

Entrevista a Enrique VARI ROSPIGLIOSI\*



## “La presunción *pater is* est ahora puede destruirse con la mera declaración de la madre”

*En esta interesante entrevista, el profesor Enrique Varsi Rospigliosi, especialista en temas de Derecho de Familia, nos comenta su parecer sobre las recientes modificaciones que ha sufrido el Código Civil a través del Decreto Legislativo N° 1377. En ese sentido, especifica que la razón que impulsó este cambio fue la tutela de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, específicamente aquellos relacionados a su identidad. De la misma forma, refiere que la presunción *pater is* est ha sufrido una mutación relativa, pues ahora con el dicho de la madre el marido ya no podrá ser reputado como progenitor del hijo matrimonial.*

RESUMEN

**PALABRAS CLAVE:** Niños, niñas y adolescentes / Identidad / Nombre / Presunción *pater is est* / Impugnación de paternidad

### ■ Desde su punto de vista, ¿cuál es la finalidad que se persigue con la reciente modificación del Código Civil a través del Decreto Legislativo N° 1377?

La finalidad del Decreto Legislativo N° 1377 es el establecimiento de medidas de protección, fortalecimiento y seguridad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, principalmente de sus derechos al nombre,

identidad e intimidad, pues son estos los que permiten a todo ser humano, desde su concepción hasta su muerte, proyectarse, consagrarse y consolidarse dentro de la sociedad.

Siendo más específico aún, lo que busca este decreto legislativo es establecer realmente quiénes son los verdaderos padres de un niño recién nacido.

### ■ ¿Cuál es el verdadero cambio que se ha realizado al artículo 46 del Código Civil?

Para analizar el artículo 46 del Código Civil no basta leer solo el Decreto Legislativo N° 1377, sino que resulta por demás

\* Doctor en Derecho, docente investigador de la Universidad de Lima. Investigador Concytec (orcid.org/0000-0002-7206-6555). Socio del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados.

importante tener a la vista también el Decreto Legislativo N° 1384, esto es, el decreto que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, pues lo que se dispuso en el primer cuerpo normativo fue sencillamente derogado por el segundo.

Repasemos primero como quedó el artículo 46 con la publicación del Decreto Legislativo N° 1377 y los comentarios que, en mi opinión, cabían hacerle.

### Una reforma a plazo determinado

La primera parte de dicho dispositivo no llegó a sufrir mayores cambios, pues se enunciaba, al igual que su versión anterior, que los mayores de dieciséis (16) años adquirirían la capacidad si: i) contraían matrimonio; o, ii) lograban obtener un título oficial que les permitiese ejercer una profesión u oficio.

En la segunda parte del artículo 46 se establecía que los padres/madres mayores de catorce (14) años adquirirían capacidad especial solamente para ciertos casos. Con la modificación que trajo consigo el Decreto Legislativo N° 1377 se agregaron otras situaciones aparte de las ya contempladas.

En efecto, el legislador decidió ampliar la lista, por ejemplo, los padres mayores de catorce (14) lograrían “inscribir” a sus hijos, lo cual denotaba el otorgamiento de una facultad que antes no tenían, pues la versión anterior prescribía solamente la potestad de “reconocerlos”. Este cambio obedeció a una cuestión lógica: de acuerdo al adagio *ad maiori ad minus* (‘el que puede lo más, puede lo menos’), si uno podía reconocer, uno también debía tener el poder de inscribir.

Por otro lado, se agregó el término “hija” a todos aquellos dispositivos en los que se reconocía únicamente el término “hijo”. Esta

“modificación” me parece poco técnica y sin ningún sentido relevante.

Luego, el inciso 3 del artículo 46 del Código Civil se expandió, pues de recoger solo los procesos de alimentos y tenencia, se llegó a consignar también el proceso de régimen de visitas. A decir verdad, tal cambio no resultaba tan significativo, pues hasta el día de hoy el régimen de visitas se discute o se deriva del proceso de tenencia. Esto es así porque el reclamo de un régimen de visitas lo realiza aquel progenitor que no tiene la tenencia de su hijo con el objeto de fortalecer sus lazos familiares a través de la comunicación y la relación de afecto.

Asimismo, se incorporaron otros incisos al artículo 46. De esta forma, el inciso 5 prescribía que el padre/madre mayor de catorce (14) años podía celebrar conciliaciones extrajudiciales a favor de sus hijos e hijas. Esto era muy importante, pues si analizábamos la versión original del Código Civil, el padre o la madre solamente podían demandar, lo que los obligaba a transitar un proceso judicial, dilatando mayor cantidad de tiempo y recursos. Con la inclusión de la conciliación, los progenitores iban a lograr acuerdos más coherentes y en un menor lapso temporal, lo que justamente beneficiaba a sus hijos e hijas. Sin embargo, tal inciso 5 estaba incompleto, “cojo”, pues tenía que haberse agregado la facultad de transigir, obviamente solo respecto de los derechos patrimoniales.

El inciso 6 facultaba a los padres menores de catorce (14) años a solicitar la inscripción de sus hijos en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales, así como la tramitación de la expedición y obtención del documento nacional de identidad (DNI). Este inciso, al igual que la modificación del inciso 1, también se apoyaba en el adagio *ad maiori ad minus*. Si el padre podía reconocer a su hijo, también debía poder realizar

los trámites administrativos necesarios para salvaguardar el derecho al nombre e identidad del menor.

Por último, el inciso 7 legitimaba el inicio de un proceso de impugnación de paternidad a los padres mayores de catorce (14) años. Este supuesto merecía un análisis especial, en el sentido de que, como en los demás supuestos, esta “capacidad” era otorgada a los padres menores de edad para la defensa de los derechos de sus hijos, de forma tal que la impugnación de paternidad, que presumía un matrimonio, solo correspondía a los menores casados (mayores de 16 años, que es la edad mínima para casarse). Empero, de una interpretación *in extenso*, el mayor de 14 años podía impugnar la paternidad de su hijo, lo que implicaba una ampliación en la legitimación activa de estas acciones, tal como ya lo venía reconociendo la jurisprudencia.

### La reforma de la reforma

Ahora bien, como lo indicamos al principio, la mayoría de estos cambios y modificaciones fueron dejados sin efectos, sin más ni más, por el Decreto Legislativo N° 1384. Ahora la capacidad de ejercicio que surge a partir de los 18 años se extiende a las personas con discapacidad y a los mayores de 14 años que se casen o que sean padres. En efecto, el texto actual del artículo 42 del Código Civil, conforme a la modificación efectuada por el mencionado Decreto Legislativo N° 1384, publicado en el diario oficial *El Peruano* del martes 4 de setiembre de 2018, establece que “[t]oda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. (...) Excepcionalmente **tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad**”.

Dicho esto, ¿cuál fue el sentido de modificar el artículo 46 por el Decreto Legislativo N° 1377, ampliando la capacidad procesal a

los padres que tengan 14 años edad, si solo once (11) días después, por el Decreto Legislativo N° 1384, a estos menores (casados o padres) se les otorga plena capacidad de ejercicio? Sin duda, una pésima técnica legislativa que evidencia que ambos decretos legislativos han sido trabajados sin sopesar adecuadamente los efectos que uno tendría sobre el otro.

Ante esto, considero que deberá entenderse que se han efectuado dos modificaciones tácitas al Código Civil. Así, en mérito de lo expuesto, deberá entenderse lo siguiente: i) que se ha derogado el inciso 1 del artículo 241 del Código Civil, pudiendo el mayor de 14 años contraer matrimonio; y, ii) que se encuentra vigente parcialmente el artículo 46 en lo referente a la adquisición de la capacidad de ejercicio del mayor de 16 años, solo en lo que se refiere a obtener título oficial que le autorice ejercer una profesión u oficio.

### ■ ¿Qué nos puede decir sobre la modificación de los artículos 361 y 362 del Código Civil y su impacto en la presunción *pater is est*?

La presunción *pater is est* tiene siglos de vigencia, incluso antes del Derecho Romano.

Esta presunción establece que los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes de su disolución, tienen por padre al marido de la mujer. Esta presunción buscaba consagrar y robustecer el matrimonio, de manera tal que los hijos nacidos dentro del mismo tenían ya una filiación debidamente establecida, programada por la propia ley.

La descripción actual del artículo 361 del Código Civil establece que “el hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”. Si nos fijamos bien, con

la última parte, que es justamente la agregada, la figura cambia considerablemente. Si bien se parte de la vigencia de la presunción *pater is est*, la misma puede caer o destruirse con la mera declaración de la madre. Entonces, si la mujer del marido manifiesta que el hijo no fue procreado por el este, la filiación adjudicada por ley no operará.

Como se aprecia, ha forjado un cambio importante en nuestro actual Código Civil; sin embargo, este cambio no es radical o extremista, pues la regla general sigue siendo la presunción *pater is est*, siendo su excepción la declaración contraria de la madre. Es un cambio de 180 grados, no es un cambio de 360 grados, pues este implicaría que se eliminara por completo la referida presunción y se dispusiera que en todos los casos la filiación del hijo matrimonial será determinada por lo que la madre pudiese expresar.

En cuanto al artículo 362 del Código Civil, este dispositivo recogía la presunción “reafirmatoria de paternidad”, es decir, que el hijo se presume matrimonial así la madre manifieste que este hijo no tiene por padre a su marido. Ahora, con lo señalado en el Decreto Legislativo N° 1377, la filiación matrimonial no se llegará a verificar si la madre manifiesta que el hijo lo llegó a procrear con un hombre distinto al marido.

Desde mi punto de vista, lo correcto hubiese sido proceder con la derogación de este dispositivo, pues, a decir verdad, el actual artículo 362 no viene a ser más que la repetición del artículo 361 modificado.

#### ■ **¿Cómo se llevarán a cabo los actos de reconocimiento cuando la madre manifestó que el recién nacido no tiene por padre al marido?**

La pregunta se supedita a la modificación hecha al artículo 396 del Código Civil.

Debo apuntar, como antecedente, que este artículo, junto con el artículo 404 del

Código Civil (declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada), han venido siendo inaplicados por los órganos judiciales. Es más, en la Casación N° 2726-2012-Del Santa, la Corte Suprema rechazó tajantemente emplear los dispositivos normativos *in comento*. Y es que tanto el artículo 396 como el artículo 404 se encontraban sustentados en la presunción *pater is est*, lo que significaba que, existiendo una paternidad declarada por la ley a favor del marido, el verdadero progenitor no podía reconocer el hijo de mujer casada, siempre que dicho marido no haya obtenido con anterioridad una sentencia favorable dentro de un proceso de impugnación de paternidad. Sin embargo, reiteramos, de un tiempo a esta parte, al amparo del derecho a la identidad, a la verdad biológica y a la realidad de las relaciones familiares, nuestros magistrados han hecho caso omiso al contenido de ambas normas, pues permitieron que los progenitores procedan con el reconocimiento de los hijos matrimoniales así el marido no haya impugnado.

Hoy en día, en cambio, el artículo 396 dispone que “el hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido”. Siendo gráficos y coloquiales, lo que este dispositivo ordena –de acuerdo a la declaración hecha por la madre– es lo siguiente: “marido, tú no eres el padre, así que ten la amabilidad de colocarte a un costado para que el verdadero progenitor avance y pueda reconocer a su hijo”.

En la segunda oración del actual artículo 396 se indica que el reconocimiento que realiza el verdadero progenitor puede verificarse en dos momentos: i) durante la inscripción del nacimiento, cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil; o, ii) con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor.

Considero que este nuevo artículo 396 también es imperfecto, pues solo regula el reconocimiento que se realiza con posterioridad al nacimiento, pero guarda total silencio en las hipótesis de reconocimiento anterior al alumbramiento, situación que es perfectamente viable.

■ **¿Cuál es el cambio que ha operado en el artículo 402 del Código Civil?**

Lo que ha hecho el Decreto Legislativo N° 1377, en el inciso 6 del artículo 402, es eliminar su segundo párrafo, es decir, aquella redacción que proscibía el empleo de la prueba genética del ADN en los procesos

de declaración judicial de paternidad extramatrimonial si el hijo era matrimonial y el marido no había iniciado el proceso de impugnación, esto, justamente, por la primacía de la presunción *pater is est*.

Ahora, con la posibilidad que tiene la mujer de negar la paternidad del marido con su simple dicho, es coherente que la madre pueda iniciar el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial sin que previamente el hijo haya sido negado por el marido.

Esta misma lógica se ha utilizado para la derogación del artículo 404 del Código Civil.

Código Civil	Decreto Legislativo N° 1377 Decreto legislativo que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes
<p><b>Artículo 46.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial</b></p> <p>La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.</p> <p>La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.</p> <p>Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Reconocer a sus hijos.</li> <li>2. Demandar por gastos de embarazo y parto.</li> <li>3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.</li> <li>4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos.</li> </ol>	<p><b>Artículo 46.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial</b></p> <p>La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.</p> <p>La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.</p> <p>Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo <b>o la hija</b>, para realizar solamente los siguientes actos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <b>Inscribir el nacimiento</b> y reconocer a sus hijos e hijas.</li> <li>2. Demandar por gastos de embarazo y parto.</li> <li>3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia, alimentos <b>y régimen de visitas a favor de sus hijos e hijas.</b></li> <li>4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos <b>e hijas.</b></li> <li>5. <b>Celebrar conciliaciones extrajudiciales a favor de sus hijos e hijas.</b></li> <li>6. <b>Solicitar su inscripción en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales, tramitar la expedición y obtener su Documento Nacional de Identidad.</b></li> <li>7. <b>Impugnar judicialmente la paternidad.</b></li> </ol>
<p><b>Artículo 361.-</b> El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.</p>	<p><b>Artículo 361.- Presunción de paternidad</b></p> <p>El hijo <b>o hija</b> nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene <b>como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.</b></p>

<p><b>Artículo 362.-</b> El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.</p>	<p><b>Artículo 362.- Presunción de filiación matrimonial</b> <b>El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido.</b></p>
<p><b>Artículo 396.-</b> El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.</p>	<p><b>Artículo 396.- Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada</b> <b>El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor.</b> <b>Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.</b></p>
<p><b>Artículo 402.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial</b> La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...) 6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. El Juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.</p>	<p><b>Artículo 402.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial</b> La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...) 6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.</p>
<p><b>Artículo 404.-</b> Si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.</p>	<p>Derogado</p>