

UNIVERSIDAD PRIVADA SAN JUAN BAUTISTA

ESCUELA DE POST GRADO



PLAN DE TRABAJO DE INVESTIGACION

**“FACTORES QUE INFLUYEN EN EL LEGISLADOR PARA
MANTENER LA PRESUNCIÓN PATER IS EST,
IMPIDIENDO QUE EL HIJO DE MUJER CASADA, SEA
RECONOCIDO POR SU PADRE BIOLÓGICO, HASTA QUE
EL MARIDO LO NIEGUE Y OBTENGA SENTENCIA
FAVORABLE”**

**PRESENTADO POR LA BACHILLER
MARÍA DEL CARMEN BARRAGÁN COLOMA**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAGISTER EN
EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**LIMA – PERÚ
2016**

RESUMEN

El presente Trabajo de Investigación ha tenido como objetivo determinar que factores influyen en el legislador para mantener la presunción paterna, impidiendo que el hijo extramatrimonial de mujer casada, sea reconocido por su padre biológico, hasta que el marido lo niegue y obtenga sentencia favorable.

Se ha elaborado sobre la base de la normativa peruana basada en la presunción de paternidad del marido de la madre.

Se busca analizar y se pretende brindar una nueva perspectiva al controvertido derecho del padre biológico de mujer casada de reconocer a su hijo, pues la realidad necesita que las normas estén de acuerdo a la misma.

Se ha enfocado el tema en los artículos N° 361°, 362°, 396° y 402° inc) 6 de nuestro Código Civil vigente y la problemática que se presenta en la actualidad al emplear de manera estandarizada la presunción legítima, con lo cual se corre el riesgo de ocasionar discordancias entre la verdad biológica y la legal; de modo que se vulneran los derechos inherentes al menor, consagrados no solo en la Constitución Política de 1993 sino en el Código de los Niños y Adolescentes y en la Convención de los Derechos del Niño.

Actualmente, que no se examina el caso concreto, de modo que se emplea la norma por igual para todos; sin tomar en consideración que detrás de cada nacimiento hay realidades y contextos diferentes.

Podría darse el caso que el hijo quiera impugnar su filiación matrimonial para que sea reconocido como hijo del padre biológico; o que éste quiera impugnar tal filiación y reconocer a su hijo legalmente, no obstante se les deniega tal pretensión con el argumento que nadie, excepto el marido puede impugnar la filiación matrimonial.

De estas disposiciones 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.

Si bien mi punto de vista es crítico respecto a la presunción de paternidad, no lo es en el sentido que esta presunción no deba mantenerse vigente, pues si otorga un nivel de certeza y protección al hijo de mujer casada; mi crítica y análisis es su aplicación indiscriminada, pues detrás de cada nacimiento existen situaciones muy distintas unas a otras que deben ser tomadas en cuenta.

Uno de los factores que influyen en el legislador para mantener la presunción *pater is est*, es el factor histórico, recordemos que nuestra legislación ha recogido la presunción de las Leyes de Manú, del Derecho Romano y Derecho Canónico, la cual data desde las épocas en que la mujer era propiedad del hombre y los hijos que ella tuviera por accesión le pertenecían a él.

Otro de los factores que influyen en el legislador para mantener la presunción *pater is est*, es el factor social.

Al mantenerse el vínculo matrimonial subsistente entre marido y mujer, legal y socialmente la esposa es considerada su mujer, por lo tanto el hijo que ella engendre debe seguir teniendo como padre al esposo. No podría atribuírsele la paternidad a hombre distinto, porque la sociedad no concibe la infidelidad de la mujer. Este factor social limita el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad que está por encima del derecho de resguardar la intimidad de la madre, y en caso de contraposición entre ambos derechos, el primero necesariamente debería prevalecer, ello por una ponderación de derechos fundamentales en conflicto, ante lo cual se establece que el derecho a la verdadera identidad está por encima del derecho a la intimidad, que únicamente recae en la esfera individual, más el primero tiene un carácter de orden público.

Asimismo, debemos considerar el factor cultural como uno de los factores que influyen en el legislador para mantener la presunción *pater is est*.

El factor cultural se ha determinado como el resultado de la unión del factor social y el factor histórico, esto porque las costumbres de determinadas sociedades se han ido adoptando de generación en generación es el caso de la presunción pater is est, la cual empezó como un uso y costumbre, la cual posteriormente fue incorporada por los diferentes ordenamientos jurídicos. Que a la actualidad no se ajustan a la realidad.

El factor jurisprudencial ha sido tomado en cuenta por los legisladores para mantener la presunción pater is est, por la forma de aplicación de los magistrados a las normas vigentes sin considerar la evolución de la sociedad.

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

Los artículos materia del presente trabajo son sin lugar a dudas restrictivos, pues consideran sólo al marido con facultad procesal para impugnar la presunción de paternidad, lo cual podría estar afectando muchos casos tan justos como los que recoge la ley, que se verían marginados y sin solución, impidiéndose que el hijo

o quienes tuvieran legítimo interés, entre ellos, el presunto padre biológico o la madre, puedan cuestionar tal presunción.

No solo se afecta con estas disposiciones los derechos del hijo, que tiene que llevar el apellido de alguien que no es su padre biológico, no puede ser heredero *ab intestato* de su progenitor, sino también que la responsabilidad parental recae sobre un individuo que no tiene ninguna relación biológica con él y como si fuera poco, el deber alimentario corresponde a un hombre que no tuvo participación alguna en la concepción de ese hijo y también así se exonera de toda responsabilidad a quien debería asumir tal obligación.

Asimismo, se afectan los derechos del padre biológico, negándosele el derecho de reconocer a su hijo, hasta que este sea negado por el marido de su madre para poder no solo reconocerlo sino también crear un vínculo filial con el hijo que ha tenido con mujer casada.

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

Es por todo lo expuesto que se llegó a la conclusión que para

solucionar el problema aquí planteado, resulta necesario modificar la norma, la cual

Permita analizar cada caso concreto y en base a ello, determinar si procede o no aplicar la presunción de paternidad.

El presente trabajo de investigación es de tipo Documental. El diseño de la investigación es transversal.

La población está conformada por Legisladores del Congreso de la República.

La muestra que se utilizó está compuesta por 10 Legisladores del Congreso de la República.

Se ha utilizado la técnica de la entrevista y como instrumento el cuestionario.

El instrumento se validó a través del estadístico de V de Aiken.

Palabras Claves: Presunción Paternis est, Hijo Extramatrimonial, Matrimonio, Mujer casada, Derecho a la Identidad, Filiación y Familia.