimiento de divorcio o separación (artículo 313, inciso 2), nacimiento antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, salvo que el marido conociese el embarazo u otras situaciones similares (artículo 314).
- c. **El Código Civil italiano** de 1942, ampliando las causas de impugnación del anterior, permite al marido el desconocimiento del hijo concebido durante el matrimonio solo en los siguientes casos: 1. Si los conyugues no han cohabitado en el periodo comprendido entre los 300 y 180 días anteriores al nacimiento. 2. Por causa de impotencia, aunque solo fuese *generandi*. 3. Si en el mismo periodo la mujer ha cometido adulterio y oculto al marido el embarazo y nacimiento del hijo, en cuyo caso el marido puede probar

cualquier otro hecho tendente a excluir la paternidad. La sola declaración de la madre no excluye la paternidad (artículo 235, según la Ley 1975).

- d. El **Código Civil portugués** de 1966, ampliando las causas de impugnación de la paternidad, lo permite en las siguientes circunstancias: imposibilidad física de cohabitar con su mujer durante todo el periodo legal de concepción; impotencia absoluta para para copula o para la generación de todo ese periodo; separación de hecho de la mujer durante todo el mismo periodo y haber mantenido esta convivencia marital con otro hombre durante ese tiempo, establecida por comunidad duradera de lecho, mesa y habitación en condiciones análogas a los conyugues, fuera del domicilio conyugal; haber cometido adulterio la mujer durante el periodo de la concepción y ocultando al marido el embarazo y el nacimiento del hijo, cuando el marido pruebe, por cualquier otra circunstancia que le hijo no fue procreado por él (artículo 1817).

223. Verdad Biológica

Plácido (2003). Define: El derecho a la verdadera filiación que se condice con el derecho a la identidad, demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre. El dato biológico –identidad estática- del individuo se integra connotaciones adquiridas por este como un ser social –identidad dinámica-; es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho, en su doble aspecto (p. 22).

El carácter medular de la aspiración del ser humano es conocer quienes lo han engendrado. El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre

ambos derechos el primero debe prevalecer. Sostenemos la vacuidad de acudir al argumento de la intimidad familiar: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente solo en cuanto a la decisión procreativa originaria. p (7).

Agrega Aguilar (2016). Vincula a generante y generado, aquí no hay duda alguna de la relación paterna o materna.

Filial, y si llegara a cuestionarse tal relación sería fácilmente superable a través de la prueba del ADN. Esta filiación termina generando familia, al establecer la relación entre padres e hijos, o madres e hijos, y esta relación no se agota en ellos, sino que trasciende a los parientes consanguíneos del padre o de la madre, y así el hijo ahora tendrá vínculos de parentesco con los parientes consanguíneos de su padre. En sus orígenes el nacimiento de un hijo era consecuencia de la relación natural íntima entre un hombre y una mujer, empero hoy ante la imposibilidad de algunas personas de que ese coito se produzca por diversos motivos, que pueden venir del hombre o de la mujer, se recurre a las técnicas de reproducción asistida, sin embargo la filiación biológica se va dar cuando el semen del hombre se fusione con el óvulo de la mujer, y esto ocurre extracorpóreamente y luego se transfiere el embrión en el útero de la mujer que proporcionó el óvulo, y luego ella desarrolla la gestación hasta dar lugar al alumbramiento de la criatura, entonces ese hijo o hija habida de esa fusión tendrá como padres biológicos al hombre que aportó el semen y a la mujer que hizo lo propio con su óvulo; esta es una de las formas como opera la filiación genética cuando por problemas de uno de ellos o de la pareja no puede llevarse adelante la relación íntima, (p. 309).

En otras palabras la verdad biológica respecto a la relación de filiación o de paternidad, corresponde como antecedente del derecho la identidad de toda persona, que actualmente tiene contenido ius fundamental, es decir el derecho de toda persona

de conocer su pasado histórico y la verdad axiológica de conocer su pasado genético es decir sus orígenes o ascendencia, el mismo que no puede limitarse bajo ningún contexto legal o judicial. (Gil, Fama & Herrera, 2006, p. 720 y ss).

224. Derecho a la Identidad

Gil, Fama & Herrera (2006) (tomo II). En el marco de la teoría de la integridad de los Derechos Humanos, un principio orientador es el de la norma más favorable a la persona, más conocido como el principio “pro hominis”. En este contexto donde el derecho a la identidad ha adquirido y desarrollado su autonomía cabiéndole una construcción propia. En otras palabras, si asumimos que cada ser humano es único e irrepetible, la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo. Así por así, por medio del derecho a la identidad, se protege la vida humana en su realidad radical que es la propia persona en sí, indivisible, individual y digna.

En este correlato, tomando las palabras de Varsi (2006):

“El derecho a la identidad debe primar siempre (...) fundamentalmente en su faz estática que está referida al origen genético y biológico de la persona. Y es que el derecho a la identidad está comprometido por lógica consecuencia de la dignidad personal –médula jurídica del ser humano- que hoy en día es un principio que relaciona la bioética con el derecho constitucional, denominado el principio de dignidad de la persona humana” (p. 97)

El concepto jurídico de identidad más utilizado en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, le corresponde al jurista peruano Fernández Sessarego, quien afirma que es “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad es todo aquello que hace que cada cual sea *“uno mismo”* y no *“otro”*. Este autor percibe que la identidad

presenta dos vertientes: a) una estática, inmodificable o con tendencia a no variar; y b) otra dinámica, mutable en el tiempo. La Identidad estática se encuentra conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona. Ejemplo: nombre, imagen, estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.

En cambio, la identidad dinámica se refiere al despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales, (p. 446)

El artículo 7.1 de tantas veces referida Convención sobre los Derechos del Niño, hace referencia a la consagración del derecho a la identidad, bajo el siguiente contexto:

“1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”

Este documento, ratificado por el país, por ende tiene rango de ser norma de derecho interno, reconoce que el niño tiene derecho que se identifique con un nombre y apellido, pero esta identidad que lo va a diferenciar de otros, debe ser la que corresponde por derecho de paternidad o filiación, lo que quiere decir saber quiénes son sus padres y ser reconocidos por éstos; es decir a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer sus padres y llevar sus apellidos, (Plácido, 2015, p. 241).

225. Protección al menor

Plácido (2015). Aparece un nuevo paradigma que obliga a repensar profundamente el sentido de las legislaciones para la infancia y la adolescencia, como instrumentos realmente eficaces de defensa y promoción de los Derechos Humanos de

todos los niños y adolescentes, y no solamente de la categoría residual “menores” como ha sido concebida la protección bajo el esquema de la doctrina irregular. Este nuevo paradigma se conoce como la Doctrina de la Protección Integral (p. 47).

Este paradigma de la protección al menor deviene de interés superior de niño como la consagración de éste, es decir que no basta la consagración doctrinal respecto a la protección, mediante tratados internacionales o normas jurídicas, sino que es necesario que esta consagración sea efectiva y concreta mediante instrumentos objetivos que se constituyan en herramientas necesarias para efectivizar el interés superior del niño y su protección jurídica o normativa y jurisprudencia, (Montoya Ch. 2007, p 59).

La doctrina de la protección integral se constituye de un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales, cuyo antecedente es la declaración de los Derechos del Niño de 1959. Los instrumentos básicos de esa doctrina son:

1. La convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989.
2. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores.
3. Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad y Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil.

Cabe destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño, y constituye un documento jurídico con fuerza vinculante para los Estados partes, en su párrafo noveno del Preámbulo refieren la importancia de otros textos internacionales previos, entre ellos, las *Reglas de Beijing*, realizando así su valor jurídico, sobre todo a los efectos de la interpretación de disposiciones conexas de la Convención.

Un aspecto central en este proceso de cambio del término *menor* por el de *niño*, que responde no solo a una opción terminológica sino a una concepción distinta: el cambio de un ser

desprovisto de derechos y de facultades de decisión, por un ser humano, sujeto de derecho, capaz de ejercer derechos fundamentales. (Plácido, 2015, p. 120).

2.3. Bases Filosóficas

La filosofía del derecho se ha estructurado sobre la base de diversas teorías que han ofrecido explicaciones ontológicas del derecho e incluso ha permitido su evolución histórica y dentro del mismo desarrollo de la sociedad, entre las más importantes encontramos al derecho natural; el derecho positivo, el realismo jurídico y la teoría tridimensional del derecho, de modo breve vamos a hacer referencia a cada una de ellas, para luego sentar una postura respecto al lineamiento que seguimos en esta tesis.

Respecto al derecho natural o el jus naturalismo, como se conoce, se fundamenta en que frente al derecho creado por la norma jurídica hallamos un derecho superior conformado por un conjunto de valores que inspiran y son el sustento de la actuación y decisión de los agentes de derecho, la corriente filosófica adoptada por el Jusnaturalismo, considera que el derecho es producto de la evolución histórica que se ha producido en el propio desarrollo de la sociedad, desde la concepción de la divinidad hasta el surgimiento y desarrollo de la ciencia, con una serie de métodos para su análisis, (Bobbio N. 1999, p. 167); pues todo derecho tiene un vínculo con lo social, el valor justicia, equidad y de la existencia de una serie de principios que legitiman y sustentan su presencia en la sociedad, pero se precisa que el derecho es metajurídico como la vida, la libertad, el patrimonio, (Álvarez, M. 1998, p. 69).

Por su parte el derecho positivo, cuyo desarrollo se inicia en el siglo XIX, sin embargo durante el siglo XX mediante la posición de Hans Kelsen el mismo que reformula la ciencia del derecho; que ha centrado su estudio y análisis en el derecho positivo o vigente, es decir que los derechos son creados por el legislador o quien detenta el poder, quien expide las normas jurídicas, considerando en tal sentido que carente

de valoraciones éticas, morales o sociales, pues considera que puede ser estudiado de modo separado con los fenómenos sociales, estableciendo que debe separarse de lo jurídico todo lo que pertenece a otras ciencias, sean valores, conductas, religión, la moral y la política, por ende la teoría pura del derecho consiste en su esencia normativa, es decir la norma jurídica válida y vigente y el sistema jurídico que la regula y define la conducta del ser humano y de la sociedad que son de estricto cumplimiento por parte de la sociedad donde es ley vigente, pues la norma reglamenta las conductas y a la sociedad, y quienes se aparten de ella generarán una anarquía, por su parte Kelsen también considera la jerarquía de las normas desde la Constitución que ha permitido la consolidación del Estado y el sistema normativo vigente, (Campos Zamora, 2010, p. 301)

Otra de las importantes teorías del derecho es el realismo jurídico, el mismo que no es un pensamiento único, sino por el contrario se encuentra disperso, pero todas en común rechazan el positivismo jurídico y jusnaturalismo, pero tampoco existen mayores diferencias entre el realismo jurídico alemán, escandinavo, pero es verdad que el norteamericano es la teoría más aceptada en Latinoamérica, (Campos Zamora, 2010, p. 193)

La parte medular de esta teoría es que define que el derecho no se sustenta en la lógica, sino en la realidad y la experiencia, y el estudio de ellas nos lleva a la esencia del derecho que va más allá de valores o normas, ya que el derecho es real y por ende se aplica en casos concretos, entonces debe ir a la par con la realidad social y la satisfacción de las necesidades, regulando los comportamientos, los jueces aplican el derecho que no proviene de la ley, sino de la decisión del juez, en ese orden de ideas considera que el derecho no es la norma, sino decisión, constituido por un conjunto de decisiones, una reglamentación adaptada a los casos concretos, y en la que participan en mayor grado que los elementos racionales, las emociones, las intuiciones y los sentimientos, Holmes precisa la decisión del juez crea

el derecho, apartándose muchas veces de la normas, (Campos Zamora, 2010, p. 196)

Por último tenemos la teoría tridimensional del derecho, la misma que se desarrolla a partir de una visión de modo estructurado e integrado del fenómeno jurídico, precisa que el derecho es un fenómeno socio cultural, que se ha generado desde tres dimensiones: a) dimensión normativa, estudia la prescripción formal del derecho en las diferentes normas que dicta el Estado u otro ente normativo, con poder de coerción; b) dimensión sociológica, referida a la parte práctica del derecho, al hecho social, relación de la sociedad con el derecho; c) dimensión valorativa o axiológica, reflexión sobre el contenido ético de la norma jurídica, dimensiones o aspectos que se encuentran en constante interacción y unas se complementan a las otras, toda vez que la ciencia jurídica es una ciencia del comportamiento o de la conducta y no de las normas, pues es una realidad compleja ya que analiza el hecho y la norma, pero además el valor que se encuentra entre ambos, es decir un comportamiento valorado o des – valorado permite su regulación social. (Ramos, 2011, p. 130), esta teoría ha surgido en América Latina, tanto en Brasil y Perú, en el primero el Profesor Reale y Carlos Fernández Sessarego, en nuestro país, ambos arriban a la misma conclusión y sustentan con mucho sentido que el objeto del estudio del derecho es la interacción de vida humana, valor y norma, pero también presentan dos distinciones entre una y otra, en cuanto a los medios empleado en Perú, empezó a partir de la Filosofía y Brasil desde la Filosofía del Derecho. En segundo lugar, respecto del valor que le asigna a cada elemento vida humana (conducta), valor y norma; Reale considera a las normas y Sessarego a la vida humana, el derecho y los valores están en relación con la vida humana, (Fernández Sessarego, 1995, p. 231)

El tema que se trata es la presente tesis, es un tema relacionado con el derecho fundamental a la identidad, es decir el derecho del hijo matrimonial de saber quién es su padre biológico, más allá de cualquier presunción de paternidad, por ende su análisis filosófico no puede

hacerse desde el ámbito del positivismo, pues el derecho a la identidad es inherente al ser humano, es decir es meta jurídico; no obstante el derecho lo reconoce como derecho fundamental y le otorga protección jurídica; en esta tesis nos decantamos por una postura filosófica del jus naturalismo racional moderno, basado en un sistema de valores, (Nino, 2003, p. 15); en tal sentido se defiende la existencia del derecho natural y que las normas jurídicas deben ser el reflejo de éste, de acuerdo a un conjunto de principios y valores con validez universal que se deducen racionalmente, confirmando que el derecho positivo que no cumpla con tales principios no podrá ser calificado como derecho, (Nino, 2003, p. 24).

2.4. Definiciones conceptuales

Hijo Extramatrimonial. Es el hijo concebido por los padres, cuando éstos no habían contraído matrimonio, es decir fuera de la unión conyugal (Flores Polo, 2002, pág. 78), en palabras de Gallegos & Jara, (2009):

“la filiación sin nexo con el matrimonio entre los progenitores, según que haya luego o no otro vínculo matrimonial entre los progenitores o de uno de ellos, con otra persona (extraña a la filiación) o una relación de parentesco entre los progenitores mismos, que impida el matrimonio entre ellos, que puede distinguirse a su vez en reconocible o irrecognoscible, (p. 297).

Hijo Matrimonial. Es el hijo concebido dentro de una unión conyugal, es decir cuando sus padres han contraído matrimonio entre si (Flores Polo, 2002, pág. 79), esta presunción ha causado no pocos debates a nivel doctrinal y jurisprudencial porque genera una serie de efectos jurídicos, referidos a la probanza y fijación de la paternidad, pues se presume que el marido de la madre es el padre del hijo nacido durante el matrimonio o hasta los trescientos días posteriores, ello en la

medida que se considera que el marido está en capacidad de engendrar y la mujer que es fiel al esposo, pero fácticamente es decir el mundo real ello no es verdad, pues existen casos en los cuales el padre es un tercer sujeto que mantuvo relaciones sexuales con la mujer casada, la presunción pater est, que establece la ley a la fecha puede ser discutible con los embarazos asistidos, en los cuales el hijo genéticamente no es del marido sino de tercero.(Varsi & Silverino, 2000, p. 458).

Hijo de Mujer Casada. Es el hijo concebido por una mujer que tiene el estado civil de casada, en tal sentido se presume que el padre es el cónyuge de ésta (Cabanellas, 1996, pág. 3560), a decir de Peralta, (2008), sobre el tema:

“Es el hijo alumbrado por la mujer casada generando entre ambos una relación materno – filial, se trata del último presupuesto básico, primario y ostensible de la filiación matrimonial, según el cual los hijos matrimoniales están unidos a su madre por el vínculo de la maternidad, que no es más que la condición o el estado de madre de una mujer casada” (p. 400)

Filiación Extramatrimonial. Se trata de un acto jurídico que emplaza en el estado paterno o materno-filial fuera del matrimonio; debiéndose distinguir entre el que es por sí solo constitutivo del emplazamiento, de aquel que trasciende como presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento (Cabanellas, 1996, pág. 3781), respecto a la filiación extramatrimonial podemos precisar que se trata de un reconocimiento forzoso que realiza el padre respecto a un menor, pero que no ha nacido dentro de una relación conyugal sino fuera de ésta, frente a tal nacimiento el padre puede efectuar un reconocimiento voluntario o forzoso, el que se produce ante una situación de exigencia por parte del Juez,

quien obliga al presunto padre, quien mantuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción, a reconocer al hijo y ante su negativa se haría vía orden judicial, (Peralta, 2008, p. 479).

Filiación. La filiación puede significar la descendencia en línea directa, pero en sentido jurídico tiene un significado más restringido, equivalente a relación inmediata del padre o madre con el hijo; de aquí que la relación de filiación se denomine paternidad o maternidad, según se considere el lado del padre o de la madre; y por lo tanto, la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra (Plianol, 1948, pág. 454); consideramos que la filiación es un problema muy complejo que el Estado debe asumir con responsabilidad mediante herramientas que determinen el nexo filial entre las personas, en especial los lazos de paternidad, que permite establecer la real identidad tanto paterna como materna, por ende la paternidad es una exigencia que tiene que ser asumida de modo inmediato al nacimiento, (Varsi, 2006, p. 66)

Impugnación de la paternidad. Es la contradicción o impugnación a la presunción de la paternidad que establece la ley dentro de un plazo determinado por ésta y de acuerdo a las causales previstas en la norma (Flores Polo, 2002, pág. 101); corresponde a la acción del padre, quien no se considera que es el padre del hijo de la mujer casada, la misma que la interpone el marido cuando considera que la paternidad que la ley le atribuye sobre el hijo matrimonial no le corresponde, es decir no genéticamente su padre y por ende no existe el mismo código genético, esta acción sólo se puede interponer cuando se producen los presupuestos que se originan, sustentados en la imposibilidad física, temporal, especial el marido no pudo haber

engendrado al hijo, o porque la mujer vulneró a su deber de fidelidad para con su marido, (Bustamante, 2007, p. 471).

Protección al menor. Tiene su correlato en el interés superior del niño; por ende su protección es una exigencia hacia las autoridades que no solo se concrete en la dación de normas o políticas gubernamentales en abstracto, sino que éstas se observen y cumplan en estricto favor de los niños, cuya protección también es atribuible a la sociedad, (Montoya Ch. 207, p. 82); por ende la protección integral se constituye de un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales, cuyo antecedente es la declaración de los Derechos del Niño de 1959. Los instrumentos básicos de esa doctrina son: La convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores. Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad y Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil. Cabe destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño, y constituye un documento jurídico con fuerza vinculante para los Estados partes, en su párrafo noveno del Preámbulo refieren la importancia de otros textos internacionales previos, entre ellos, las *Reglas de Beijing*, realizando así su valor jurídico, sobre todo a los efectos de la interpretación de disposiciones conexas de la Convención. La importancia de la Convención es trascendental, ya que ella constituye la reafirmación y consolidación de los Derechos del Niño, es decir, se sientan las bases de la edificación de los Derechos Humanos de la infancia y adolescencia, desapareciendo cualquier duda sobre el “ser objeto del derecho a una protección especial” como ha sido concebido por la doctrina anterior.

Es necesario, en este acápite hacer referencia que la protección al menor y su identidad, se plasma en el interés superior del

niño, el mismo que debe ser entendido como un exigencia al Estado que el respeto al interés del niño y su identidad, por ende que conozca sus orígenes y a sus padres, no solo debe quedar en las normas jurídicas, sino que se debe velar porque se cumple de modo concreto, real y efectivo, (Varsi, 2006, p. 71).

Verdad Biológica. El derecho a la verdadera filiación que se condice con el derecho a la identidad, demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre. El dato biológico –identidad estática- del individuo se integra connotaciones adquiridas por este como un ser social –identidad dinámica-; es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho, en su doble aspecto. El carácter medular de la aspiración del ser humano es conocer quienes lo han engendrado. El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero debe prevalecer. Sostenemos la vacuidad de acudir al argumento de la intimidad familiar: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente solo en cuanto a la decisión procreativa originaria (Llancari, S. 2008, pág.95).

Plácido (203), al tratar el tema sobre la verdad biológica, refiere que:

“El carácter medular de la aspiración del ser humano es conocer quienes lo han engendrado. El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero debe prevalecer. (...) sostenemos la vacuidad de acudir al argumento de la intimidad familiar: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente solo en cuanto a la

decisión procreativa originaria (...) pero que tal privacidad no puede alegarse para frustrar los derechos del hijo de saber la verdad de su ascendencia (p. 9)

En ese sentido debemos tener muy en claro que la verdad biológica tiene un correlato con el derecho fundamental a la identidad, pues toda persona tiene el derecho a saber su pasado genético, es decir, quienes son sus padres, más allá de cualquier presunción legal y de la reserva al derecho a la intimidad de los padres, por ende el derecho a conocer a sus ascendientes prevalece sobre otro.

2.5. Sistema de Hipótesis y Variables

281. Hipótesis General

HG. La falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye significativamente en el Derecho a la Identidad del menor en la Sede Judicial de Huánuco - 2017

282. Hipótesis Específicas

HE1. La falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico se relaciona significativamente con la Filiación extramatrimonial en la Sede Judicial de Huánuco – 2017.

HE2. La falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye directamente en la Impugnación de la paternidad, en la Sede Judicial de Huánuco – 2017.

HE3. La falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye de manera significativa en el Derecho a la Identidad, en la Sede Judicial de Huánuco – 2017.

HE4. La modificatoria de los artículos 396 y 404 del Código Civil Peruano vigente va a permitir el Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico lo que contribuye con la consagración del Legítimo Derecho a su Identidad; en consecuencia, a su desarrollo personal y social, en la Sede Judicial de Huánuco – 2017.

HE5. La Casación N° 2726 – 2012 – Del Santa, al establecer que el juez puede hacer un control difuso para prevalecer el derecho a la identidad sobre el de presunción de paternidad no ha resuelto el problema del reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico, pues se aplica para casos concretos, pero no ha modificado el código Civil que tiene alcances generales, en la Sede Judicial de Huánuco – 2017.

2.9. Sistema de variables

291. Independiente: (X)

La falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico

292 Dependiente: (Y)

Derecho a la Identidad del menor en la Sede Judicial Huánuco – 2017

2.10. Operacionalización de variables (Dimensiones e indicadores)

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
<p>INDEPENDIENTE</p> <p>La falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico</p>	<p>Filiación extramatrimonial, de Hijo de la Mujer Casada.</p> <p>Verdad biológica.</p>	<p>Niveles de la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico en relación con la Filiación extramatrimonial.</p> <p>Niveles de la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico en el proceso de Impugnación de la paternidad.</p>
<p>DEPENDIENTE</p> <p>Derecho a la identidad del menor en la Sede Judicial Huánuco – 2017.</p>	<p>Derecho a la Identidad,</p>	<p>Niveles de la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico en relación en el Derecho a la Identidad.</p>

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo de investigación

3.1.1. Enfoque

El enfoque utilizado en el desarrollo de esta tesis ha sido **cuantitativo**, el mismo que presenta las siguientes características: plantea un problema de estudio delimitado y concreto, las preguntas de la investigación versaron sobre cuestiones específicas y una vez planteado el problema de estudio se ha efectuado una revisión de lo que se ha investigado anteriormente. A esta actividad se le reconoce como la revisión de la literatura, sobre esta base hemos construido el marco teórico de la cual ha derivado la hipótesis y mediante los datos obtenidos se ha logrado contrastar las hipótesis para tal efecto se han empleado los diseños de investigación, los resultados fueron obtenidos y analizados mediante procedimientos estadísticos. (Hernández S, R. Fernández C., C & Baptista L, P. 2006, p. 5)

La presente investigación se plantea con estas características, como también a exigencias del Reglamento de Grado de Doctor de la Universidad de Huánuco, en el desarrollo ha tenido un tratamiento estadístico, numérico paralelamente acompañado de las teorías científicas de las respectivas variables de investigación.

3.1.2. Alcance o nivel

Los estudios explicativos, más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o de establecimiento de relaciones entre conceptos, están dirigidas a responder por las causas de los

eventos fenómenos físicos o sociales (Hernández S, R, Fernández c., C & Baptista L., P. 2006, p. 108).

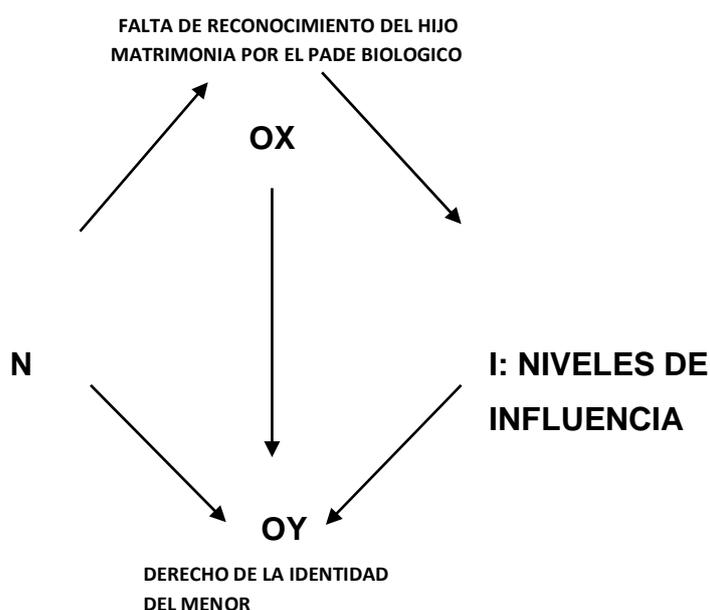
En términos generales, la investigación ha tenido el **nivel explicativo** porque se ha logrado establecer la causa de los eventos, sucesos o fenómenos que se han estudiado, es decir se buscó indagar cómo la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye de manera significativa en el derecho a la identidad del menor en la Sede Judicial de Huánuco 2017.

3.13. Método

El método deductivo e inductivo es el que se ha aplicado en la presente investigación.

3.14. Diseño

Se ha definido el diseño por la naturaleza propia de la investigación, el diseño metodológico que se ha utilizado en la presente tesis fue el **causal** (Hernández S., R, Fernández C., C & Baptista L., P. 2006, p. 154-157), su grafica es la siguiente:



En este esquema **N** es la muestra que se utilizó en el estudio y los sub – índices **X, Y** en cada **O**, nos indican las observaciones obtenidas en cada una de las dos variables distintas del presente caso. Finalmente la **I** hace mención a la posible relación causal de las variables.

No experimental porque la investigadora no ha manipulado las variables, sino que las ha observado y explicado tal y como se presentan en la realidad.

3.2. Población y muestra

321. Población

La población ha estado conformada por los casos judiciales sobre reconocimiento judicial de paternidad extramatrimonial por parte del padre biológico, tramitados en los tres Juzgados Especializados de Familia de Huánuco durante el año 2017, que corresponde a una cantidad de (05).

Del mismo modo los Jueces Especializados de Familia y personal asistencial (secretarios, técnicos y asistentes de juez), de los Juzgados Especializados en Familia de Huánuco, además de abogados litigantes en lo civil, que serán escogidos de acuerdo a los abogados que han autorizado las demandas de reconocimiento de paternidad extramatrimonial, según el cuadro siguiente:

CUADRO N° 01
MAGISTRADOS, OPERADORES DE JUSTICIA, ABOGADOS Y
CASOS SEDE JUDICIAL HUANUCO

DESCRIPCIÓN		N° DE PERSONAL
01	PRIMER JUZGADO (1 JUEZ,3 SECRETARIOS, 2 TECNICOS JUDICIALES Y 1 ASISTENTE DE JUEZ)	07
02	SEGUNDO JUZGADO (1 JUEZ,3 SECRETARIOS, 2 TECNICOS JUDICIALES Y 1 ASISTENTE DE JUEZ)	07
03	TERCER JUZGADO (1 JUEZ,3 SECRETARIOS, 2 TECNICOS JUDICIALES Y 1 ASISTENTE DE JUEZ)	07
04	ABOGADOS	05
TOTAL		26

Fuente: UNIDAD DE ESTADISTICA

Elaboración: PROPIA

322 Muestra

La Muestra de trabajo en este caso especial y por la escasa población, la investigadora ha optado por tomar una muestra **no probabilística**, de manera intencional (Hernández Sampieri, R, Fernández Collado, C & Baptista Lucio, P., 2006, p. 240), por ser accesible y finita, precisando que respecto a los objetos que corresponde a los casos judiciales se va a tomar como muestra el 100.0%, que corresponde a 5 casos judiciales y respecto a los sujetos se va a tomar al 100.0% de la muestra como población, siendo la fórmula es la siguiente

CUADRO N° 02
CASOS JUDICIALES

DESCRIPCIÓN	N° DE CASOS
<i>CASOS JUDICIALES SOBRE RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL POR PARTE DEL PADRE BIOLÓGICO, TRAMITADOS EN LOS TRES JUZGADOS ESPECIALIZADOS DE FAMILIA DE HUÁNUCO DURANTE EL AÑO 2017</i>	<i>05 CASOS</i>
TOTAL	05 CASOS

Fuente: UNIDAD DE ESTADISTICA

Elaboración: PROPIA

CUADRO N° 03

MAGISTRADOS, OPERADORES DE JUSTICIA, ABOGADOS Y CASOS SEDE JUDICIAL HUANUCO

DESCRIPCIÓN		N° DE PERSONAL
01	PRIMER JUZGADO (1 JUEZ,3 SECRETARIOS, 2 TECNICOS JUDICIALES Y 1 ASISTENTE DE JUEZ)	07
02	SEGUNDO JUZGADO (1 JUEZ,3 SECRETARIOS, 2 TECNICOS JUDICIALES Y 1 ASISTENTE DE JUEZ)	07
03	TERCER JUZGADO (1 JUEZ,3 SECRETARIOS, 2 TECNICOS JUDICIALES Y 1 ASISTENTE DE JUEZ)	07
04	ABOGADOS	05
05	CASOS JUDICIALES	05
TOTAL		31

Fuente: UNIDAD DE ESTADISTICA

Elaboración: PROPIA

3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Para la recolección de datos, se han utilizado las siguientes técnicas e instrumentos:

3.3.1. Análisis de Casos

Se han observado los casos judiciales tramitados en los tres Juzgados Especializados de Familia de la Sede Judicial de Huánuco, durante el año 2017 que son procesos sobre reconocimiento judicial de paternidad

extramatrimonial por parte del padre biológico, para tal efecto se ha utilizado como instrumento la Guía de Análisis.

332. Encuesta

Se ha utilizado la técnica de la encuesta para obtener datos a la muestra, para tal efecto se utilizó como instrumento, el cuestionario de manera equilibrada; que nos permitió caracterizar las variables como la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en el entorno del derecho del menor a su identidad.

333. Revisión Bibliográfica

Se ha revisado la literatura tanto nacional y extranjera, obtenida de libros, artículos, además de la jurisprudencia, para tal efecto se utilizó como instrumentos las fichas de comentario, resumen, lectura, etc.

3.4. Técnicas para el procesamiento y análisis de la información

Fundamentalmente, y en primera instancia, la estadística básica, para el conteo, elaboración de cuadros y gráficos estadísticos, posteriormente se ha utilizado la estadística inferencial para la prueba de hipótesis mediante el Chi cuadrado o prueba de bondad, es decir, cómo la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye de manera significativa en el Derecho a la Identidad del menor en la Sede Judicial de Huánuco 2017.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Relatos y descripción de la realidad observada

Guía de Análisis. De la observación de los casos judiciales tomados como muestra, respecto a las demandas de reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico tramitados durante el 2017, se ha obtenido lo siguiente:

Tabla 1

Año	Demandas							
	Petitorio: Reconocimiento de hijo matrimonial por el padre biológico		Resolución del Juez				Aplicación de la Sentencia Casatoria N° 2726 – 2012 – Del Santa	
			Rechazo liminar: Presunción de paternidad del hijo matrimonial		Admite a Trámite en proceso de conocimiento			
N	%	N	%	N	%	N	%	
2017	5	100.0	4	80	1	20.0	0	0.0

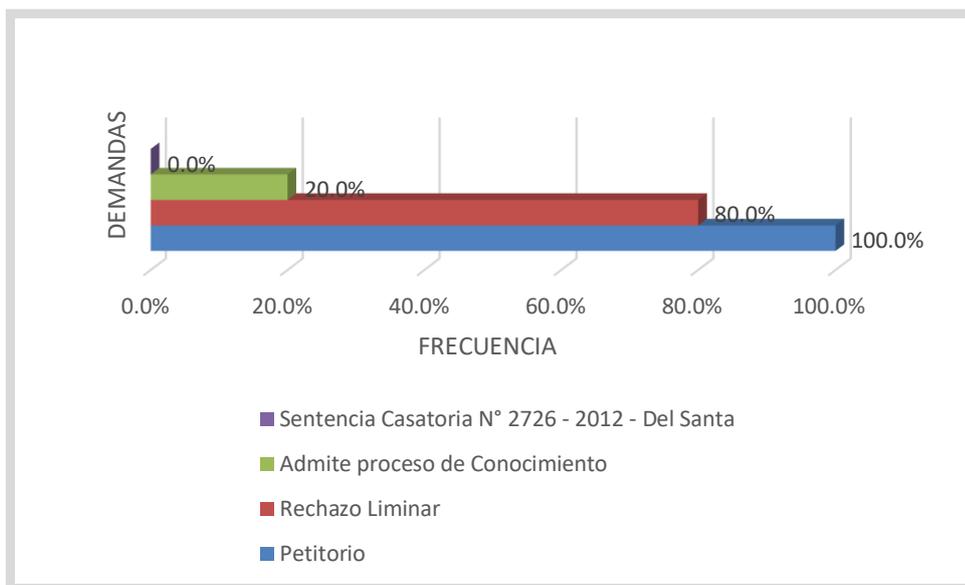


Gráfico 1

Análisis de Resultados.

De la Guía de Análisis mediante la cual se han observado los casos judiciales sobre las demandas de reconocimiento de hijo matrimonial por parte del padre biológico, se advierte que en todas las demandas tomadas como muestra el petitorio ha sido el mismo, es decir que el padre biológico del hijo matrimonial, que no es el cónyuge, solicita al juez que se declare como padre, mediante una demanda de impugnación de paternidad en la vía de conocimiento, ello en la medida que este petitorio no tiene una vía propia, así lo consigna el 100.0% de los casos judiciales.

Por otro lado, se ha podido observar que en el 80.0% de los casos los jueces han rechazado liminarmente la demanda, precisando que prima la presunción de la paternidad del hijo matrimonial, es decir se rechaza la demanda el reconocimiento sustentado en el Art. 361 y 362 del Código Civil y sólo en el 20.0% de los casos se ha admitido en trámite, pero aún no se ha resuelto en definitiva.

Se ha podido observar que en ningún caso, es decir en el 0.0% se ha aplicado la Sentencia Casatoria N° 2726 – 2012 – Del Santa.

Encuesta a la muestra

Tabla 2 Evaluación de la muestra respecto a los niveles del reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en relación con la filiación extramatrimonial, Huánuco - 2017

	CARGO									
	Juez		Asistente de Juez		Secretario Judicial		Técnico Judicial		Abogado	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Alto	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Regular	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Bajo	0	0.0	0	0.0	3	33.3	2	33.3	2	40.0
Ninguno	3	100.0	3	100.0	6	66.7	4	66.7	3	60.0
No opina	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0

Fuente: muestra encuestada

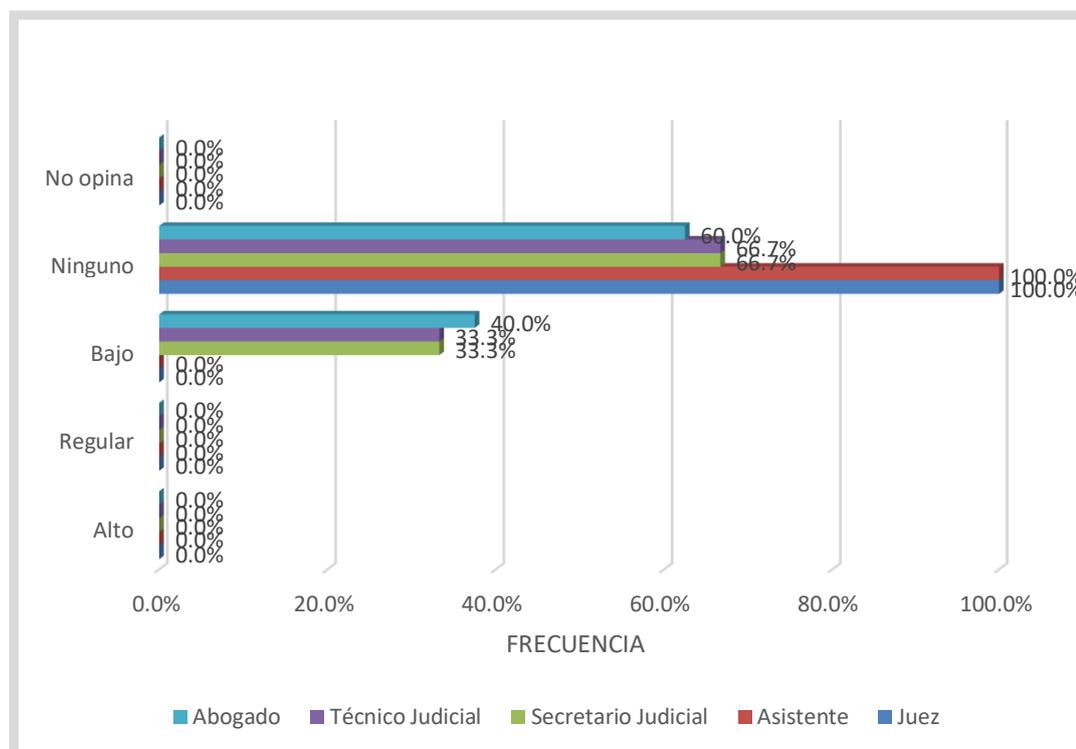


Gráfico 2

Análisis de Resultados

Respeto a la primera pregunta de la encuesta aplicada a la muestra se tiene que sobre los niveles de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico son nulos o bajos en relación a la filiación extramatrimonial en Huánuco 2017, ello se desprende en primer lugar porque no existe un trámite procesal que se aplica para el petitorio y también en razón a que los jueces emiten autos de rechazo liminar, precisando que se presume como padre al cónyuge en casos de reconocimiento del hijo matrimonial, por ende tampoco se aplica el control difuso contemplado en la Sentencia Casatoria N° 2726 – 2012 – Del Santa, en tal sentido el 100.0% de Jueces y de Asistentes de Juez han respondido que no existe nivel de reconocimiento, considerando que el Juez y su Asistente tienen contacto directo con el expediente; en el mismo sentido han respondido el 66.7% de los Secretarios y Técnicos judiciales y el 60.0% de Abogados, ello en la medida que los primeros, si bien trabajan en el Poder Judicial no resuelven los procesos y por su parte los abogados, son quienes han planteado las demandas y quienes han solicitado el reconocimiento en la vía de la impugnación de la paternidad; en índices menores para el 33.3% de Secretarios y Técnicos Judiciales y para el 40.0% de Abogados el nivel de reconocimiento es bajo.

Tabla 3 Consideración de la muestra respecto a los índices de la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en los procesos de impugnación de paternidad, Huánuco 2017.

	CARGO									
	Juez		Asistente de Juez		Secretario Judicial		Técnico Judicial		Abogado	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Alto	3	100.0	3	100.0	0	0.0	0	0.0	5	100.0
Regular	0	0.0	0	0.0	9	100.0	0	0.0	0	0.0
Bajo	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Ninguno	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
No opina	0	0.0	0	0.0	0	0.0	6	100.0	0	0.0

Fuente: muestra encuestada

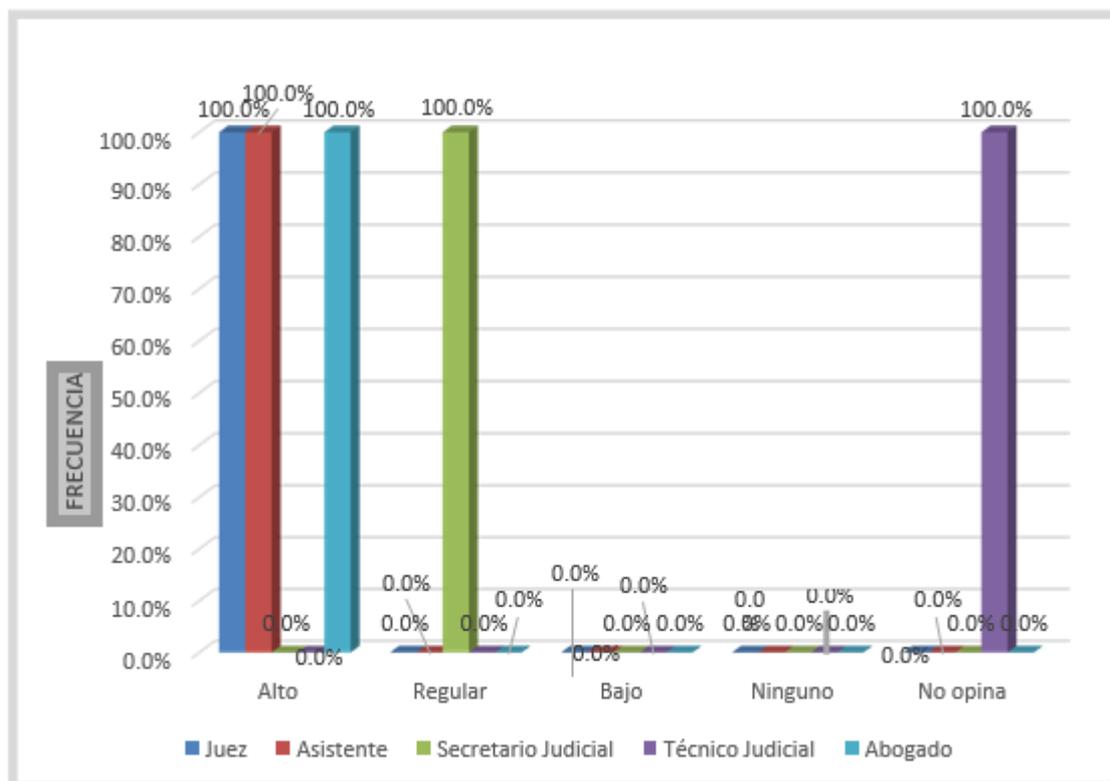


Gráfico 3

Análisis de Resultados

Respecto a la segunda pregunta aplicada a la muestra se aprecia que el 100.0% de Jueces, Asistentes de Juez y Abogados consideran que los índices de la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en los procesos de impugnación de paternidad en Huánuco - 2017 son altos, ello se desprende porque los padres biológicos accionan judicialmente para que se declare la filiación extramatrimonial, por su parte para el 100.0% de Secretarios Judiciales es regular y el 100.0% de Técnicos Judiciales no opinó.

Tabla 4 Calificación de la muestra sobre el nivel de la falta de reconocimiento por el padre biológico en relación con el derecho a la identidad, Huánuco 2017.

	CARGO									
	Juez		Asistente de Juez		Secretario Judicial		Técnico Judicial		Abogado	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Alto	3	100.0	3	100.0	9	100.0	0	0.0	5	100.0
Regular	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Bajo	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Ninguno	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
No opina	0	0.0	0	0.0	0	0.0	6	100.0	0	0.0

Fuente: muestra encuestada

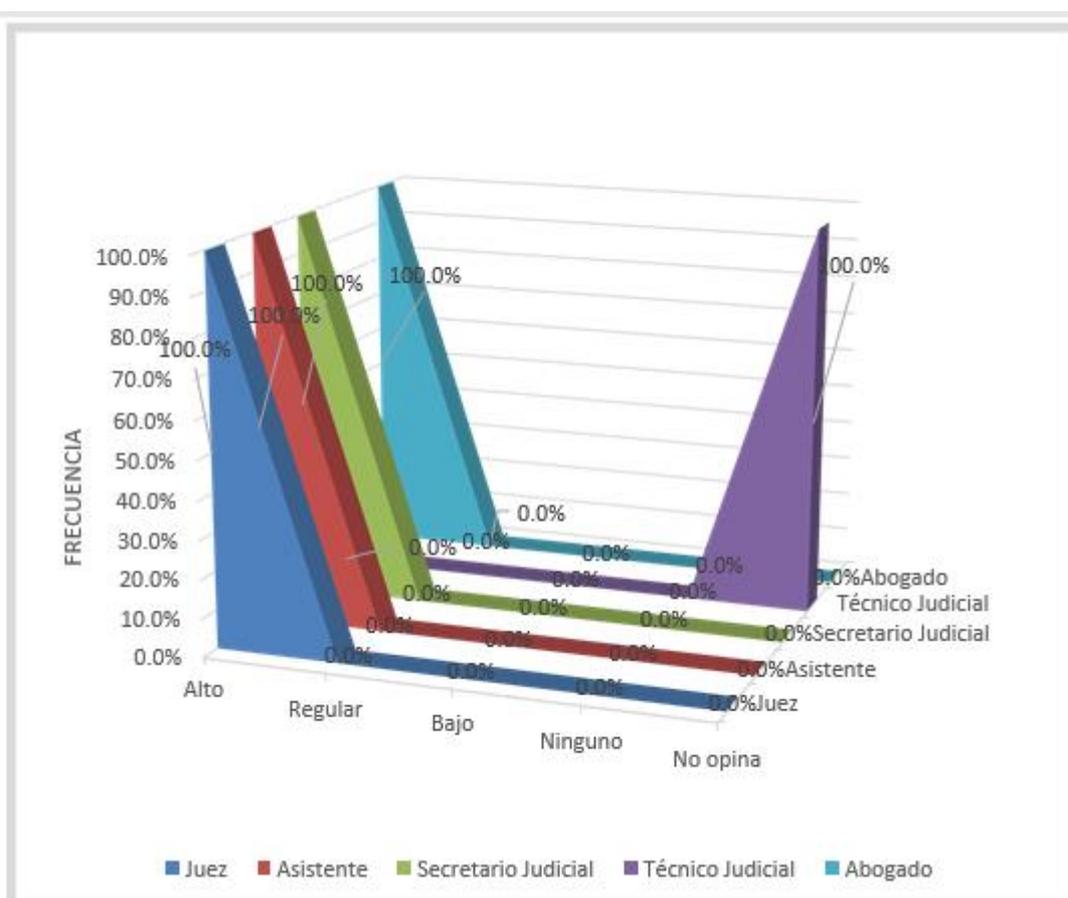


Gráfico 4

Análisis de Resultados

Sobre la tercera pregunta aplicada a la muestra se desprende que el 100.0% de Jueces, Asistentes de Juez, Secretarios Judiciales y Abogados de modo correcto consideran que la falta de reconocimiento por el padre biológico se relaciona de manera alta con el derecho a la identidad, es decir con el derecho de toda persona de conocer quiénes son sus verdaderos ascendientes (legítimos padres), por ende en la medida que ello no es así se vulnera este derecho fundamental; el 100.0% de Técnicos Judiciales no opinaron, consideramos que ello se debe a que estos servidores judiciales no tienen contacto directo con el expediente.

Tabla 5 Consideración de la muestra sobre el reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico afirma el derecho a la identidad como un derecho fundamental, Huánuco 2017.

	CARGO									
	Juez		Asistente de Juez		Secretario Judicial		Técnico Judicial		Abogado	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Alto	3	100.0	3	100.0	7	77.8	6	100.0	5	100.0
Regular	0	0.0	0	0.0	2	22.2	0	0.0	0	0.0
Bajo	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Ninguno	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
No opina	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0

Fuente: muestra encuestada

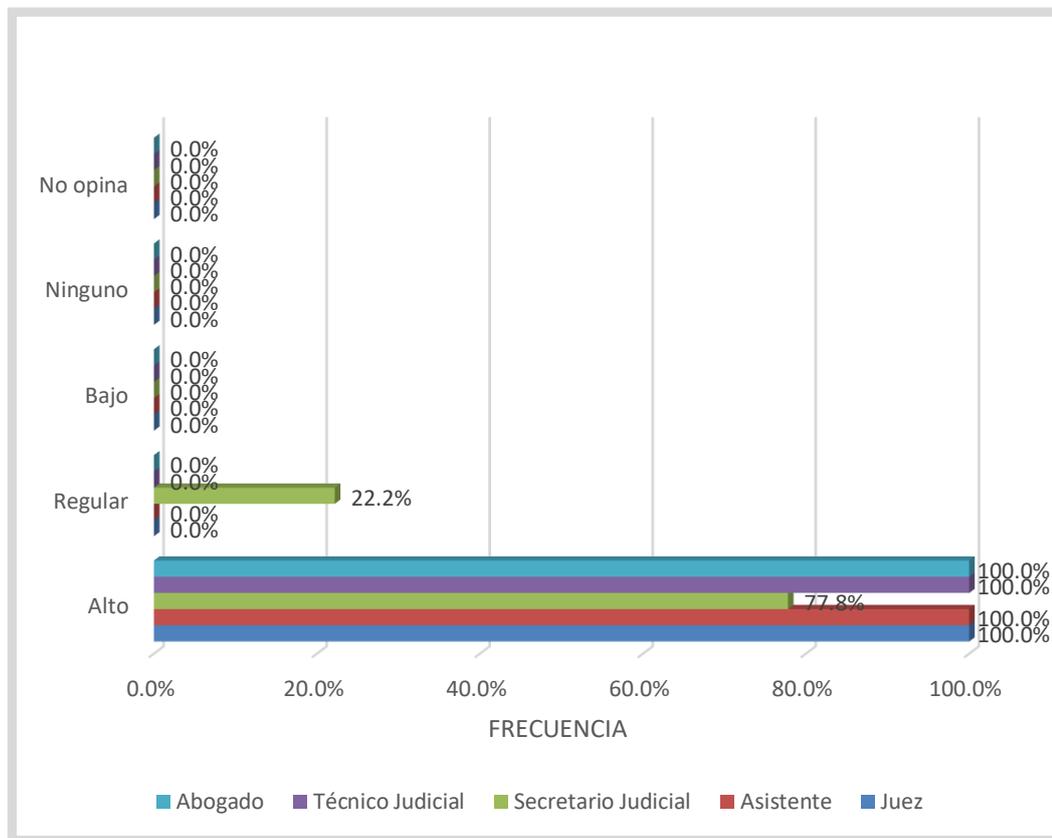


Gráfico 5

Análisis de Resultados

Sobre la cuarta pregunta para el 100.0% de Jueces, Asistentes de Juez, Técnicos Judiciales y Abogados, y el 77.8% de Secretarios Judiciales, con mucho sentido y de modo correcto, consideran como muy alto que el reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico afirma el derecho a la identidad como derecho fundamental; para el 22.2% es regular.

Tabla 6 Consideración de la muestra respecto a que la Casación N° 2726 – 2012 – Del Santa, sobre la aplicación del control difuso, prevaleciendo el derecho a la identidad sobre la presunción de paternidad, ha resuelto el problema del reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico, Huánuco - 2017

	CARGO									
	Juez		Asistente de Juez		Secretario Judicial		Técnico Judicial		Abogado	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Alto	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Regular	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Bajo	0	0.0	0	0.0	3	33.3	2	33.3	1	20.0
Ninguno	3	100.0	3	100.0	6	66.7	4	66.7	4	80.0
No opina	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0

Fuente: muestra encuestada

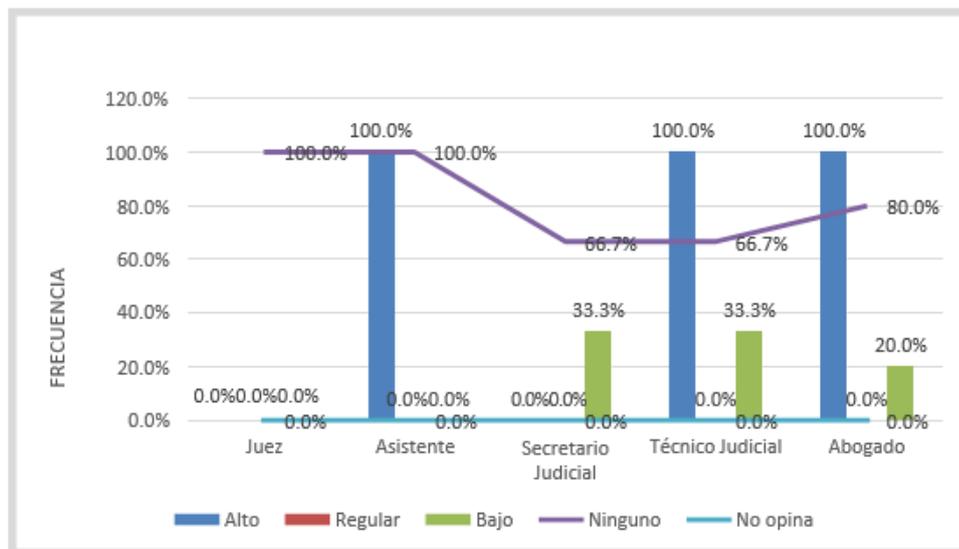


Gráfico 6

Análisis de Resultados

Respecto a la quinta pregunta se tiene que de modo correcto para el 100.0% de Jueces, Asistentes de Juez, para el 66.7% de Secretarios y Técnicos Judiciales, así como para el 80.0% de Abogados, la Casación N° 2726 – 2012 – Del Santa, al establecer que el juez puede aplicar el control difuso y por ende disponer la prevalencia del derecho a la identidad sobre el de presunción de inocencia no ha resuelto el problema para el reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico, lo que es lógico porque su aplicación no es obligatoria si a discrecionalidad del Juez, que incluso tiene que elevarse hasta la Corte Suprema en consulta, por ende no ha coadyuvado en nada para poder respetar el derecho a la identidad de los hijos que han nacido dentro de un matrimonio, pero son hijos extramatrimoniales, por su parte para el 33.3% de Secretarios y Técnicos Judiciales, así como para el 20.0% de Abogados el nivel de solución del problema es bajo.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. Comprobación de la hipótesis general

La hipótesis general propuesta al inicio de la presente investigación fue: HG. La falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye significativamente en el Derecho a la Identidad del menor en la Sede Judicial de Huánuco – 2017. La misma que ha quedado comprobada con los resultados obtenidos de la muestra encuestada la misma que corresponde a 3 Jueces, 3 Asistentes de Juez, 6 Secretarios y 3 Técnicos Judiciales, además de 5 Abogados encuestados, así como 5 casos judiciales observados.

Se evidencia que del 100.0% de los casos judiciales, tramitados en los tres Juzgados Especializados de Familia de Huánuco, durante el 2017, se ha confirmado que el petitorio de la demanda se ha sustentado en el reconocimiento de hijo matrimonial por el padre biológico; siendo que el 80.0% de éstos los jueces han emitido resolución de rechazo liminar de la demanda porque el Juez ha considerado que prevalece la presunción de la paternidad del hijo matrimonial y en el 20.0% se ha dado trámite (aún sin sentencia), del mismo modo se ha observado que en ningún caso se ha aplicado la Sentencia Casatoria N° 2726 – 2012 – Del Santa.

Por otro lado de los resultados obtenidos de la encuesta, se hicieron cinco preguntas a la muestra, habiéndose obtenido que no existen niveles de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en relación con la filiación extramatrimonial, ello porque no existe un trámite procesal que se aplica para el petitorio y también porque lo jueces rechazan de manera liminar las demandadas, basados en la presunción de paternidad (100.0% de Jueces y Asistentes de Juez, el 66.7% de Secretarios y Técnicos Judiciales y el 60.0% de Abogados),

de otro lado la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en los procesos de impugnación de paternidad es alta, ello porque los padres biológicos accionan tal impugnación para que se declare la filiación extramatrimonial del hijo matrimonial, pero durante el 2017 no se ha producido ninguna declaración toda vez que en un gran porcentaje se produjo el rechazo liminar, de ese modo se ha pronunciado la gran mayoría de la muestra (100.0% de Jueces, Asistente de Juez y Abogados), a excepción de los Secretarios Judiciales y Técnicos Judiciales.

Se ha precisado también que la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico se relaciona de manera alta con el derecho a la identidad, que corresponde al derecho de toda persona a conocer a sus padres o ascendientes, derecho fundamental que se vulnera cuando no se puede accionar tal reconocimiento por la presunción de paternidad, de ese modo se ha pronunciado la mayoría de la muestra (100.0% de Jueces, Asistentes de Juez, Secretarios Judiciales) a excepción de los Técnicos Judiciales.

A ello debemos añadir que en efecto el reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico afirma el derecho a la identidad como derecho fundamental, lo que es correcto, porque este derecho debe prevalecer sobre cualquier tipo de presunción, así lo confirmó la mayoría de la muestra (100.0% de Jueces, Asistentes de Juez, Técnico Judicial y Abogados, además del 77.8% de Secretarios Judiciales)

Si bien es verdad que existe una Sentencia Casatoria N° 2726 – 2012 – Del Santa que ha establecido que el derecho a la identidad del hijo prevalece sobre el de presunción de inocencia, consideramos que ello no ha resuelto el problema toda vez que la misma no es vinculante, y puede ser aplicada por el Juez, de acuerdo a su criterio, mediante el control difuso, que genera además un trámite adicional de elevarse con consulta a la Corte Suprema, que demanda tiempo y gasto en el justiciable, en ese mismo sentido se ha pronunciado una gran mayoría

de la muestra (100.0% de Jueces, Asistente de Juez, además del 66.7% de los Secretarios y Técnicos Judiciales y el 80.0% de Abogados).

5.2. Solución del problema

Consideramos que solución del problema planteado consiste en la modificación de los artículos 396 y 404 del Código Civil, es decir que la presunción de paternidad del hijo matrimonial no sea rígida y que admita prueba en contra, reconocimiento que puede efectuar el padre biológico aun sin necesidad que el marido, previamente hubiese negado la paternidad y obtenido sentencia favorable, por ende prevaleciendo el derecho fundamental a la identidad y a conocer la verdad biológica frente a la presunción de paternidad.

5.3. Sustentación de la propuesta

A fin de lograr una solución efectiva al problema planteado en la presente investigación, se presenta un proyecto de ley, sobre modificación de los artículos 396 y 404 del Código Civil a fin que la presunción de paternidad admita prueba en contra.

5.4. Propuesta de nueva hipótesis

Si se permite al padre biológico accionar en la vía judicial el reconocimiento extramatrimonial, se va a afianzar la verdad biológica logrando la consagración del derecho fundamental a la identidad del hijo matrimonial, el mismo que prevalece sobre la presunción de la paternidad matrimonial.

5.6. Aporte científico

A la luz de los resultados obtenidos consideramos que en un Estado Democrático y de Derecho como reza en nuestra Constitución Política, en la cual no sólo se han plasmado un conjunto de derechos

fundamentales, sino que además éstos deben ser concretizados o materializados con su consagración, considerado que el ser humano es el fin supremo de la sociedad, en tal sentido, el derecho a la identidad prevalece sobre la presunción de la paternidad matrimonial, por ende debe permitirse el reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico.

CONCLUSIONES

1. Se ha logrado establecer que no existe relación ante la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico y la relación de la filiación extramatrimonial en la Sede Judicial de Huánuco -2017, ello en la medida que no existe un trámite procesal para el petitorio y también porque los jueces emiten autos de rechazo liminar.
2. Se ha determinado que existe alta influencia en la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en la impugnación de la paternidad en la Sede Judicial de Huánuco – 2017, ello debido a que el padre biológico acciona judicialmente tal demanda a efectos que se le reconozca como padre y pueda accederse a la filiación.
3. Se ha determinado que la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico influye de manera alta con relación al derecho a la identidad en la Sede Judicial de Huánuco – 2017, porque toda persona tiene el derecho a conocer a sus padres, por ende no se vulnera este derecho fundamental.
4. Se propone la modificatoria de los artículos 396 y 404 del Código Civil Peruano vigente bajo el enfoque del Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico, que va a contribuir a su Derecho a la Identidad, en la Sede Judicial de Huánuco 2017, ya que con ello se afirma el derecho a la identidad, es decir a la verdad biológica, que tiene naturaleza de ser un derecho fundamental.
5. Se ha evaluado la Casación N° 2726 – 2012 – Del Santa, sentencia que no resuelve el problema investigado, porque no es vinculante y

además está referida a la discrecionalidad del Juez de aplicar el control difuso para prevalecer el derecho a la identidad sobre el de presunción de paternidad, lo cual no ha resuelto el problema del reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico en la Sede Judicial de Huánuco - 2017.

RECOMENDACIONES

1. Al no existir relación entre la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico y la filiación extramatrimonial en la Sede Judicial de Huánuco -2017, se recomienda a las instancias legislativas que se establezca un trámite procesal para el petitorio y a las instancias judiciales que no rechacen liminarmente la demanda.
2. Ante la alta influencia entre la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en la impugnación de la paternidad en la Sede Judicial de Huánuco – 2017, reiteramos que las instancias legislativas establezcan un trámite procesal propio para el petitorio y evitar que se accione la impugnación de la paternidad a efectos de lograr la filiación.
3. Ante la alta de la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en relación al derecho a la identidad en la Sede Judicial de Huánuco – 2017, se recomienda la modificación de la ley civil a efectos que prevalezca el derecho fundamental a la identidad, es decir el derecho a conocer a sus padres, sobre la presunción de la paternidad matrimonial.
4. Se recomienda la modificatoria de los artículos 396 y 404 del Código Civil Peruano vigente bajo el enfoque del reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico, como forma de concretizar el Derecho fundamental a la Identidad, en la Sede Judicial de Huánuco 2017.
5. En la medida que la Sentencia Casatoria N° 2726 – 2012 – Del Santa, sentencia no ha resuelto el problema investigado, en la medida que no

es vinculante, y deja a la discrecionalidad del Juez de aplicar el control difuso para prevalecer el derecho a la identidad sobre el de presunción de paternidad, se reitera la necesidad de la modificación de la ley civil

PROPUESTA LEGISLATIVA

Se propone el siguiente PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 396 Y 404 DEL CÓDIGO CIVIL. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Existe la necesidad de regular reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico sustentado en la consagración del derecho fundamentales a la identidad que tiene toda persona a la verdad biológica, es decir a conocer a sus padres y ascendientes con prevalencia a la presunción de la paternidad matrimonial.

FÓRMULA LEGAL

Artículo 1º: Modificación del Artículo 396 del Código Civil vigente, de acuerdo al siguiente texto.

Modificase el Artículo 396 del Código Civil vigente, en los siguientes términos:

“El hijo de la mujer casada puede ser reconocido por el padre biológico, aun en caso que el marido no lo hubiese negado ni obtenido sentencia favorable, la acción civil deberá ser tramitada como proceso de conocimiento”

Artículo 2º: Modificación del Art. 404 del Código Civil vigente, en los siguientes términos:

Si la madre estaba casada en la época de la concepción, la declaración de la paternidad por parte del padre biológico, debe admitirse aún en caso que el marido no hubiese contestado su paternidad ni obtenido sentencia favorable, la acción civil deberá ser tramitada como proceso de conocimiento”

Artículo 3º: La presente ley tiene vigencia, al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano,

Huánuco, Mayo del 2018

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

- Aguilar Ll., B. (2016). *Tratado de Derecho de Familia* (1a. Ed.) Lima. Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Álvarez, M. (1998). *Introducción al Derecho*. México. Editorial Mc. Graw Hill.
- Ávila A., R.B. (1997). *Introducción a la Metodología de Investigación de Tesis Profesional*. Lima: Estudios y Editora Lima.
- Bobbio, N. (1999). *Iusnaturalismo y ius positivismo jurídico*. Buenos Aires. Editorial Trotta
- Bustamante O., E. (2007). en. AA. VV. *Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas material del Derecho Civil. Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica. Pág. 470 y ss.
- Cabanellas, G. (1996) *Diccionario Jurídico, 6° Ed.* Buenos Aires: Heliasta
- Fernández Sessarego, C. (1995). *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Universidad de Lima: Lima
- Fernández Sessarego, C. (2015). *Derecho a la identidad personal. 2° Edición*. Lima: Instituto Pacífico
- Flores Polo, P. (2002). *Diccionario Jurídico*. Lima: Grijley
- Gallegos C., Y & Jara Q., R. (2009). *Manual de Derecho Familiar*. Lima: Editorial Jurista E.I.R.L
- Gil D., A, Fama, V. & Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I, Buenos Aires: Editorial comercial, industrial y financiera.
- Gil D., A, Fama, V. & Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo II, Buenos Aires: Editorial comercial, industrial y financiera.
- Hernández S., R. (2006) *“Metodología de la investigación”* Ed. Mc Graw Hill.
- Llancari Illanes, S. (2008) *Principio de prevalencia de la verdad biológica y el régimen legal de filiación. En Revista*

- Jurídica "Docentia et Investigatio". De la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vol. 10, N° 1 – 93 – 106 – 2008. ISSN 1817 – 3594, pág. 93 – 106. Lima: Ed. UNMSM*
- Montoya Ch., V. (2002). *Derechos Fundamentales de los niños y Adolescentes*. Lima: Editorial Jurídica Griley.
- Nel Q., L (2015). *Metodología de la Investigación*. Buenos Aires: Editorial Alfa Omega Macro
- Nizama V, M. (1999) *Guía de Prácticas de Metodología de Investigación Jurídica*. Tomo I. 1ra. Edición. Lima: Exigráfica Perú.
- Nino, S. C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. 12° Reimpresión. Buenos Aires. Ed. Astrea.
- Peralta A., J. R.,(2008). *Derecho de familia en el Código Civil*. 4° Edición. Lima. IDEMSA.
- Plácido V., A. (2002) *Manual de Derecho de Familia – Un Nuevo Enfoque de Estudio de Derecho de Familia*, Lima: Gaceta Jurídica
- Plácido V., A. (2003). *Filiación y Patria Potestad*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido V., A. (2015). *Manual de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes*. Lima. Instituto Pacífico.
- Ramos, A. (2011). *La filosofía de Miguel Reale*. Buenos Aires: Mar del Plata: Universidad Fasta
- Sierra B., R. (1995). *Tesis Doctorales y Trabajos de Investigación Científica*. 1ra. Edición. Madrid: Editorial Paraninfo S.A.
- Universidad Nacional Mayor de San Marcos, *Revista Escritura y Pensamiento, Estado Peruano y drama la Investigación Científica*. Lima: UNMSM
- Varsi R., E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima. Grijley.
- Varsi R., E. (2006). *El Proceso de filiación extra matrimonial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Varsi R., E. (2012). *Tratado de Derecho Familiar*. Tomo II. Lima: Editorial Gaceta Jurídica

Varsi R., E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo IV. Lima: Gaceta Jurídica.

Documentos On Line

Bravo C., G. (2016). *Regulación de la impugnación de paternidad matrimonial: vulneración del principio del interés superior del niño y propuesta de modificación normativa*. Tesis para obtener el título de abogado por la Universidad del Altiplano, Puno. Repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/3624.

Campos Zamora, F. (2010). *Nociones fundamentales del racionalismo jurídico*. En *Revista de Ciencias Jurídica* N° 122 (191-220), Mayo – Agosto 2010.

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/13562/12850>

Mendoza R., J. (2015). *Protección del derecho a la identidad biológica con la impugnación de paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica*. Tesis para optar el título de abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo. Repositorio. upao.edu. pe/ handle/ upaorep/1820

Pinella V., V. (2014). *Interés superior del niño/niña vs. Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial*. Tesis para optar el título de abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo. Lambayeque. tesis.usat.edu.pe/handle/usat/277

Plácido V., A. (2008). *La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial: el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada*. Investigaciones y artículos jurídicos sobre Derecho de familia, de niños, adolescentes y sucesiones. Blog

Alex Plácido. Publicado el 29 – 09 – 2008. blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/author/aplacido. Lima

Sullón S. I. (2015). *Análisis de la aplicación de la presunción pater is est y su afectación al derecho a la identidad del hijo que no es del marido de la mujer casada*. Tesis para optar el título de abogado por la Universidad Nacional de Piura. Repositorio. unp.edu.pe/handle/UNP/615

Vargas M., R. (2011). *El derecho a la identidad del hijo como objeto de protección pater is est alcances, límites y necesidad de cambio en el Código Civil de 1984*. Tesis para optar el grado académico de magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/1194/Vargas_mr.pdf?...1

Velásquez R., T. (2005). *¿Se protege el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial?* En Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Nro. 25 – 2005. www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/articl/view/17068

ANEXOS

ANEXO N° 01
CUESTIONARIO

INTRODUCCIÓN: Por favor tenga la gentileza de marcar (x), la respuesta, según usted crea conveniente; es anónimo, resultados que me permitirán tomar acciones y propuestas de investigación científica relacionadas directamente con mi investigación denominada: **“RECONOCIMIENTO DEL HIJO MATRIMONIAL POR EL PADRE BIOLÓGICO Y SU DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA SEDE JUDICIAL DE HUANUCO - 2017”**

ITEMS

1. ¿Cómo evalúa usted los niveles de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en relación con la Filiación extramatrimonial?
Alto () Regular () Bajo () Ninguno ()
No opina ()

2. ¿Cómo califica los índices de la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en el proceso la impugnación de la paternidad?

Alto () Regular () Bajo () Ninguno ()
No opina ()

3. ¿Cómo califica el nivel de la falta de reconocimiento del hijo matrimonial por el padre biológico en relación con el derecho a la identidad del menor?
Alto () Regular () Bajo () Ninguno ()
No opina ()

4. ¿Considera que el reconocimiento del hijo matrimonial, por el padre biológico, afirma el derecho a la identidad y como derecho fundamental?
Alto () Regular () Bajo () Ninguno ()
No opina ()

5. ¿Considera que la Casación N° 2726 – 2012 – Del Santa, al establecer que el juez puede aplicar el control difuso y por ende disponer la prevalencia del derecho a la identidad sobre el de presunción de inocencia ha resuelto el problema para el reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico?
 1. Alto () Regular () Bajo () Ninguno ()
 1. No opina ()

Muchas gracias.
Huánuco, marzo de 2018.
La investigadora

ANEXO N° 02
GUÍA DE ANÁLISIS

Año	Demandas							
	Petitorio: Reconocimiento de hijo matrimonial por el padre biológico		Resolución del Juez				Aplicación de la Sentencia Casatoria N° 2726 – 2012 – Del Santa	
			Rechazo liminar: Presunción de paternidad del hijo matrimonial		Admite a Trámite en proceso de conocimiento			
	N	%	N	%	N	%	N	%
2017								

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO:

“RECONOCIMIENTO DEL HIJO MATRIMONIAL POR EL PADRE BIOLÓGICO Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA SEDE JUDICIAL DE HUANUCO - 2017”

Tesista: **Rocío Isabel Fernández Yábar.**

Asesor: **Dr. Uladislao Zevallos Acosta**

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
	<p>GENERAL: Determinar de qué manera la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye en su Derecho a la Identidad en la Sede Judicial de Huánuco - 2017.</p> <p>ESPECIFICOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Establecer la relación entre la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico se relaciona con la Filiación extramatrimonial en la Sede Judicial de Huánuco- 2017. 2. Determinar la influencia de la falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico en la Impugnación de la paternidad, en la Sede Judicial de Huánuco – 2017. 3. Determinar la manera en que la falta de Reconocimiento del Hijo 	<p>GENERAL: La falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye significativamente en su Derecho a la Identidad en la Sede Judicial de Huánuco – 2017</p> <p>ESPECIFICOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico se relaciona significativamente con la Filiación extramatrimonial en la Sede Judicial de Huánuco. 2. La falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico influye directamente en la Impugnación de la paternidad, en la Sede Judicial de Huánuco – 2017 3. La falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el 	<p>INDEPENDIENTE</p> <p>La falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico</p> <p>DEPENDIENTE</p> <p>Derecho a la Identidad del menor.</p>	<p>Filiación extramatrimonial, de Hijo de la Mujer Casada Identidad Filiatoria Impugnación de la paternidad. Verdad biológica.</p> <p>Derecho a la Identidad, Protección al menor.</p>	<p>Niveles de falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico en relación con la Filiación extramatrimonial.</p> <p>Niveles de falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico en el proceso la Impugnación de la paternidad.</p> <p>Niveles de falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico en relación en el Derecho a la Identidad.</p> <p>Niveles de falta de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico en</p>

	<p>Matrimonial por el Padre Biológico influye en el Derecho a la Identidad, en la Sede Judicial de Huánuco – 2017</p> <p>4. modificatoria de los artículos 396 y 404 del Código Civil Peruano Vigente bajo el enfoque del Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico, como contribución a su Derecho a la Identidad en la Sede Judicial de Huánuco - 2017.</p> <p>5. Evaluar la Casación N° 2726 – 2012 – Del Santa, que establece que el juez puede hacer un control difuso para prevalecer el derecho a la identidad sobre el de presunción de paternidad no ha resuelto el problema del reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico en la Sede Judicial de Huánuco - 2017.</p>	<p>Padre Biológico influye de manera significativa en el Derecho a la Identidad, en la Sede Judicial de Huánuco.</p> <p>4. La modificatoria de los artículos 396 y 404 del Código Civil Peruano vigente va a permitir el Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico lo que contribuye con la consagración del Legítimo Derecho a su Identidad; en consecuencia, a su desarrollo personal y social, en la Sede Judicial de Huánuco – 2017.</p> <p>5. La Casación N° 2726 – 2012 – Del Santa, al establecer que el juez puede hacer un control difuso para prevalecer el derecho a la identidad sobre el de presunción de paternidad no ha resuelto el problema del reconocimiento del hijo matrimonial por parte del padre biológico, pues se aplica para casos concretos, pero no ha modificado la ley, en la Sede Judicial de Huánuco – 2017.</p>		<p>Físico Psicológico</p>	<p>relación a su Derecho a la Identidad.</p> <p>Niveles de modificatoria de los artículos 396 y 404 del Código Civil Peruano Vigente bajo el enfoque de Reconocimiento del Hijo Matrimonial por el Padre Biológico, ha de contribuir a su Derecho a la Identidad.</p>
--	---	--	--	-------------------------------	---